



**RAPPORT DE Mme GRANDJEAN,  
CONSEILLÈRE**

**Arrêt n° 679 du 15 novembre 2024 (B+R) – Assemblée plénière**

**Pourvoi n° 23-16.670**

**Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 4 avril 2023.**

**M. [L] [J]**

**M. [U] [J]**

**C/**

**La société La Vierge**

---

**Avis 1014 sur la première branche du moyen  
Avis 1015 sur la possibilité d'une cassation sans renvoi**

Le présent rapport a été élaboré avec le concours du service de documentation, d'études et de recherches de la Cour de cassation.

## PLAN

|                                                                            |            |
|----------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>1 - Rappel des faits et de la procédure</b>                             | <b>p.4</b> |
| <b>2 - Analyse succincte du moyen</b>                                      | <b>p.6</b> |
| <b>3 - Question faisant difficulté à juger</b>                             | <b>p.8</b> |
| <b>4 - Eléments utiles à la réflexion</b>                                  | <b>p.8</b> |
| 4.1. La présentation de la société par actions simplifiée                  | p.8        |
| 4.1.1. Contexte national et international                                  | p.8        |
| 4.1.1.1. Naissance et évolution en droit français                          |            |
| 4.1.1.2. Situation en droit comparé                                        |            |
| 4.1.2. Régime juridique - Entre contrat et institution                     | p.11       |
| 4.1.2.1. Un régime juridique spécifique                                    |            |
| 4.1.2.2. Une liberté statutaire encadrée                                   |            |
| 4.1.3. Applications jurisprudentielles                                     | p.13       |
| 4.1.3.1. Mise en oeuvre de la liberté statutaire                           |            |
| 4.1.3.2. Application du droit commun à titre supplétif                     |            |
| 4.1.4. Contrôle constitutionnel                                            | p.16       |
| 4.1.4.1. Liberté d'entreprendre et de contracter                           |            |
| 4.1.4.2. Droit de propriété                                                |            |
| 4.2. La problématique de l'article L. 227-9 du code de commerce            | p.18       |
| 4.2.1. La notion de décision collective, une notion duale                  | p.19       |
| 4.2.1.1. Notion formelle                                                   |            |
| 4.2.1.2. Notion substantielle                                              |            |
| 4.2.2. L'expression «conditions prévues par les statuts»                   | p.21       |
| 4.2.2.1. L'usage du terme                                                  |            |
| 4.2.2.2. Les travaux parlementaires                                        |            |
| 4.2.3. Le débat doctrinal                                                  | p.23       |
| 4.3. Les droits et principes susceptibles d'être mobilisés                 | p.25       |
| 4.3.1. Affectio societatis et principe d'égalité entre associés            | p.28       |
| 4.3.1.1. Le principe d'égalité et ses limites                              |            |
| 4.3.1.2. Le principe d'égalité appliqué à la SAS                           |            |
| 4.3.2. Le droit de participer aux décisions collectives et de voter        | p.32       |
| 4.3.2.1. Un droit à deux composantes                                       |            |
| 4.3.2.2. Application à la SAS                                              |            |
| 4.3.3. Décision collective et principe majoritaire                         | p.36       |
| 4.3.3.1. Le fondement de la règle majoritaire                              |            |
| 4.3.3.2. L'application légale de la règle majoritaire                      |            |
| 4.3.3.3. La règle majoritaire et la protection des droits des minoritaires |            |
| 4.3.4. L'intérêt social                                                    | p.43       |

4.4. Les opinions doctrinales sur le présent débat p.42

4.4.1. Après l'arrêt de la chambre commerciale du 19 janvier 2022

4.4.2. Après l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 avril 2023

**5 - Les positions des parties p.43**

5.1. Le mémoire ampliatif

5.2. Le mémoire en défense

**6 - Le régime des sanctions p.44**

6.1. La sanction de la délibération litigieuse

6.2. La sanction de la clause statutaire

**7. Conclusion - Eléments de solution p.47**

7.1. L'incidence de deux conceptions

7.2. Les conséquences pratiques

7.3. Les questionnements à résoudre

## 1 - Rappel des faits et de la procédure

Constituée en 1974 par MM. [U] et [L] [J] et dirigée depuis 2002 par M. [Y], la société à responsabilité limitée (SARL) La Vierge, holding d'animation détenant des boulangeries sous l'enseigne Le Moulin de la Vierge, a été transformée en société par actions simplifiée (SAS) par décision unanime des associés du 16 mai 2013 et l'EURL [Y] en a été nommée présidente.

Le même jour, les cinq associés<sup>1</sup> ont décidé d'une augmentation de capital par incorporation des réserves et l'émission de bons de souscription d'actions (BSA) donnant droit à la délivrance d'actions d'une nouvelle catégorie que la société Audacia, fonds d'investissement, a souscrits.

A l'occasion de l'accomplissement des formalités nécessaires à l'exécution de ces délibérations par la présidente, l'article 17 des statuts de la SAS, qui prévoyait initialement, que les décisions collectives étaient prises à **la majorité des deux tiers des droits de vote des associés**, présentés ou représentés, habilités à prendre part au vote, a été modifié le 24 mai 2013 pour disposer désormais que les décisions collectives des associés sont adoptées **à la majorité du tiers des droits de vote des associés**, présentés ou représentés, habilités à prendre part au vote.

Des dissensions étant apparues entre les actionnaires, le 25 juin 2015, les associés ont révoqué la présidente et l'ont remplacée par la société La Financière de [Localité 8].

**Le 22 octobre 2015, l'assemblée générale extraordinaire des associés a adopté une résolution portant réalisation d'une augmentation de capital d'un million d'euros avec intégration d'une prime d'émission réservée à la société La Financière de [Localité 8] et suppression du droit préférentiel de souscription des associés, par 46 % de votes favorables et 54 % de votes défavorables sur les votes exprimés, aucune abstention n'ayant été constatée.**

Le 24 novembre 2015, M. [Y] a assigné la société La Vierge, ses associés et la société La Financière de [Localité 8] en annulation de cette résolution.

MM. [J] se sont associés à cette demande et M. [L] [J] a, en outre, demandé au tribunal, « à titre reconventionnel », de prononcer l'annulation de l'article 17 des statuts de la SAS. Après avoir cédé ses actions à la société La Financière de [Localité 8], M. [Y] s'est désisté de son action.

Par jugement du 13 décembre 2015, le tribunal de commerce de Paris a, notamment, déclaré irrecevable la demande d'annulation de l'article 17 des statuts au visa de l'article 70 du code de procédure civile et rejeté la demande d'annulation de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire du 22 octobre 2015.

---

<sup>1</sup> Soit, M. [Y] (29,744 % du capital social), M. [U] [J] (33,177 %), M. [L] [J] (29,744%), Mme [R] (2,759 %) et M. [H] (4,577 %)

Sur le second point, le tribunal a principalement retenu que la fraude imputée à la présidente et le non-respect de l'article L. 225-135 du code de commerce n'étaient pas démontrés et que la résolution avait été adoptée par un tiers de votes favorables, conformément aux statuts.

Par arrêt du 20 décembre 2018, la cour d'appel de Paris a constaté le désistement d'instance et d'action de M. [Y] et a confirmé le jugement en toutes ses dispositions et notamment en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande en annulation de l'article 17 des statuts de la société La Vierge.

Elle a principalement retenu que la résolution avait été adoptée conformément aux statuts, que la loi laissait aux associés d'une SAS toute liberté pour déterminer les modalités d'adoption des décisions collectives, que le fait de retenir qu'une délibération puisse être adoptée si elle recueille un tiers des votes exprimés ne heurtait aucun principe fondamental applicable aux sociétés, que tous les associés avaient pu participer à la décision collective et exercer leur droit de vote conformément à l'article L. 227-9 du code de commerce, et que la suppression du droit de préférence des associés et la réserve de la souscription des nouvelles actions à une personne déterminée étaient conformes à l'article L. 225-135 du code de commerce.

Elle a indiqué que la demande de nullité ne pouvait être examinée que sous l'angle de l'abus de majorité et a écarté un tel abus.

Par arrêt du 19 janvier 2022, la Cour de cassation a cassé cet arrêt mais seulement en ce qu'il a débouté MM. [J] de leur demande d'annulation de la délibération litigieuse et en ce qu'il a statué sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile.

Au visa de l'article L. 227-9, alinéa 2, du code de commerce, la Cour a dit : « La liberté dans la rédaction des statuts d'une SAS trouve sa limite dans la nécessité d'instituer une règle d'adoption des résolutions soumises à l'examen collectif des associés qui permette de départager ses partisans et ses adversaires. Tel n'est pas le cas d'une clause statutaire stipulant qu'une résolution est adoptée lorsqu'une proportion d'associés représentant moins de la moitié des droits de votes présents ou représentés s'est exprimée en sa faveur, puisque les partisans et les adversaires de cette résolution peuvent simultanément remplir cette condition de seuil. Par conséquent, les résolutions d'une SAS ne peuvent être adoptées par un nombre de voix inférieur à la majorité simple des votes exprimés ».

Elle a conclu : « En statuant ainsi, alors que, nonobstant les stipulations contraires des statuts, les résolutions ne peuvent être adoptées par un nombre de voix inférieur à la majorité simple des votes exprimés, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Par arrêt du 4 avril 2023, la cour d'appel de renvoi (Paris autrement composée) confirme le jugement.

La cour d'appel retient principalement, au visa de l'article L. 227-9 du code de commerce :

- que les associés d'une SAS peuvent définir, dans les statuts de la société, une procédure d'adoption de décisions collectives, y compris celles portant sur une augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription, qui n'applique pas une règle de majorité, mais une condition de seuil dont la seule atteinte permet de considérer comme adoptée la résolution soumise au vote ;

- que tel est le cas de l'article 17 des statuts de la SAS, la condition de seuil, non prohibée par la loi, ne pouvant être remplie simultanément par les partisans et les adversaires du projet de délibération, en l'absence de conditions de rejet de la résolution ;
- que les conditions posées par les statuts ne portent atteinte, ni au droit des associés de participer aux décisions collectives, ni, par elles-mêmes, à l'intérêt social ;
- qu'elles n'entraînent pas de rupture d'égalité entre les actionnaires ;
- que la procédure d'adoption des résolutions fixée par les statuts a été acceptée par tous les associés et déjà appliquée ;
- que la délibération litigieuse répond à l'intérêt social.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi formé par MM. [J] le 5 juin 2023.

***Procédure devant la Cour de cassation :***

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Arrêt de la chambre commerciale du 10 mai 2024 renvoyant l'affaire devant la formation plénière de la Cour ;</li> <li>- Mémoire ampliatif de MM. [J] déposé le 5 octobre 2023 (article 700 cpc : 4 000 euros) ;</li> <li>- Signification du mémoire ampliatif à MM. [Y] et [H], à Mme [R], à la société La Financière de [Localité 8] et à la société Audacia le 19 octobre 2023 ;</li> <li>- Mémoire en défense de la société La Financière de [Localité 8] et de la société La Vierge déposé le 5 décembre 2023 (article 700 cpc : 5 000 euros) ;</li> <li>- Pas de mémoire en défense de MM. [Y] et [H], de Mme [R] et de la société Audacia.</li> </ul> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

## **2 - Analyse succincte du moyen**

MM [J] reprochent à l'arrêt de rejeter leur demande d'annulation de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société La Vierge en date du 22 octobre 2015 relative à l'augmentation du capital de cette société par un moyen unique divisé en trois branches.

Première branche : dénaturation de l'article 17 des statuts qui prévoit explicitement une condition de majorité et non un seuil.

### **Avis de rejet sans motivation spéciale**

C'est par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, des termes « majorité du tiers » de l'article 17 des statuts de la société La Vierge, que leur ambiguïté rendait nécessaire, que la cour d'appel a retenu qu'il ne prévoyait pas l'adoption des décisions collectives selon une règle de majorité mais selon une condition de seuil.

Le grief n'est donc pas de nature à entraîner la cassation.

Deuxième branche : violation de l'article L. 227-9 du code de commerce, en ce que la cour d'appel a validé une délibération d'assemblée générale décidant d'une augmentation de capital qui avait été adoptée à un nombre de voix inférieur à la majorité simple des votes exprimés.

Troisième branche : violation de l'article L. 227-9 du code de commerce, en ce que la cour d'appel a motivé sa décision en se fondant sur des motifs inopérants tirés du fait que la procédure d'adoption aurait été acceptée et appliquée par les associés et du fait que la délibération était conforme à l'intérêt social, alors qu'elle était nulle pour avoir été adoptée par une minorité de voix.

#### *Enoncé des deuxième et troisième branches*

*« 2°/ alors qu'il résulte des dispositions de l'article L. 227-9 du code de commerce que, dans les sociétés par actions simplifiées, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière notamment d'augmentation de capital, sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés ; qu'en conséquence, les délibérations des assemblées générales décidant d'une augmentation de capital ne peuvent être adoptées par un nombre de voix inférieur à la majorité simple des votes exprimés ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la délibération de l'assemblée générale extraordinaire du 22 octobre 2015, dont l'annulation était demandée, avait été adoptée par 229 313 voix pour et 269 185 voix contre ; que, pour juger qu'elle était valable, la cour d'appel a retenu qu'il résultait de l'article L. 227-9 du code de commerce que les associés étaient libres de déterminer les conditions dans lesquelles sont prises les décisions qui doivent l'être collectivement et qu'il était loisible aux associés de définir dans les statuts une procédure d'adoption par un vote des décisions collectives qui n'applique pas une règle de majorité (arrêt, p. 7, § 4 et 5), pour en déduire que les conditions d'adoption de la délibération litigieuse n'étaient pas prohibées par la loi et ne portaient pas atteinte au droit des associés de participer aux décisions collectives, avant de conclure que la délibération du 22 octobre 2015 ayant décidé d'une augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription, adoptée par un nombre 9 de voix inférieur à la majorité des voix exprimées, était valide, aux motifs qu'une telle délibération pouvait être adoptée conformément à l'article 17 des statuts prévoyant que les décisions collectives des associés seraient adoptées à la majorité du tiers des droits de vote des associés, présents ou représentés, habilités à prendre part au vote considéré ; qu'en statuant ainsi, tandis qu'une telle délibération était nulle, comme adoptée par un nombre de voix inférieur à la majorité des voix exprimées, quelles que soient les stipulations statutaires, la cour d'appel a violé l'article L. 227-9 du code de commerce ;*

*3°/ qu'en se fondant, pour juger que la délibération du 22 octobre 2015 ayant décidé d'une augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription, adoptée par un nombre de voix inférieur à la majorité des voix exprimées, était valable, sur des motifs inopérants, tirés notamment du fait que la procédure d'adoption aurait été acceptée par l'ensemble des associés, puis appliquée, ou du fait que la délibération aurait été conforme à l'intérêt social, tandis qu'une telle délibération était nulle, comme adoptée par une minorité de voix, peu important notamment qu'elle fût conforme à l'intérêt social, la cour d'appel a derechef violé l'article L. 227-9 du code de commerce.»*

### 3 - Question faisant difficulté à juger

**En présence d'une clause des statuts le prévoyant, l'assemblée générale des associés d'une société par actions simplifiée peut-elle valablement adopter une délibération relative à l'augmentation du capital de la société par un nombre de votes favorables, inférieur au nombre de votes défavorables exprimés ?**

### 4 - Eléments utiles à la réflexion

#### 4.1. La présentation de la société par actions simplifiée

##### 4.1.1. Contexte national et international

##### 4.1.1.1. Naissance et évolution en droit français

La société par actions simplifiée (la SAS) est née de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 sur la base d'un projet élaboré par la Confédération nationale du patronat français pour répondre à la demande des praticiens et acteurs économiques d'un outil destiné à pallier les rigidités de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales en droit français et notamment celles de la société anonyme.<sup>2</sup>

Les auteurs y voient une réponse aux nécessités du commerce international et du renforcement de l'attractivité du droit français des sociétés.<sup>3</sup>

Fortement inspirée de la BV néerlandaise, elle est marquée par une forte dimension contractuelle qui permet aux associés de déterminer librement, dans les statuts, les modalités de gouvernance, les prérogatives respectives de la direction et des associés et les droits de ceux-ci notamment dans la disposition des titres.

Initialement conçue comme un outil de regroupement de sociétés et expressément réservée à des associations de sociétés (joint ventures), la SAS, empreinte d'un fort intuitu personae et permettant de dissocier les droits de l'associé de sa contribution au capital, a pu être considérée comme une structure intermédiaire entre société de personnes et sociétés de capitaux (ses membres sont nommés associés et non actionnaires). Elle a été vue comme un retour aux sources libérales du droit français des sociétés, rompant nettement avec la logique d'encadrement législatif et réglementaire des sociétés anonymes (SA).<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Rapport Fields ; Lamy Sociétés commerciales, n° 4221, Genèse et évolution de la société par actions simplifiée ; P.-H. Conac, *La société par actions simplifiée - Bilans et perspectives*, Dalloz, 2016

<sup>3</sup> Y. Guyon, « Les aspects communautaires et internationaux de la société par actions simplifiée », *Revue des sociétés*, 2000, p.255

<sup>4</sup> F. Duquesne, *Droit des sociétés*, Bruylant, 2024

La loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 a ouvert l'accès à la SAS à toutes les personnes physiques ainsi qu'à toutes les sociétés et a permis la constitution de la SAS unipersonnelle. Elle a aussi sanctionné de la nullité toute décision prise en violation des dispositions légales et statutaires relatives aux décisions collectives des associés (art. L. 227-9, dernier alinéa, du code de commerce). Au-delà de son utilisation par des sociétés pluri-nationales, la SAS est devenue un outil privilégié par les « start-up » et les auto-entrepreneurs.

Les auteurs soulignent que cette modification majeure n'a pas été accompagnée d'une adaptation du régime initial à un contexte désormais totalement différent.

Puis l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 a ouvert aux SAS l'accès au financement participatif (art. L. 227-2) en leur imposant, dans un tel cas, plusieurs dispositions applicables aux SA et qui étaient exclues du régime général de la SAS dont notamment les articles L. 225-96 à 225-98 du code de commerce qui déterminent les prérogatives et le fonctionnement des assemblées d'actionnaires (dont les règles de quorum et de majorité).

L'appel public à l'épargne hors les cas prévus par l'article L. 227-2 demeure interdit aux SAS.

Les lois n° 2014-1662 du 30 décembre 2014, n° 2019-486 du 22 mai 2019 et n° 2019-744 du 19 juillet 2019 ont modifié les articles L. 227-1 et suivants du code de commerce pour exclure l'application à la SAS de certaines dispositions applicables à la SA, dont l'obligation de recourir à un commissaire aux comptes en deçà de certains seuils.

La dernière loi citée a, en outre, restreint le champ des décisions collectives soumises à la règle de l'unanimité (art. L. 227-19).

Les auteurs et acteurs économiques et juridiques s'accordent pour reconnaître que la SAS a « rencontré son public » puisqu'au cours des vingt premières années, 200 000 SAS ont été créées, soit jusqu'à 39 % des créations de sociétés sur l'année 2014.<sup>5</sup>

Si la SAS a d'abord pris les parts de marché de la SA, elle s'est développée à partir de 2010 au détriment de la SARL, à la faveur notamment de l'ouverture de son accès à toute personne physique ou morale. La SAS a représenté deux tiers du nombre de sociétés créées en 2020 (contre 30,4% pour la SARL).

#### 4.1.1.2. Situation en droit comparé

La création et l'évolution de la SAS en droit français s'inscrivent dans un mouvement général d'assouplissement des droits nationaux des sociétés commerciales en Europe et en Amérique du Nord, mais la plupart des Etats ont opté pour un aménagement des règles applicables aux sociétés existantes, plutôt que pour la création d'une nouvelle société dotée d'un régime propre. A cet égard, certains

---

<sup>5</sup> Voir les contributions dans P.-H. Conac et I. Urbail-Parleani (dir.), *La société par actions simplifiée - Bilans et perspectives*, Dalloz, 2016

auteurs ont vu, dans la création de la SAS, une conséquence du rapprochement du régime de la SARL et de la SA qui a rigidifié le fonctionnement de la première.

Une comparaison faite en 2016 souligne que la SAS française trouve un équivalent fonctionnel dans la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), « SARL » allemande, dont les associés disposent d'une grande liberté pour fixer les règles de gouvernance et aménager les droits des associés, même si la direction collégiale rapproche la GmbH de la SA et les apports en industrie ne sont pas autorisés.

Au début des années 2000, le régime de la *società per azioni* (SpA) et de la *società a responsabilità limitata* (Srl) italiennes a été rendu plus flexible, relativement à la gouvernance et au financement.

Le droit luxembourgeois des sociétés commerciales, marqué, depuis 1915, par un grand libéralisme propice à l'attrait des capitaux étrangers, a introduit récemment une SAS proche du modèle français.

Les Pays-Bas, qui avaient créé en 1971 la *besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid* (BV) pour proposer une structure échappant aux directives européennes applicables aux SA, l'ont fait évoluer en « flex-BV », pour désormais surpasser la SAS française en termes de souplesse de fonctionnement et de liberté statutaire (détermination du régime de cessibilité des parts, de parts sans droit de vote ou sans droit aux bénéfices, prérogatives renforcées des dirigeants...).

Le Royaume-Uni, doté de la *private limited liability company* (Ltd) qui a été longtemps une référence de libéralisme (comparable à la législation du Delaware aux Etats-Unis d'Amérique), a encore assoupli son modèle par le *Companies Act* en 2006, pour proposer désormais un outil très proche de la SAS française.

Seule la Belgique n'a pas été touchée par cette tendance, ce que certains expliquent par le fait que la loi belge a étendu aux SARL l'application des directives européennes régissant les SA, rendant ainsi moins attractive l'alternative à la SA.

Les auteurs relèvent qu'en Grande-Bretagne comme en Allemagne ou en Italie, la forme sociale la plus proche de la SAS française offre aux associés minoritaires une protection renforcée, dont le défaut peut s'expliquer, dans cette dernière, par la cible d'initiés à laquelle elle était destinée à l'origine.

#### 4.1.2 Régime juridique - Entre contrat et institution

##### 4.1.2.1. Un régime juridique spécifique

Le régime juridique de la SAS est fixé par les articles L. 227-1 à L. 227-20 et L. 244-1 à L. 244-4 du code de commerce.

Elle est par ailleurs soumise, comme toute société commerciale, aux dispositions générales des articles 1832 à 1844-17 du code civil et aux dispositions communes aux sociétés commerciales (art. L. 210-1 à L. 210-12 et L. 231-1 et s. du code de commerce).

Lui sont également applicables certaines dispositions relatives aux valeurs mobilières émises par les sociétés par actions.

Désormais ouverte à toute personne physique majeure et à toute personne morale, la SAS peut comprendre un ou plusieurs associés. Son capital social peut être variable et n'est pas soumis à un montant minimum. Elle ne peut faire admettre ses actions aux négociations sur un marché réglementé, ni procéder à une offre au public de titres financiers, si ce n'est dans les conditions précisément déterminées par l'article L. 227-2 (en particulier possibilité de faire appel au financement participatif (crowdfunding), ou offrir des valeurs mobilières aux salariés, administrateurs et entreprises liées selon l'article 1, 4-i du règlement UE/2017/1129 du 14 juin 2017). La SAS autorise les apports en industrie.

L'article L. 227-1 exclut expressément l'application de certaines dispositions légales relatives à la SA concernant, notamment, la direction et l'administration de la société, les assemblées d'actionnaires (L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-125 et L. 233-6, I).

Il en résulte notamment que, sauf dispositions statutaires le prévoyant, les associés de la SAS perdent un certain nombre de prérogatives en lien avec les assemblées générales telles, la possibilité de provoquer la convocation d'une assemblée, celle de requérir l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution, ou encore celle de poser des questions écrites aux dirigeants. Ils peuvent également perdre le pouvoir de nommer ou de révoquer les dirigeants.<sup>6</sup>

En outre la proportion imposée, dans une société anonyme, entre le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance et la quotité de capital qu'elles représentent (art. L. 225-122), ne s'applique pas au sein d'une SAS.

L'article L. 227-1 prévoit, en revanche, que les autres dispositions relatives aux SA sont applicables dans la mesure où elles sont compatibles avec les textes propres à la SAS.<sup>7</sup>

Contrairement aux autres sociétés commerciales, les associés peuvent déterminer librement dans les statuts, d'une part, la structure et les modalités de la gouvernance (art. L. 227-5), d'autre part, la répartition des compétences entre la direction et la collectivité des associés (art. L. 227-9, alinéa 1er), sous réserve des décisions que l'article L.227-9, alinéa 2, attribuent impérativement à cette collectivité.

A cet égard, la SAS se distingue très significativement de la société anonyme.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> L. Godon, « La condition juridique de l'associé de SAS : une originalité contenue », *Rev des sociétés* 2016, p.580

<sup>7</sup> Pour une analyse de cette notion de compatibilité : P. Le Cannu, J. Heinich et J. Delvallée, « Société par actions simplifiée », *Rép. Sociétés*, 2020, n°16 ; pour une illustration jurisprudentielle s'agissant de la dispense de commissaire aux apports (art. L. 225-14, alinéa 2, du code de commerce : Com., 13 mars 2024, pourvoi n° 22-12.205)

<sup>8</sup> Comp. arrêt *Motte*, Civ., 4 juin 1946 : « la SA est une société hiérarchisée et comportant séparation des pouvoirs; chaque organe a sa place déterminée par rapport aux autres, et sa fonction sur laquelle les autres organes ne peuvent empiéter. »

Demeure néanmoins une exigence légale de décision collective unanime, en matière notamment de transformation d'une société en SAS (L. 227-3), d'inaliénabilité des actions et d'agrément préalable à la cession d'actions (L. 227-19).

Au niveau de la réglementation européenne, la 1<sup>re</sup> directive 68/151/CEE du 9 mars 1968, désormais directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009 intégrée dans la directive de codification n° 2017/1132 du 14 juin 2017 en matière de sociétés et relative aux pouvoirs des dirigeants sociaux, à la publicité et à la nullité des sociétés n'est pas applicable à la SAS ; de même en est-il de la 2<sup>e</sup> directive du 13 décembre 1976 sur la constitution des SA et les garanties relatives au capital social, remplacée par la directive n° 2012/30/UE du 25 octobre 2012, également intégrée dans la directive du 14 juin 2017.

#### 4.1.2.2. Une liberté statutaire encadrée

Il est admis que les articles 1832 à 1842 du code civil consacrent l'origine contractuelle de toute société tout en érigeant celle-ci en institution dotée d'une personnalité et d'une expression propres<sup>9</sup>, et, de fait, sa constitution et son fonctionnement sont réglés dans tous les systèmes juridiques par des dispositions légales impératives.<sup>10</sup>

A cet égard, le caractère institutionnel de la société tranche significativement avec le statut de l'association.<sup>11</sup>

Les auteurs soulignent la dimension essentiellement contractuelle de la SAS qui résulte de la liberté statutaire offerte aux associés, notamment pour déterminer les règles de gouvernance et la répartition des prérogatives entre direction et associés.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Com., 8 octobre 1991, pourvoi n°89-16.53, P ; 3<sup>e</sup> Civ., 29 mai 2002, pourvoi n°01-02.317 ; Com., 29 janvier 2013, pourvoi n°11-23.676 ; Com., 2 juin 2015, pourvoi n°13-25.337, P

<sup>10</sup> Pour une analyse générale de la nature du contrat de société : T. Massart, *Contrat de société – Caractère essentiel du contrat de société*, Répertoire des sociétés avril 2006 (actualisation novembre 2021), n°129

<sup>11</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 17 février 2016, pourvoi n° 15-11.304, Bull. 2016, I, n° 35 ; 1<sup>re</sup> Civ., 1 février 2017, pourvoi n° 16-11.979, Bull. 2017, I, n° 32 ; 1<sup>re</sup> Civ., 25 juin 2002, pourvoi n° 01-01.093, Bulletin civil 2002, I, n° 171 ; 1<sup>re</sup> Civ., 2 juin 1970, pourvoi n° 69-10.719, Bull. I n° 184 p149

<sup>12</sup> L. Godon, « La condition juridique de l'associé de la SAS : une originalité contenue », *Revue des sociétés*, octobre 2016 ; Le Canu, « Un cadre légal minimal », in *La société par actions simplifiée, Bilans et perspectives*, Dalloz, 2016

Les auteurs, qui s'expriment dans le Répertoire des sociétés<sup>13</sup>, soulignent que la nature « très contractuelle » de la SAS avait d'abord conduit à imposer la règle de l'unanimité pour l'insertion et la modification de clause statutaire, afin notamment de protéger le droit de propriété des associés et la pérennité de leur investissement, mais que cette règle a pu aboutir à des situations de blocage sur un statu quo, par l'effet d'un veto de fait. A propos de la limitation de l'exigence d'unanimité introduite par la loi du 19 juillet 2019 modifiant l'article L. 227-19 du code de commerce, ils évoquent l'« accession progressive de la SAS au statut de « quasi-société de droit commun » (qui) emporte, avec elle, une part du domaine des décisions collectives relatives aux clauses de contrôle du capital nécessitant l'unanimité des associés ».

Si beaucoup restent attachés à la liberté statutaire qui fait la particularité de la SAS, J. Delvallée écrit cependant : « société dérogatoire en 1994, la SAS a, depuis, été rattrapée par les conceptions institutionnelles du pouvoir, drainées par le droit commun des sociétés ».<sup>14</sup>

L. Godon note que l'éligibilité de la SAS au financement participatif a conduit à «un recul d'une part de liberté» en réintroduisant des dispositions d'ordre public issues du régime des SA et relatives au droit de vote des associés, aux règles de compétences, de convocation, de quorum et de majorité des assemblées générales d'actionnaires (art. L. 227-2-1 et R. 227-2).

P.-H. Conac relève que l'élargissement des possibilités de financement pourrait inciter à un renforcement de la réglementation.<sup>15</sup>

Le débat entre essence contractuelle et existence institutionnelle de la SAS se résout finalement dans un consensus autour de l'idée que la liberté statutaire dont jouissent les associés de la SAS n'est pas totale et doit être mise en perspective avec les « droits fondamentaux ».<sup>16</sup>

#### 4.1.3. Applications jurisprudentielles

##### 4.1.3.1. Mise en oeuvre de la liberté statutaire

---

<sup>13</sup> P. Le Cannu, J. Henich, J. Delvallée, « Société par actions simplifiée – Actionnaires de la SAS », Répertoire des sociétés, Octobre 2020, actualisation mai 2024

<sup>14</sup> J. Delvallée, « La collégialité dans les sociétés par actions simplifiées », Revue des sociétés, février 2020, p75. L'auteur cite à titre d'illustration : Ch. mixte., 19 novembre 2010, pourvoi n° 10-10.095, Bull. 2010, Ch. mixte, n° 1

<sup>15</sup> Voir les contributions dans P.-H. Conac et I. Urbail-Parleani (dir.), *La société par actions simplifiée - Bilan et perspectives*, Dalloz, 2016

<sup>16</sup> L. Godon, « La condition juridique de l'associé de la SAS : une originalité contenue », Revue des sociétés, octobre 2016

La Cour de cassation, à plusieurs reprises, a tiré les conséquences de la liberté statutaire de la SAS et de la prééminence des statuts :

Com., 25 janvier 2017, pourvoi n° 14-28.792, Bull. 2017, IV, n° 14 Il résulte de la combinaison des articles L. 227-1 et L. 227-5 du code de commerce que seuls les statuts de la société par actions simplifiée fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée.

Méconnaît cette règle la cour d'appel qui retient qu'un membre du conseil d'administration d'une société anonyme a été maintenu en fonctions après la transformation de la société en société par actions simplifiée alors que les statuts de cette dernière ne faisaient pas mention d'un conseil d'administration.

Com., 9 mars 2022, n° 19-25.795 : Ayant exactement énoncé que les conditions dans lesquelles les dirigeants d'une société par actions simplifiée peuvent être révoqués de leurs fonctions sont, dans le silence de la loi, librement fixées par les statuts, qu'il s'agisse des causes de la révocation ou de ses modalités, c'est à bon droit qu'une cour d'appel a retenu que le directeur général d'une société par actions simplifiée pouvait être révoqué sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un juste motif, dès lors que les statuts ne subordonnaient pas la révocation du dirigeant à une telle condition.

Com., 12 octobre 2022, n° 21-15.382 : Il résulte de la combinaison des articles L. 227-1 et L. 227-5 du code de commerce que les statuts de la société par actions simplifiée fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée, notamment les modalités de révocation de son directeur général. Si les actes extra-statutaires peuvent compléter ces statuts, ils ne peuvent y déroger.

Dans le même temps, la Cour a pu étendre le champ du droit spécial impératif de la SAS.

Com., 19 décembre 2006, pourvoi n° 05-17.802, Bull. 2006, IV, n° 268 : Aux termes de l'article L. 227-3 du code de commerce, la décision de transformation d'une société en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés. Il en va de même en cas de fusion-absorption d'une société par une société par actions simplifiée.

Il apparaît que les juges du fond sont de plus en plus saisis de demandes d'annulation de délibérations d'assemblées générales d'associés de SAS sur le fondement de l'article L. 227-9 du code de commerce. Sur la quinzaine d'arrêts de cours d'appel identifiés depuis 2013, six ont été rendus au cours des deux dernières années. Beaucoup d'entre eux portent sur des délibérations relatives à l'exclusion d'un associé.

Si seul l'arrêt critiqué dans le cadre du présent pourvoi a été appelé à se prononcer sur la situation d'une clause statutaire prévoyant l'adoption d'une délibération par un seuil minoritaire de votes favorables, plusieurs ont eu trait à l'interprétation de clauses statutaires appliquant la règle de la majorité, s'agissant de l'assiette de calcul de cette majorité (nombre d'associés ou nombre de votants, Aix-en-Provence, 6 janvier 2022, RG 18-18831; votes exprimés seuls ou prise en compte des abstentions, Paris, 13 juin 2019, RG 19-05951 ; notion d'unanimité, Paris, 5

novembre 2020, RG 18-23727), de la majorité applicable selon l'objet de la délibération (Paris 15 septembre 2020, RG 17-19870), de la validité de droits de vote multiple attachés à une catégorie d'actions (Basse-Terre, 20 décembre 2021, RG 20-00563).<sup>17</sup>

#### 4.1.3.2. Application du droit commun à titre supplétif

Selon l'article 1834 du code civil, « les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés s'il n'en est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet ». L'article 1835 détermine le contenu nécessaire des statuts ; l'article 1836 dispose, ces statuts ne peuvent être modifiés que par l'accord unanime des associés, à défaut de clause contraire, et que les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans son accord. L'article 1844 prévoit que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. »

L'article 1844-10, alinéa 2, dispose que « 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 ».

Le caractère supplétif de ces dispositions a été reconnu, dans le silence des statuts d'une SAS.

Com., 16 septembre 2014, pourvoi n° 13-17.807, Bull. 2014, IV, n° 130 : Fait une exacte application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil la cour d'appel qui, ayant relevé que les statuts de la société par actions simplifiée ne précisait pas la date à laquelle la valeur des titres de l'associé exclu devait être déterminée et constaté que le tiers estimateur avait fixé à une certaine somme la valeur des actions de l'associé à la date la plus proche de la cession future, retient cette somme. (Évaluation des parts de l'associé exclu : Versailles, 17 juin 2021, RG 18-05537 « en l'absence de clause contraire claire, l'unanimité prévue par l'article 1836 du code civil pour modifier les statuts est applicable »)

J.-F. Hamelin souligne que l'exclusion de dispositions applicables à la société anonyme, le développement de la SAS et l'ouverture de son accès à des personnes peu expertes va sans doute conduire à solliciter le droit commun des sociétés dont il relève le caractère lacunaire.<sup>18</sup>

Relevant qu'en ouvrant la SAS aux personnes physiques, la loi du 12 juillet 1999 n'a pas prévu d'aménagement de la protection de ce nouvel associé, I. Urbain-Parléani

---

<sup>17</sup> Pour un exemple de référence expresse à la liberté statutaire, voir : Paris, 31 mars 2022, RG 21-02463 : application de la clause statutaire prévoyant que la révocation du président et du DG par l'AG requiert l'accord préalable du conseil d'administration (dont la majorité leur est acquise)

<sup>18</sup> J.-F. Hamelin, « Le succès de la SAS, un défi pour le droit commun », Droit des sociétés, mai 2022, n°5

considère que l'accès au financement participatif via des souscriptions par internet milite en faveur d'un « nécessaire retour à l'ordre public sociétairé ».<sup>19</sup>

De fait, dans sa dimension supplétive, ce droit commun issu des articles 1832 et suivants du code civil, a donné lieu à des décisions en limitant la portée :

Com., 9 juin 2004, pourvoi n° 01-12.887, Bull., 2004, IV, n° 122 : L'article 1836 du code civil ne règle que les conditions auxquelles doivent satisfaire les décisions modificatives des statuts, mais non celles relatives aux décisions prises conformément à ceux-ci. Dès lors, viole ce texte et dénature les termes d'une disposition des statuts d'une société, la cour d'appel qui retient que la stipulation prévoyant une répartition immédiate et intégrale des pertes entre les associés, se borne à prévoir le mode de répartition de celles-ci, mais n'implique pas l'exigibilité immédiate des sommes et qu'admettre une autre solution conduirait à méconnaître la portée de l'article 1836, alinéa 2, du code civil qui n'autorise pas l'augmentation des engagements d'un associé sans son accord.

Com., 26 octobre 2010, pourvoi n° 09-71.404 : Une décision sociale de nature à priver les associés de leur intérêt à participer à la société ne constitue pas, en elle-même, une augmentation de leurs engagements nécessitant un consentement unanime.

#### 4.1.4. Contrôle constitutionnel

##### 4.1.4.1. Liberté d'entreprendre et de contracter

La liberté statutaire reconnue par la loi dans le cadre de la SAS procède de la liberté de contracter, droit protégé par la Constitution.

Il a été recherché, en vain, une décision du Conseil constitutionnel susceptible d'éclairer l'appréciation judiciaire de cette liberté statutaire et de ses limites.

Il faut observer que si le Conseil constitutionnel apprécie la conformité d'un texte de loi, tel qu'interprété par la Cour de cassation, il ne statue pas sur une telle interprétation fondée sur l'énoncé d'un principe général ou d'ordre public.

Un rapprochement peut néanmoins être proposé avec la solution adoptée en matière de sanction d'un déséquilibre significatif des relations contractuelles (article L.442-6, I, 2° du code de commerce), au regard de la libre négociation du prix du contrat prévue par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (loi LME).

En effet, la Cour de cassation a jugé, à propos des ristournes de fin d'année (Com., 25 janvier 2017, pourvoi n°15-23.547, Bull. 2017, IV, n° 13), que « les dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2008 n'excluent pas que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu » et que « la cour d'appel a déduit à bon droit que le principe de la libre négociabilité des tarifs n'est pas sans limite et

---

<sup>19</sup> I. Urbain-Parléani, « Le statut de l'associé de SAS, une originalité affirmée », in *La société par actions simplifiée - bilans et perspectives*, Dalloz, 2016

que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif ».

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative au texte ainsi interprété, fondée sur une atteinte à la liberté d'entreprendre et la liberté de contracter, le Conseil constitutionnel<sup>20</sup> a rappelé qu'il « est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. » Il a dit : « d'une part, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. D'autre part, les dispositions contestées permettent au juge de se fonder sur le prix pour caractériser l'existence d'un déséquilibre significatif dans les obligations des partenaires commerciaux. Dès lors, le législateur a opéré une conciliation entre, d'une part, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle et, d'autre part, l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales. L'atteinte portée à ces deux libertés par les dispositions contestées n'est donc pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Il s'ensuit que les griefs tirés de leur méconnaissance doivent être écartés. »

#### 4.1.4.2. Droit de propriété

Par un arrêt du 12 octobre 2022<sup>21</sup>, la Cour a saisi le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 227-16, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, et l'article L. 227-19, alinéa 2, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, au regard de la protection du droit de propriété, en ce qu'ils permettent qu'un associé soit tenu de céder ses actions en application d'une clause statutaire d'exclusion adoptée, non plus à l'unanimité, mais à la majorité.

Par décision du 9 décembre 2022<sup>22</sup>, le Conseil constitutionnel a déclaré ces textes conformes. Il a jugé que ces dispositions ne constituaient pas directement une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ce qu'elles n'avaient pour seul effet que d'exclure l'associé. Il a dit que :

« en permettant à une société par actions simplifiée de contraindre un associé à céder ses actions, le législateur a entendu garantir la cohésion de son actionnariat et

---

<sup>20</sup> Cons. constit., 30 novembre 2018, n° 2018-749 QPC

<sup>21</sup> Com. 12 oct. 2022, pourvoi n° 22-40.013

<sup>22</sup> Cons. Constit., 9 décembre 2022, n° 2022-1029 QPC ; F. Masson, « Clause d'exclusion et « privation » de propriété », RTD Civ. 2023, p.672

assurer ainsi la poursuite de son activité. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 19 juillet 2019 que, en prévoyant que l'adoption ou la modification d'une clause d'exclusion puisse être décidée sans recueillir l'unanimité des associés, il a également entendu éviter les situations de blocage pouvant résulter de l'opposition de l'associé concerné à une telle clause. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général [...]

Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que la décision d'exclure un associé ne peut être prise qu'à la suite d'une procédure prévue par les statuts. Elle doit reposer sur un motif, stipulé par ces statuts, conforme à l'intérêt social et à l'ordre public, et ne pas être abusive [...]

L'exclusion de l'associé donne lieu au rachat de ses actions à un prix de cession fixé, selon l'article L. 227-18 du code de commerce, en application de modalités prévues par les statuts de la société, ou, à défaut, soit par un accord entre les parties, soit par un expert désigné dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil [...]

La décision d'exclusion peut être contestée par l'associé devant le juge, auquel il revient alors de s'assurer de la réalité et de la gravité du motif retenu. L'associé peut également contester le prix de cession de ses actions.

Dès lors, les dispositions contestées ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété ».

## **4.2. La problématique de l'article L. 227-9 du code de commerce**

Dans le contexte juridique décrit ci-dessus, l'article L. 227-9, alinéas 1 et 2, du code de commerce relatif à la SAS prévoit : « 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 transformation en une société d'une autre forme, 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 ».

L'alinéa 2 pose donc une restriction à la liberté statutaire de répartir le pouvoir entre dirigeants et associés, en imposant une décision collective dans des domaines particulièrement importants tant pour la société que pour les droits des associés, tant patrimoniaux qu'extra-patrimoniaux. Parmi les domaines concernés, ceux qui touchent à la modification du capital social, requièrent, dans une société anonyme, une décision de l'assemblée générale extraordinaire statuant à la majorité des deux-tiers.

### **4.2.1. La notion de « décision collective », une notion duale**

La notion de décision collective peut recouvrir soit le mode d'expression de la volonté d'une collectivité, soit la décision elle-même.

#### **4.2.1.1. Notion formelle**

Née de la pratique et apparue dans la loi du 7 mars 1925 qui permettait aux associés d'une SARL de moins de vingt-et-un associés de prendre une décision par consultation écrite (et non en assemblée générale), l'expression « décision collective » a été consacrée par la loi du 4 janvier 1978 qui reconnaît à tout associé « le droit de participer aux décisions collectives » (article 1844, alinéa 1, du code civil).

Elle tend à réunir sous un même vocable les modes de décisions que sont l'assemblée générale, la consultation écrite et le consentement des associés exprimé dans un acte visé par les articles 1853 et 1854 du même code.<sup>23</sup>

G. Grundeler<sup>24</sup> distingue la « décision collective » proprement dite de ses conditions d'expression et souligne que si les modalités d'expression de la décision collective tendent à se diversifier, l'influence du régime de la société anonyme dans lequel la décision collective est prise en assemblée générale laisse perdurer une confusion entre décision collective et assemblée, à telle enseigne, par exemple, que le législateur utilise encore parfois le terme « assemblée » plutôt que celui de « décision collective » (article 1843-5 du code civil, art L. 223-22 du code de commerce).

L'auteur relève que c'est la loi du 3 janvier 1994 relative à la société par actions simplifiée qui a pleinement reconnu la liberté de détermination de la forme de la décision collective, dans les termes de l'article L. 227-9 du code de commerce. Il développe l'idée que, contrairement à l'assemblée générale, la décision collective n'exige pas nécessairement en elle-même une sollicitation préalable (convocation), ni une délibération (discussion avant l'expression individuelle de chaque membre).

A cet égard, on peut relever la différence de rédaction entre les deux alinéas de l'article L. 227-9 cités : tandis que le premier prévoit que les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement, l'alinéa 2 renvoie seulement à l'exercice collectif des attributions des assemblées générales de SA en certaines matières.

Peut-on en déduire que ce dernier texte ne porte que sur la détermination de l'organe décisionnel, imposé par la loi (collectivité des associés en excluant tout organe de direction) et les modalités d'expression collective prévues par les statuts (assemblée générale, consultation écrite, consentement à un acte selon l'alinéa 2) et, qu'en revanche, il ne concerne pas le processus d'adoption de la décision qui demeure un vote ?

#### 4.2.1.2. Notion substantielle

---

<sup>23</sup> Sur la notion d' « acte » constituant une décision collective : 1<sup>re</sup> Civ., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-14.933, Bull. 2000, I, n° 99 ; Com., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-17.042 F-P+B

<sup>24</sup> G. Grundeler, « Décision collective et assemblée générale : tentative de mise en ordre », D. 2022, p. 2241

La « décision collective » est souvent définie comme une décision qui résulte de l'expression de choix individuels et qui s'impose à l'ensemble des membres du groupe, indépendamment de ces choix individuels.

Philippe Urfalino<sup>25</sup> sociologue, définit la décision collective comme l'acte de délibérer, mais aussi de redéfinir les fins qui orientent le choix pour produire une obligation. Soulignant le décalage entre la réalité empirique et les idéaux régulateurs fondés sur les notions de vérité, de justice et de sincérité, il expose que dès lors que la délibération collective aboutit à une pluralité de conclusions, la décision collective suppose, d'une part, un organe délibérant existant par lui-même, d'autre part, une règle « d'arrêt » pour sélectionner celle des conclusions qui aura le statut de la décision s'imposant à tous. Il écrit : « La règle d'arrêt est une recette qui permet de transformer les contributions individuelles en une décision collective, mais elle n'est pas seulement une technique de coordination ; elle doit aussi avoir la capacité d'accueillir l'autorité prêtée à la décision en tant qu'elle est la décision d'un collectif. » Il considère que l'autorité de l'organe délibérant participe de celle de la décision collective et réciproquement.

Il envisage trois règles « d'arrêt » de la décision : la non-opposition, la réduction des opinions (processus qui mélange la formation des options, le débat et le vote) et le vote majoritaire.

Rapportée aux statuts d'une SAS, cette position induit deux questionnements :

- une clause statutaire pourrait-elle prévoir qu'une décision collective des associés est prise par « non opposition » et non pas par un vote ?
- le mécanisme du vote implique-t-il, par lui-même, l'application de la règle majoritaire ?

Commentant la jurisprudence issue de l'article 1844, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil en matière de droits démembrés ou indivis, J.-F. Barbieri<sup>26</sup> distingue le droit de participer à l'élaboration de la décision collective (l'ensemble de la procédure de consultation et de débats) de celui de contribuer à son adoption (l'expression du vote), tout en reconnaissant que ces deux composantes ne peuvent être totalement séparées l'une de l'autre.

Dans le cadre d'une recherche plus globale sur la notion de groupe, qui les conduit à énoncer que « l'essence d'un groupe n'est pas la similarité ou la dissimilarité de ses membres mais leur interdépendance », E. Drozda-Senkowska, F. Ric et D. Muller<sup>27</sup> soulignent l'importance des schèmes décisionnels parmi lesquels les plus déterminants sont la « proportionnalité » (la probabilité que le groupe opte pour une

---

<sup>25</sup> Ph. Urfalino, *Décider ensemble. La fabrique de l'obligation collective*, Seuil, 2021

<sup>26</sup> J.-F. Barbieri, « Le droit de participer à l'élaboration des décisions collectives face au droit de contribuer à leur adoption », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, L.G.D.J., p. 91

<sup>27</sup> E. Drozda-Senkowska, F. Ric et D. Muller, « Groupe et décisions collectives », in *Inflexions*, Éd. Armée de terre, 2007, n°5, p. 213 et s.

solution est égale à la proportion des membres qui la soutiennent) et « le biais soutenu l'emporte » (une solution - erronée - est adoptée si au moins deux membres la proposent).

Rapportés à la décision collective d'associés, ces derniers développements suggèrent l'existence d'un lien entre l'adoption de la décision et la manière dont elle est proposée.

#### 4.2.2. L'expression « conditions prévues par les statuts »

##### 4.2.2.1. L'usage du terme

Si le texte cité impose donc une décision collective sur certains sujets, une interrogation pèse sur la formule « dans les conditions fixées par les statuts ». Autrement dit, le terme « conditions » renvoie-t-il aux seules conditions d'organisation de l'expression collective, indépendamment du processus décisionnel ou autorise-t-il l'adoption d'une décision collective par un nombre de voix moindre que la majorité des votes exprimés, si les statuts le prévoient ?

Il faut observer que l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 227-9 fait référence aux « formes et conditions » prévues dans les statuts tandis que l'alinéa 2 ne renvoie qu'aux « conditions » sans que cette divergence de termes ne soit explicitée.

Faut-il considérer que les « formes » renverraient aux modalités d'expression de la décision collective, lors d'une assemblée générale, par consultation écrite, par consentement exprimé dans un acte ou par toute autre forme (ex. vote électronique), tandis que le terme « conditions » se rapporterait aux modalités d'adoption de la décision (majorité, quorum ...).

Au-delà de l'article L. 227-9 du code de commerce, les articles L. 227-16 (obligation de cession des actions) et L. 227-17 (suspension des droits non pécuniaires de la société associée dont le contrôle est modifié) renvoient aussi aux « conditions fixées par les statuts ».

L'expression « conditions » prévues ou fixées par les statuts se retrouve dans l'article L. 221-12 du code de commerce (révocation du gérant d'une SNC) ; en revanche, l'article L. 222-9 du même code (modification des statuts d'une société en commandite) fait référence aux « conditions de majorité ».

Dans l'arrêt critiqué, la cour d'appel a considéré que le terme « conditions » englobait toutes les dispositions relatives à l'adoption de la délibération concernée, sans imposer une règle de majorité.

Le pourvoi postule qu'une décision collective implique, par elle-même, une majorité de voix favorables parmi le nombre de voix exprimées.

##### 4.2.2.2. Les travaux parlementaires

Les travaux parlementaires de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée montrent que le texte initial prévoyait que les prérogatives des associés étaient « dans les conditions prévues par les statuts, exercées par les

actionnaires réunis en assemblée qui statuent à une majorité qui ne peut être inférieure à la majorité absolue des voix exprimées ». Le texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture a supprimé le second membre de phrase. M. de Roux, au nom de la commission des lois, avait en effet déposé un amendement dans le sens de cette suppression en relevant : « les attributions dévolues par la loi aux assemblées générales d'actionnaires des sociétés anonymes devraient être exercées par les actionnaires réunis en assemblée et statuant à une majorité qui ne peut être inférieure à la majorité *absolue* des voix exprimées. Notons d'abord que cette dernière précision n'a pas lieu d'être puisque la majorité prévue par le texte est celle des voix exprimées (et non celle dont disposent les actionnaires présents ou représentés). Le texte impose donc que les décisions de cette nature soient prises par les actionnaires réunis en assemblée, c'est-à-dire présents physiquement en un même lieu. Or les actionnaires des SAS sont des sociétés, qui peuvent avoir leur siège dans des Etats différents et peuvent être, par hypothèse, au nombre de deux. L'exigence d'une telle réunion paraît quelque peu déplacée, eu égard à l'objectif que poursuit cette nouvelle forme de société ; mieux vaut laisser aux statuts le soin de fixer les formes de la prise de décision des associés (consultation écrite, télécopie, vidéoconférence) tout en organisant les moyens de preuve adéquats. Il serait enfin curieux d'imposer pour la SAS un formalisme plus contraignant que pour la SARL ».

Lors des débats à l'Assemblée nationale lors de la séance du 11 juin 1993 (p. 1415), M. de Roux, rapporteur, a justifié son amendement de la façon suivante : « Plutôt que d'imposer une réunion en assemblée des actionnaires de la société par actions simplifiée, il est préférable de prévoir, pour les questions essentielles, une décision collective des actionnaires dans les conditions fixées par les statuts. De plus en plus, grâce aux moyens de communication et de télécommunication modernes, de nouvelles formes de concertation entre actionnaires permettent des prises de décision sans qu'il soit besoin d'une réunion physique formelle ».

Le rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat le 14 octobre 1993 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale instituant la société par actions simplifiée précise en p.29 que l'Assemblée nationale « a supprimé le seuil minimal de majorité fixé par le projet de loi pour l'adoption des décisions collectives, renvoyant aux statuts le soin d'y procéder ». Le Sénat, suivant la proposition de la commission des lois, n'a pas remis en cause cette modification.

Les modifications législatives ultérieures qui ont élargi les conditions de création d'une SAS et les possibilités de son financement n'ont pas modifié cette disposition.

#### 4.2.3. Le débat doctrinal

La doctrine s'est interrogée sur l'application impérative d'une règle majoritaire aux décisions collectives et s'est montrée divisée.

Commentant les termes du nouvel article 262-10, alinéa 2, de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée (désormais L. 227-9 du code

de commerce), M. Germain (La société par actions simplifiée : JCP E 1994, I, 341) indiquait alors : « Cette disposition signifie à l'évidence que ces décisions jugées particulièrement importantes doivent être prises par l'ensemble des associés. Mais elle n'indique pas si une telle décision doit être prise au moins à la majorité, alors que le texte initial l'affirmait (V. JOAN CR, 12 juin 1993, p. 1415). 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 dorénavant possibles ».

J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami, D. Velardocchio<sup>28</sup> envisagent eux aussi la possibilité pour les associés de prévoir un vote minoritaire : « il appartient aux associés de déterminer les conditions de majorité requises, lesquelles peuvent ne pas être identiques pour l'ensemble des décisions. On peut même se demander s'ils ne pourraient pas valablement écarter pour l'adoption d'une décision l'exigence d'une majorité, et donc prévoir par exemple qu'une augmentation de capital pourrait être décidée par des actionnaires représentant un pourcentage significatif du capital (par exemple, 40%), voire par un actionnaire nommément désigné. Une réponse positive ne nous semble pas inconcevable si l'on se souvient que la loi de la majorité n'a pas toujours gouverné la vie des groupements et que, dans certains d'entre eux, les décisions étaient prises par des membres minoritaires jugés particulièrement qualifiés ».

H. Azarian<sup>29</sup> ne voit pas d'obstacle juridique à l'adoption des décisions par une minorité : « La doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si les décisions visées par l'article L. 227-9, alinéa 2, pouvaient ne pas être prises à la majorité [...] De lege lata, rien ne semble s'y opposer. En effet, l'exigence de majorité posée à l'adoption des décisions les plus importantes (V. exposé des motifs de la loi) a été supprimée lors des débats parlementaires ayant présidé au vote de la loi de 1994. Aussi bien, en l'état actuel du droit positif, rien ne semble s'opposer, si ce n'est peut-être le bon sens, à ce que de telles décisions soient prises par une minorité qualifiée ».

M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy<sup>30</sup> estiment que ces décisions doivent être prises à la majorité : « Dans le silence de la loi, mais s'inspirant des travaux préparatoires, on estime que ces décisions doivent être prises à la majorité, ce qui exclut qu'une minorité puisse imposer sa volonté ; en revanche, les statuts peuvent prévoir une majorité relative, absolue ou qualifiée.[...] Pour le reste, c'est le règne de la liberté. Ainsi, il n'y a pas nécessairement proportion entre le droit de vote et quotité du capital ; les actions à droit de vote multiple - 5, 10, 100 voix pour certaines actions, etc. - sont donc autorisées ».

---

<sup>28</sup> J. Mestre, AS Mestre-Chami, D. Velardocchio, *Lamy sociétés commerciales*, 2019, n°4149

<sup>29</sup> H. Azarian, « Sociétés par actions simplifiées - Fonctionnement », *J.-Cl. Com.*, 2023, Fasc. 1534

<sup>30</sup> M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, 32<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2019, n°1373 et 1374

P. Le Cannu<sup>31</sup> n'envisage pas le vote par une minorité : « Le principe majoritaire a vocation à s'appliquer à la SAS, mais il peut y être sérieusement atténué. Le vote plural réalise une présentation « arithmétique » de ce principe, mais il peut y déroger au fond, puisque le pouvoir n'est plus lié au capital. De plus, les clauses comme celles qui instaurent un droit de veto, ou la nécessité d'une approbation, au bénéfice de tel associé ou catégorie d'associés, dérogent au principe majoritaire. Enfin, les statuts peuvent accroître les majorités, ou exiger l'unanimité pour des décisions autres que celles qui sont soumises à ce régime par la loi. Au total, le principe majoritaire a, dans la SAS, une simple valeur supplétive. Cela dit, au cas où les statuts sont mal rédigés, on peut penser que les majorités se comptent en capital ou en droits de vote, et non par tête. Même si la SAS peut inclure un degré élevé d'intuitus personae, elle n'en reste pas moins une société par actions, c'est-à-dire une société de capitaux ».

Dans le cas présent, les statuts de la SAS sont ainsi libellés :

*«Article 16 - Décisions collectives obligatoires des associés*

*Les décisions collectives des associés résultent, au choix de l'auteur de la convocation, soit d'une consultation par voie d'assemblée générale (au siège social ou en tout endroit désigné dans la convocation), soit d'une consultation par conférence téléphonique ou audiovisuelle, soit d'une décision écrite et signée, étant entendu que toute décision collective des associés statuant sur les comptes annuels de l'exercice écoulé ou requérant pour d'autres motifs la présentation par le ou les commissaires aux comptes d'un rapport doivent être prises en assemblée générale ou résulter d'une conférence téléphonique ou audiovisuelle afin de permettre aux commissaires aux comptes, s'ils le demandent, de présenter le rapport et répondre aux questions qu'il pourrait susciter [...]*

*Article 17 - Règles de majorité des décisions collectives des associés*

*La collectivité des associés est réputée valablement délibérer si les associés présents ou représentés, ou votant par correspondance représentent au moins le tiers des droits de vote des associés habilités à voter sur première convocation. Sur seconde convocation aucun quorum n'est requis. Les décisions collectives des associés sont adoptées à la majorité du tiers des droits de vote des associés, présents ou représentés, habilités à prendre part au vote. Le droit de vote attaché aux actions est défini à l'article 11.»*

**Si la notion de décision collective est entendue comme renvoyant aux modalités de consultation des associés (assemblée générale, consultation écrite, acte...), il peut être admis que l'expression «conditions prévues par les statuts» de l'article L. 277-9 renvoie à ces seules modalités. La loi spéciale est alors muette sur les règles d'adoption d'une décision collective dans une SAS.**

**Si la notion de «décision collective» est entendue dans sa substance, la question est de savoir si le renvoi légal aux «conditions fixées par les statuts» impose un régime spécial de totale liberté, le cas échéant, dérogatoire au droit**

---

<sup>31</sup> P. Le Cannu, Répertoire Dalloz relatif aux sociétés par actions simplifiées

**commun ou bien si une décision collective est nécessairement une décision majoritaire.**

**Dans les deux cas, les éléments de réponse conduisent à interroger les principes et droits impératifs du droit commun des sociétés.**

#### **4.3. Les droits et principes susceptibles d'être mobilisés**

Relevant que la création de sociétés s'accompagne souvent d'aménagements par des conventions particulières, et que la société conjugue les conceptions contractuelles et institutionnelles évoquées ci-dessus, S. Schiller<sup>32</sup> défend l'idée que le développement de la liberté contractuelle et sa protection contre un certain dirigisme imposent de lui fixer des bornes. Elle propose de rechercher comment déterminer les règles obligatoires du droit des sociétés. Après avoir relevé l'insuffisance des notions classiques d'ordre public ou de loi impérative, elle propose, en substance, que la liberté contractuelle soit évaluée à l'aune des effets des conventions, au regard des objectifs visés par le droit des sociétés. « La détermination du caractère obligatoire ne s'opère pas en posant une liste de règles impératives, mais en définissant certains éléments de la matière dans son ensemble ». Elle définit alors ce qu'elle nomme les « connexions radicales » qui constituent les liens nécessaires selon elle, d'une part, entre activité et garantie (de la poursuite de cette activité), d'autre part, entre pouvoir et responsabilité.

Cette approche rejoint la conception pragmatique du droit dans les pays anglo-saxons et fait écho à la notion d'effectivité qui irrigue la jurisprudence européenne.

Cela étant, le caractère d'ordre public de certaines dispositions du code civil a été clairement posé en jurisprudence et conduit à les rendre applicables, même en présence d'une clause statutaire contraire.

Tel est le cas notamment des articles 1836, 1843-4, 1844 alinéa 1, et 1844-8 du code civil. Com., 21 janvier 2014, pourvoi n° 13-10.151, Bull. 2014, IV, n° 16 (Pour une société civile) ; Com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-14.267, Bull. 2012, IV, n° 156 (Pour une SCI); Com., 13 novembre 2003, pourvoi n°00-20.646, P (SCP); 1<sup>re</sup> Civ., 25 novembre 2003, pourvoi n°00-22.089, P (SCP); Com., 9 février 1999, pourvoi n°96-17.661, P (Pour une société en commandite) ; Com., 4 janvier 1994, pourvoi n°91-20.256, Bull. 1999, n°44 (Groupement forestier)

Ce droit commun a été imposé dans le cadre d'une SAS :

Com., 23 octobre 2007, pourvoi n°06-16.537, Bull. Civ. IV, n°225 (Arrêt Arts et entreprise): Il résulte de l'article 1844, alinéa 1, du code civil que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi. Si, aux termes de

---

<sup>32</sup> S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés - Les connexions radicales*, Pref. F Terré, L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé tome 378

l'article L. 227-16 du code de commerce, les statuts d'une société par actions simplifiée peuvent, dans les conditions qu'ils déterminent, prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions, ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition.

Com., 21 janvier 2014, pourvoi n° 13-10.151, Bull. 2014, IV, n° 16 : En application de l'article 1844, alinéa 1er, du code civil, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui accueille la demande visant à ce qu'il soit fait défense à un copropriétaire indivis de la nue-propriété de droits sociaux de participer aux assemblées de la société ou de s'y faire représenter alors que le copropriétaire indivis de droits sociaux a la qualité d'associé et a le droit de participer aux décisions collectives. (S'agissant d'une société civile)

Com., 9 juillet 2013, pourvoi n° 11-27.235, Bull. 2013, IV, n° 123 : il résulte de l'article 1844, alinéas 1 et 4, du code civil que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi, et de l'article 1844-10, alinéa 2, du même code que toute clause statutaire contraire est réputée non écrite. Fait l'exacte application de ces textes l'arrêt qui constate que l'article des statuts d'une société, sur le fondement duquel a été convoquée l'assemblée générale appelée à statuer sur l'exclusion de l'un des associés, contrevient aux dispositions légales précitées et retient qu'il n'entrerait pas dans les pouvoirs du président de la société de modifier à sa guise la stipulation statutaire contestée, une telle modification nécessitant l'accord unanime des associés et, relevant que l'exclusion de cet associé était intervenue sur le fondement d'une clause statutaire contraire à une disposition légale impérative et donc pour le tout réputée non écrite, en déduit que la délibération ayant prononcé cette exclusion devait être annulée.

Com., 29 mai 2024, pourvoi n° 22-13.158 : il résulte de la combinaison des articles 1844 et 1844-10 du code civil et L. 227-16 du code de commerce que si les statuts d'une société par actions simplifiée peuvent prévoir l'exclusion d'un associé par une décision collective des associés, toute stipulation de la clause d'exclusion ayant pour objet ou pour effet de priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de voter sur cette proposition est réputée non écrite.

Com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-14.267, Bull. 2012, IV, n° 156 : Les engagements d'un associé ne pouvant, en aucun cas, être augmentés sans le consentement de celui-ci, le refus de répondre à des appels de fonds pendant le cours de la vie sociale ne peut, sauf à constater que ceux-ci sont prévus par les statuts, être imputé à faute à l'associé.

Peut être cité aussi :

Toulouse, 30 octobre 2013, RG 12-00541 : annulation d'une délibération excluant un associé sur la base d'une clause statutaire prévoyant qu'il ne prend pas part au vote et que ses titres ne sont pas pris en compte pour le calcul des quorum et majorité, au visa des articles 1844, alinéas 1 et 4, et 1844-10, alinéa 2, du code civil.

L. Godon a pu synthétiser ainsi, cette jurisprudence : « En somme, l'analyse de la jurisprudence donne à penser que les juridictions sont animées d'une volonté de juguler la liberté statutaire face à la multiplicité des montages spécifiques portant atteinte à des droits fondamentaux d'associés démontrant par là que la SAS n'est pas un lieu de totale liberté »<sup>33</sup>.

#### 4.3.1. Affectio societatis et principe d'égalité entre associés (art. 1833 du code civil)

Tiré de l'article 1833, alinéa 1, du code civil qui prévoit que toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés<sup>34</sup>, le principe d'égalité entre les associés apparaît comme une incidence de l'affectio societatis.

Com., 3 juin 1986, Rev. Des sociétés, 1986, 585 : « Les associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité ».

Com., 9 avril 1996, pourvoi n°94-12.350 : l'affectio societatis est la « volonté non équivoque de tous les associés de collaborer ensemble et sur un pied d'égalité à la poursuite de l'oeuvre commune ».

##### 4.3.1.1. Le principe d'égalité et ses limites

On peut lire dans le Jurisclasseur Sociétés<sup>35</sup>, qu'à l'origine de la notion contractuelle de société, l'affectio societatis a conservé toute son importance lors du développement de la conception institutionnelle de la société fondée sur la loi du 24 juillet 1966 et connaît un regain d'intérêt dans le cadre d'un mouvement de contractualisation de la société qui se manifeste par une déréglementation, elle-même concrétisée, notamment, par la création de la SAS.

L'auteur indique qu'elle suppose non seulement une participation de tous les intéressés à la répartition des bénéfices, mais aussi une participation de tous à la conduite des affaires sociales, qui doit s'exercer de manière égalitaire pour les décisions les plus importantes. Mais il souligne l'aspect multiforme de l'affectio societatis selon, notamment, qu'elle concerne une société de personnes ou une société de capitaux et note que la participation à la conduite des affaires sociales consiste et peut se limiter à l'exercice « d'une parcelle du pouvoir souverain » de l'assemblée générale des associés.

Le Conseil constitutionnel a affirmé un principe d'égalité en droit des groupements.

---

<sup>33</sup> L. Godon, « La condition juridique de l'associé de SAS : une originalité contenue », in *La société par actions simplifiée - Bilans et perspectives*, Dalloz, 2016

<sup>34</sup> Com., 15 mai 1974, pourvoi n° 72-12.797, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale N 159 P127

<sup>35</sup> Y. Guyon, « Affectio societatis », J.-Cl. Sociétés Traité, 7 mars 2023, actualisé par A. Mairot, Fasc. 20-10

Cons. constit., 7 janvier 1988, décision n° 87-232 DC (relativement à la composition des conseils d'administration des caisses régionales de crédit agricole)

On en trouve de nombreuses expressions notamment en droit boursier où nombre de techniques propres aux offres publiques d'acquisition sont spécifiquement destinées à garantir l'égalité de traitement des actionnaires en assurant une protection adéquate des minoritaires : il en va ainsi par exemple pour ce qui a trait aux offres publiques obligatoires ou aux offres publiques de retrait. (art. L. 433-1, I du code monétaire et financier, art. 231-3 du règlement général de l'AMF)<sup>36</sup>

Le principe d'égalité consiste à reconnaître à chaque associé les mêmes droits et la même prise en compte de ses intérêts dans ses rapports avec la société.

Il est reconnu notamment dans la mise en oeuvre de la théorie de l'abus de droit dont, avec l'atteinte à l'intérêt social, il est l'une des conditions.<sup>37</sup>

Pour autant, il s'agit d'une égalité entre actions ou catégorie d'actions et non pas entre personnes, ni d'une égalité générale de traitement.

Si les auteurs font état d'un principe d'égalité entre les associés d'une société par actions, ils en soulignent le caractère relatif.<sup>38</sup>

En effet, de nombreux mécanismes légaux introduisent des différences dans la teneur et l'exercice des droits entre associés :

- actions de plusieurs catégories<sup>39</sup>

- actions de préférence<sup>40</sup> : applicable aux SAS, cette disposition suppose que les statuts précisent aussi les modalités par lesquelles les titulaires d'actions de

---

<sup>36</sup>D. Carreau, H Letréguilly, Offres publiques : OPA, OPE, OPR – Offres publiques de prise de contrôle, Répertoire des sociétés, juin 2012 (actualisation mai 2024)

<sup>37</sup> Com., 26 septembre 2018, pourvoi n° 16-21.825 ; Com., 20 février 2019, pourvoi n° 17-12.050

<sup>38</sup> J. Mestre, « L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé) », Rev. Des sociétés 1989, p.407 ; P. Didier, P. Misserey, « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », Cah. dr. entr. 1994, n°5, p.18 ; J-M Moulin, *Le principe d'égalité dans la société anonyme* thèse, Paris V, 1999, p.87

<sup>39</sup> Cf. loi n°78-741 du 13 juillet 1978 relative à l'orientation de l'épargne vers le financement des entreprises : actions à dividende prioritaire sans droit de vote

<sup>40</sup> Art. L. 228-11 du code de commerce (issu de l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004) et l'article L. 22-10-46-1 du même code (issu de la toute récente loi n° 2024-537 du 13 juin 2024) ; Pour une présentation globale de l'action de préférence, voir B. Brignon, G-A. Lucciardi, T. Granier, « Action de préférence », J.Cl. Société Traité, 15 septembre 2023, actualisation A. Thobie, Fasc. 1803

préférence peuvent obtenir l'établissement de droits particuliers attachés à leurs actions, dès lors que l'article L. 225-99 est écarté par l'article L. 227-1 du code de commerce. Peuvent être attachés à des actions de préférence des droits particuliers de nature pécuniaire (dividende prioritaire, attribution gratuite d'actions en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves) ou non pécuniaire (information renforcée, attribution de sièges dans les organes de gestion). Il est généralement admis qu'une action de préférence ne peut accorder un droit de veto général.<sup>41</sup>

- droit de veto : la doctrine s'est divisée sur la légitimité du droit de veto, certains y voyant une atteinte au principe d'égalité et au droit de vote, tandis que d'autres soulignent que le titulaire du droit de veto ne substitue pas sa décision à celle de la collectivité, mais y fait obstacle. Certains en prônent un usage limité.<sup>42</sup>

Le droit de veto, accordé par des statuts a donné lieu à une décision de la 1<sup>re</sup> chambre civile, en matière d'association, qui propose une justification de l'obstacle qu'il peut poser à une position majoritaire.

1<sup>re</sup> Civ., 17 février 2016, pourvoi n° 15-11.304, Bull. 2016, I, n° 35 : La loi ne fixe de limite à la liberté contractuelle des associations qu'au regard de leur cause ou de leur objet et ne comporte aucune disposition sur leur fonctionnement interne, qui est librement déterminé par les statuts. Par suite, même s'il peut faire échec à la volonté de la majorité, l'exercice d'un droit de veto au sein d'une association religieuse ne porte pas atteinte au principe selon lequel une association ne peut être constituée ou dirigée par une personne seule, dès lors qu'il ne permet pas à son titulaire de se substituer à celle-ci et oblige à ce qu'un accord soit trouvé.

Voir aussi pour une SAS : Com., 16 février 2016, pourvoi n°14-23.093

On peut aussi penser à l'octroi d'avantages particuliers ou au droit de vote plural.

En droit comparé, on peut relever que, si de telles modulations sont prévues, le principe d'égalité des associés est expressément posé par nombre de lois étrangères (Allemagne, Belgique, Finlande, Pays-Bas, République tchèque, Slovaquie) et qu'il n'y est dérogé que dans des situations très particulières (ex. élection d'une personne, cas d'égalité du nombre de voix pour et contre).<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> *Sociétés commerciales 2024*, Memento pratique, Editions F. Lefebvre, n°67780  
Communication ANSA - Comité juridique n°05-002 du 5 janvier 2005

<sup>42</sup> A. Couret, « Sur la légitimité du droit de veto », Bull. Joly sociétés, mai 2016 ; L. Godon, *La SAS*, LGDJ, 2014, p.296

<sup>43</sup> Art. 53a de l'AktG en Allemagne ; art. 5:80 du code des sociétés et des associations en Belgique ; art. 7 du chapitre 1<sup>er</sup> de la loi finlandaise sur les sociétés à responsabilité limitée ; art. 212 du code civil et 244 de la loi sur les sociétés commerciales en République tchèque ; art. 221 de la loi sur les sociétés en Slovaquie

#### 4.3.1.2. Le principe d'égalité appliqué à la SAS

Ainsi que le relève Y. Guyon<sup>44</sup>, la SAS a pu attirer des acteurs étrangers en ce que la liberté statutaire leur permettait de se garantir contre le risque réel ou supposé d'une faveur accordée par le droit français aux associés français. Elle promouvait en ce sens un principe d'égalité.

On peut lire dans le Répertoire des sociétés : « Principe d'égalité et solutions inégalitaires - S'agissant d'actions, on peut affirmer que le principe d'égalité entre actionnaires joue dans la SAS. Cependant, on peut lui apporter des atténuations plus fortes et beaucoup plus variées que dans la société anonyme, puisque ne s'applique pas à la SAS l'article L. 225-122 du code de commerce qui interdit toute clause contraire au principe de proportionnalité du droit de vote, autres que celles expressément permises par divers textes, notamment par le jeu des actions de préférence dans les SA et SCA dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation. Dans les SAS, le vote plural peut donc être accordé par les statuts à tel ou tel associé ou encore à telle catégorie d'actions, avec pour seule limite l'abus de droit et ce, sans nécessairement recourir aux actions de préférence ».<sup>45</sup>

C'est principalement la déconnexion entre le pouvoir et le capital, par l'effet de l'exclusion de l'article L. 225-122, I du code de commerce<sup>46</sup>, qui conduit certains auteurs à voir dans la SAS une société inégalitaire.<sup>47</sup>

D'une part, en permettant aux associés de déterminer dans les statuts, les décisions qui relèveront de décisions collectives (autre que celles qui sont imposées par la loi), l'article L. 227-9, alinéa 1, est source d'inégalité entre les simples associés et les associés participant aux organes de direction, d'autre part, les droits des associés ne sont pas déterminés en proportion de leur part de capital.

Au-delà des restrictions à l'égalité entre associés applicables aux sociétés commerciales, le régime de la SAS permet aussi aux statuts d'imposer à certains

---

<sup>44</sup> « Les aspects communautaires et internationaux de la société par actions simplifiée », *Revue des sociétés*, 2000, p.255

<sup>45</sup> P. Le Canu, J. Heinich, J. Delvallée, « Société par actions simplifiée – Actionnaires de la SAS », *Répertoire des sociétés*, oct. 2020, actual. mars 2024

<sup>46</sup> Art. L. 225-122 I du code de commerce : Sous réserve des dispositions des articles L. 225-10, L. 225-123, L. 225-124, L. 225-125 (Ord. n° 2020-1142 du 16 sept. 2020, art. 3, en vigueur le 1er janv. 2021) « L. 22-10-46, L. 22-10-47 et L. 22-10-48 », le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix au moins. Toute clause contraire est réputée non écrite.

<sup>47</sup> P.-H. Conac, I. Urbain-Parleoni, *op.cit.*, in *La société par actions simplifiée, bilans et perspectives*, P.-H. Conac, Dalloz, 2016

associés des dispositions spécifiques, telle l'obligation de céder ses actions (art. L. 227-16).

Appliquée à la SAS, la notion d'égalité entre associés doit donc être nuancée, voire précisée dans sa portée. A cet égard, il faut observer que la liberté statutaire accordée à la SAS tend à réduire réciproquement les droits conférés par la loi elle-même aux associés de la SAS et s'interroger sur l'incidence de cette situation sur la notion même d'égalité.

### **Questionnement :**

**Le principe d'égalité est-il heurté par la prise en compte de la participation à la vie sociale des seuls associés qui adhèrent aux propositions de la direction ?**

**Autrement dit, la liberté statutaire qui préside à la constitution d'une SAS permet-elle de retenir un seuil minoritaire de votes favorables sans prendre en compte les votes défavorables qui peuvent atteindre le même seuil ?**

Ces éléments et interrogations suggèrent une interdépendance entre la teneur de la notion d'égalité et le droit de voter, tel que défini par la loi ou par les statuts.

4.3.2. Le droit de participer aux décisions collectives et de voter (art. 1844, alinéa 1, du code civil)

#### **4.3.2.1. Un droit à deux composantes**

L'article 1844, alinéa 1, du code civil, d'ordre public, dispose que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Il ne distingue pas selon la forme que prend la décision collective : assemblée, scrutin électronique, consultation écrite, adhésion à un acte...

Applicable à toutes les sociétés en application de l'article 1834 du même code, ce principe est repris par les articles du code de commerce relatifs à la SARL, à la SA et à la SCA (art. L. 223-28, al.1, L. 225-113, et sur renvoi de l'art. L. 226-1, al. 2, respectivement).

Il est admis qu'il s'agit là d'un principe fondamental absolu.

Com., 6 juillet 1983, pourvoi n°82-12.910, Bull. Civ. IV, n°206 : Le fait d'empêcher, par fraude, des associés de participer à une assemblée justifie l'annulation des délibérations.

Com., 21 janvier 2014, pourvoi n° 13-10.151, Bull. 2014, IV, n° 16 : en application de l'article 1844, alinéa 1er, du code civil, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui accueille la demande visant à ce qu'il soit fait défense à un copropriétaire indivis de la nue-propriété de droits sociaux de participer aux assemblées de la société ou de s'y faire représenter alors que le copropriétaire indivis de droits sociaux a la qualité d'associé et a le droit de participer aux décisions collectives.

La Cour de cassation a pu opérer une distinction entre la participation aux décisions collectives et le vote en jugeant notamment que le nu-propiétaire de droits sociaux, qui ne dispose pas du droit de voter, ne peut être privé du droit de participer aux décisions collectives.

Com., 4 janvier 1994, pourvoi n° 91-20.256, Bulletin 1994 IV N° 10 : Viole l'article 1844 du code civil la cour d'appel qui retient que l'alinéa 4 de cette disposition prévoit que les statuts d'une société peuvent déroger aux deux alinéas qui précèdent pour débouter des nus-propiétaires de leur action en nullité de la clause des statuts d'un groupement forestier instituant la représentation du nu-propiétaire par l'usufruitier alors que, si selon l'article 1844, alinéa 4, du code civil, il peut être dérogé à l'alinéa 3 du même article relatif au droit de vote et qu'il est donc possible aux statuts de prévoir une dérogation sur ce point, aucune dérogation n'est prévue concernant le droit des associés et donc du nu-propiétaire de participer aux décisions collectives tel qu'il est prévu à l'article 1er du même article.

2<sup>e</sup> Civ., 13 juillet 2005, pourvoi n° 02-15.904, Bull. 2005, II, n° 194 : « Mais attendu que la clause statutaire selon laquelle l'usufruitier représente valablement le nu-propiétaire pour toutes les décisions sociales quel qu'en soit l'objet, si elle permet à l'usufruitier d'exercer seul le droit de vote en application des dérogations autorisées sur ce point par l'article 1844, alinéa 4, du Code civil, ne peut avoir pour effet de priver le nu-propiétaire du droit de participer aux décisions collectives tel qu'il est prévu à l'alinéa 1<sup>er</sup> dudit article ; et attendu qu'ayant relevé que l'article 13 des statuts de la SNC privait Mme R. de ses droits fondamentaux d'associé, la cour d'appel a fait une exacte application des dispositions de l'article 1844 du code civil ».

Mais la Cour de cassation a étendu le droit de participer aux décisions collectives au droit de vote lui-même, auquel elle a explicitement conféré un caractère d'ordre public en retenant qu'un associé ne peut, à défaut de disposition légale le prévoyant<sup>48</sup>, être privé statutairement de son droit de vote.<sup>49</sup>

Com., 9 février 1999, pourvoi n° 96-17.661, Bull. 1999, IV, n° 44 (Château d'Yquem): Il résulte de l'article 1844, alinéas 1 et 4, du code civil que tout associé, excepté dans les cas où la loi en dispose autrement, a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions. Viole ce texte la cour d'appel qui fait application de statuts qui instituaient, pour certains associés, une suppression du droit de vote non prévue par la loi. (Sté en commandite)

---

<sup>48</sup> Certaines dispositions légales affectent le droit de voter, telles celles relatives aux actions de préférence avec ou sans droit de vote (art. L. 228-11), aux droits de vote multiple (L. 225-123), à la suspension des droits non pécuniaires de l'associé tenu de céder ses actions (art. L. 227-16) .

<sup>49</sup> La Cour de cassation a pu admettre la suppression du droit de vote d'un associé nu-propiétaire au profit de l'usufruitier, pour autant que celui-là ne soit pas privé de son droit de participer à aux décisions collectives. Com., 22 février 2005, pourvoi n° 03-17.421

Si la distinction entre droit de participer aux décisions collectives et droit de voter apparaît dans certaines dispositions du code de commerce (ex. art. L. 228-29, al. 1, sur le défaut de libération des actions) et demeure dans les décisions relatives à une propriété indivise ou démembrée des actions, la jurisprudence les associe étroitement.

*Com.*, 21 avril 2022, n°20-20.619, 21-10.355 : « Vu les articles 1844 et 1844-10 du code civil: Il résulte du premier de ces textes que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi. Il résulte du second que toute clause statutaire contraire est réputée non écrite. Pour rejeter la demande d'annulation de la résolution du 23 juillet 2012 excluant M. [P] de la société, l'arrêt, après avoir exactement énoncé les principes susvisés, retient qu'en l'espèce, la clause litigieuse n'a pas pour objet de priver l'associé exclu de son droit de participer à la décision et au vote, mais seulement de ne pas prendre en compte son vote dans le calcul des voix, ce qui ne contrevient à aucune disposition légale d'ordre public. Elle constate, en outre, que M. [P] avait reçu une convocation l'invitant à participer à l'assemblée générale, pour s'expliquer contradictoirement sur les faits qui lui étaient reprochés et délibérer sur la résolution unique touchant à son exclusion, et retient que sa non-participation au vote est donc de son fait. En statuant ainsi, alors qu'elle constatait qu'aux termes de l'article 13 des statuts, sur le fondement duquel la résolution du 23 juillet 2012 avait été prise, l'exclusion est décidée par les associés à la majorité prévue pour les décisions extraordinaires, calculée en excluant l'intéressé, ce dont il résultait que l'associé concerné se voyait privé de son droit de vote, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés. »

La doctrine reconnaît très largement le droit de voter comme une prérogative essentielle, d'ordre public, de l'associé, et relève qu'il a des effets plus complets que le droit de participation à la décision collective.<sup>50</sup>

J.F. Barbieri (*op.cit.*) estime néanmoins que cette consécration du caractère d'ordre public du droit de voter de l'associé excède les termes de l'article 1844, alinéa 1er, du code civil et que l'associé devrait être privé de cette prérogative non seulement dans les cas et circonstances prévues par la loi, mais aussi dans les situations où son intérêt individuel entre en conflit avec l'intérêt social (en matière de conventions réglementées) au profit d'un contrôle judiciaire de l'absence d'abus de pouvoir ou de majorité.

Il peut être rappelé que, malgré les critiques qu'elles ont suscitées, les conventions de vote conclues entre les associés ont été jugées valables par une juridiction du fond dès lors qu'elles reposent sur un engagement éclairé des associés, sont conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs et sont destinées à l'établissement d'une politique stable et durable<sup>51</sup>.

#### 4.3.2.2. Application à la SAS

---

<sup>50</sup> Y. Guyon, Répertoire des sociétés, assemblées d'actionnaires, septembre 2002, actualisation juillet 2024 ; R. Kaddouch, « L'irréductible droit de vote de l'associé », JCP E 2008, 1549 ; J.Ph. Dom, « L'existence du droit de vote de l'associé, principe fondamental du droit des sociétés », RJDA 01/2008, p.3

<sup>51</sup> Paris, 4 décembre 2012, RG 11-25313, RJDA 4/13 n°331

Ces droits ont été appliqués à la SAS :

Com., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-16.537, Bull. 2007, IV, n° 225 : (Arts et entreprises) : Il résulte de l'article 1844, alinéa 1, du code civil que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi. Si, aux termes de l'article L. 227-16 du code de commerce, les statuts d'une société par actions simplifiée peuvent, dans les conditions qu'ils déterminent, prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions, ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition.

Com., 9 juillet 2013, pourvoi n° 11-27.235, Bull. 2013, IV, n° 123 : il résulte de l'article 1844, alinéas 1 et 4, du code civil que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi, et de l'article 1844-10, alinéa 2, du même code que toute clause statutaire contraire est réputée non écrite. Fait l'exacte application de ces textes l'arrêt qui constate que l'article des statuts d'une société, sur le fondement duquel a été convoquée l'assemblée générale appelée à statuer sur l'exclusion de l'un des associés, contrevient aux dispositions légales précitées et retient qu'il n'entraîne pas dans les pouvoirs du président de la société de modifier à sa guise la stipulation statutaire contestée, une telle modification nécessitant l'accord unanime des associés et, relevant que l'exclusion de cet associé était intervenue sur le fondement d'une clause statutaire contraire à une disposition légale impérative et donc pour le tout réputée non écrite, en déduit que la délibération ayant prononcé cette exclusion devait être annulée.

Com., 29 mai 2024, pourvoi n° 22-13.158 : il résulte de la combinaison des articles 1844 et 1844-10 du code civil et L. 227-16 du code de commerce que si les statuts d'une société par actions simplifiée peuvent prévoir l'exclusion d'un associé par une décision collective des associés, toute stipulation de la clause d'exclusion ayant pour objet ou pour effet de priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de voter sur cette proposition est réputée non écrite.

S'interrogeant sur la possibilité de prévoir, dans les statuts d'une SAS, la privation du droit de vote de l'associé, partie à une convention réglementée (les art. L. 225-40 et L. 225-88 du code de commerce qui excluent un tel droit de vote pour un associé de SA n'étant pas applicables à la SAS), le comité juridique de l'Association nationale des sociétés par actions, réuni le 5 avril 2023 a répondu négativement.<sup>52</sup>

### **Questionnement :**

**Le fait d'adopter une décision collective par un seuil minoritaire de votes exprimés dans un sens, en ignorant les votes opposés, heurte-t-il le droit de voter ?**

---

<sup>52</sup> ANSA, comité juridique, réunion du 5 avril 2023, n°23-022

### 4.3.3. Décision collective et principe majoritaire

#### 4.4.3.1. Le fondement de la règle majoritaire

Héritée de la démocratie athénienne<sup>53</sup>, la règle de majorité découle du principe selon lequel les hommes libres sont égaux pour l'élaboration de la loi : ils peuvent tour à tour commander et être commandés, notamment parce que chacun peut se trouver un jour ou l'autre du côté de la majorité.<sup>54</sup>

Constitutionnaliste, le Pr O. Beaud<sup>55</sup> distingue plusieurs sens du terme « majorité » : d'abord une donnée arithmétique (un nombre supérieur à un autre), puis une conception organique (le groupe qui vote majoritairement sur un sujet), enfin une conception constitutionnelle (la majorité parlementaire). Il développe l'idée que la majorité s'est imposée comme technique capable de surmonter des difficultés nées de la pratique et que les techniques antérieures (unanimité, *sanior pars*) n'avaient pas réussi à résoudre, tel un « processus de rationalisation des techniques de vote ou de délibération » ainsi que l'entendait Max Weber. Selon lui, la règle de la majorité est donc inséparable de l'idée de pouvoir délibérant. Elle s'applique au sein de l'assemblée délibérante et facilite ainsi son fonctionnement en permettant de trancher la question discutée.

Dans le vocabulaire juridique, la majorité est définie comme le « total des voix qui l'emporte par son nombre lors d'une élection ou du vote d'une décision »<sup>56</sup>.

Hans Kelsen<sup>57</sup> écrit : « La volonté générale formée sur la base du principe majoritaire ne résulte nullement d'une décision dictatoriale imposée par la majorité à la minorité, mais de l'influence réciproque que les deux groupes exercent l'un sur l'autre, du choc de leurs orientations politiques antagonistes. [...] C'est là la véritable signification du principe majoritaire dans la démocratie réelle : aussi serait-il préférable de l'appeler principe majoritaire-minoritaire ; en organisant finalement l'ensemble des individus en deux grands groupes seulement – majorité et minorité – il rend possible un compromis dans la formation de la volonté générale, après avoir

---

<sup>53</sup> Qui, cependant, n'appliquait pas le suffrage universel

<sup>54</sup> Evoquer la règle de la majorité renvoie aux écrits de nombreux penseurs sur le fonctionnement social et la démocratie : John Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690 ; J.-J. Rousseau, *Le contrat social*, 1762 ; Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835-1840 ; John Stuart Mill, *Considerations on representative government*, 1861 ; Hannah Arendt, *La crise de la culture*, 1961

<sup>55</sup> O. Beaud, Professeur de droit constitutionnel Université Paris XII, *Le principe majoritaire dans la théorie constitutionnelle des formes politiques*

<sup>56</sup> G. Cornu, (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7<sup>e</sup> éd., PUF, 2005, Majorité, 1

<sup>57</sup> H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Sirey, 1929, p. 66-67

préparé cette dernière intégration en contraignant au compromis qui permet seul la formation tant de la majorité que de la minorité ».

P. Pasquino<sup>58</sup> prévient contre la confusion fréquente entre la règle de majorité en tant que principe de décision collective et celle de son rapport à la démocratie. Selon lui, cette règle de décision - celle de la majorité simple ou absolue - peut être adoptée par n'importe quel groupe d'individus, même très restreint, pour prendre une décision qui lie le groupe tout entier. Il rappelle que pour Pufendorf, la démocratie est simplement le système où l'ensemble des décideurs coïncide avec l'ensemble de ceux qui sont obligés de respecter la décision collective. De ce point de vue, la démocratie en tant que telle n'est pas un mécanisme de prise de décision (car celui-ci caractérise également l'aristocratie), mais un principe ou une règle d'inclusion. Il voit dans la règle de la majorité l'expression d'une forme spécifique d'égalité qui n'implique en elle-même ni l'égalité économique ni celle des opportunités et qui consiste dans l'égal poids des décideurs lors de la décision collective. Il définit la règle de décision collective, comme une règle produisant une décision qui s'impose à tous les membres du groupe. Il relève que dans le cas du vote, on peut choisir en principe entre plusieurs règles d'agrégation, de l'unanimité à la pluralité (la minorité la plus grande l'emporte - comme c'est le cas dans les « triangulaires » et dans le système électoral majoritaire anglais - first-pass-the-post).

Selon D. Mineur, maître de conférences en philosophie politique<sup>59</sup>, « Le principe majoritaire est indissociable d'un autre principe : celui d'égalité, dans la mesure où il donne rigoureusement le même poids à chaque opinion ».

Pour autant, le résultat de la règle majoritaire peut être modifié par différents mécanismes, tels la définition du collège électoral ou le système de pondération des voix, qui est appliqué notamment dans les Etats fédéraux, dans les organisations internationales et notamment dans les instances européennes.<sup>60</sup>

A titre d'exemples, dans le cadre de la procédure législative ordinaire, le Conseil de l'Union européenne statue à la majorité qualifiée qui correspond à 55 % des Etats membres et 65 % de la population européenne (double majorité).

Le Conseil (ex. Article 50 du TUE relatif au retrait d'un Etat) et le Conseil Européen peuvent être appelés à se prononcer à la majorité qualifiée de 72% des Etats représentant au moins 65 % de la population européenne.

Le Parlement européen se prononce à la majorité simple sur les quatre-vingt-cinq sujets pour lesquels il est co-législateur avec le Conseil dans le cadre de la procédure législative ordinaire.

---

<sup>58</sup> P. Pasquino, *Le principe de majorité : nature et limites*, Collège de France  
le 14 décembre 2010

<sup>59</sup> D. Mineur, *Le pouvoir de la majorité. Fondements et limites*, Classiques Garnier, 2017

<sup>60</sup> O. Beaud, *op.cit.*

En matière de sanction, les décisions de la Commission européenne sont rejetées à la « majorité qualifiée inversée ».

Dans tous les cas et quelles que soient les conditions de la définition de la majorité, le principe majoritaire est néanmoins appliqué.

#### 4.3.3.2. L'application légale de la règle majoritaire

Lorsqu'elle prévoit une décision collective/collégiale, la loi française fixe en général expressément les règles d'adoption de cette décision et ces règles renvoient à une majorité. Tel est le cas :

- en matière électorale : article L. 253 du code électoral (élections municipales) ; article 126 (élections législatives) ; articles L. 294 et L.295 (élections sénatoriales) ; article L.365 et L.366 (assemblée de Corse)

- en droit des collectivités territoriales : article L. 2121-20, alinéa 2, du CGCT pour les délibérations du conseil municipal , article L. 3121-16, alinéa 3, du CGCT pour celles du Conseil général.<sup>61</sup> Par dérogation, en ce qui concerne le compte administratif du maire, la délibération par laquelle il est arrêté est considérée comme adoptée si une majorité des voix ne s'est pas dégagée contre son adoption ( art. L. 1612-12, al. 2, du CGCT, reproduit à l'art. L. 232-1 du code des juridictions financières). En ce cas, l'exigence d'une majorité pour l'adoption est donc remplacée par celle de l'absence d'une majorité contre cette adoption.

- en droit de la copropriété : les articles 24, 25 et 26 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 déterminent selon l'objet de la délibération soumise au vote, si son adoption requiert la majorité des votes exprimés, la majorité des copropriétaires ou la majorité qualifiée des deux tiers pour les décisions les plus importantes.

Déterminer si les statuts d'une SAS peuvent déroger à la règle majoritaire conduit à rechercher si le principe majoritaire relève du droit commun impératif des sociétés.

F. Duquesne expose que « le principe majoritaire qui sous-tend les décisions collectives nécessaires à la réalisation du but commun, exprime avec force l'idée que la préservation des intérêts du groupement prime celle de l'intérêt individuel de chacun de ses membres ».<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Par dérogation, en ce qui concerne le compte administratif du maire, la délibération par laquelle il est arrêté est considérée comme adoptée si une majorité des voix ne s'est pas dégagée contre son adoption ( art. L. 1612-12, al. 2, du CGCT, reproduit à l'art. L. 232-1 du Code des juridictions financières). En ce cas, l'exigence d'une majorité pour l'adoption est donc remplacée par celle de l'absence d'une majorité contre cette adoption.

<sup>62</sup> F. Duquesne, *Droit des sociétés*, Bruylant, 2024

Un autre auteur relève que « l'expression collective des associés est au coeur du fonctionnement sociétaire. Les règles qui la gouvernent s'articulent autour de notions cardinales, l'unanimité et la majorité. »<sup>63</sup>

Pour C. Ruellan<sup>64</sup>, « le principe majoritaire souffre d'une illégitimité intrinsèque, résultant de son indigence à associer le minoritaire à l'élaboration de la décision, tout en se caractérisant par une efficacité précieuse de nature à assurer la cohésion de la collectivité des associés. »

Opposés quant à la justification de la règle majoritaire, ces avis reflètent le large spectre des positions doctrinales sur sa pertinence en droit des sociétés.

En droit commun des sociétés, l'article 1836 comme l'article 1844-6 du code civil, s'agissant respectivement de la modification des statuts ou de la prorogation de la société, prévoient un vote unanime, à défaut de disposition contraire dans les statuts. Néanmoins l'article 1844-6 renvoie à la « majorité » prévue par les statuts.

Pour la société civile (art. 1845 et s. du code civil), il ressort des dispositions légales que l'unanimité demeure, par défaut, la règle d'adoption des décisions collectives des associés d'une société civile, mais que ceux-ci peuvent y déroger, en stipulant autrement dans les statuts, sans que les textes cités, à l'exception de l'article 1844-6, n'imposent explicitement l'application de la règle majoritaire.

Les dispositions communes aux sociétés commerciales ne contiennent aucune mention d'une règle de vote.

Pour la société en nom collectif, l'article L. 221-6 du code de commerce pose la règle générale selon laquelle « les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent ». L'article L. 221-12 relatif à la révocation du gérant prévoit un vote à l'unanimité pour l'associé-gérant qui a été désigné par les statuts, un vote à l'unanimité ou selon les conditions prévues par les statuts pour l'associé-gérant désigné hors statuts, et un vote à la majorité ou dans les conditions fixées par les statuts pour le gérant qui n'est pas associé.

Pour la société en commande simple, l'article L. 222-9 du code de commerce édicte la règle générale selon laquelle, hormis le changement de nationalité qui requiert l'unanimité, « toutes autres modifications des statuts peuvent être décidées avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires. Les clauses édictant des conditions plus strictes de majorité

---

<sup>63</sup> J.-B. Tap, « Réflexions sur les règles d'expression collective des associés », *Revue des sociétés*, 2024, p.298

<sup>64</sup> C. Ruellan, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse 1997  
Paris 2

sont réputées non écrites ». L'article L. 222-5 prévoit que « les décisions sont prises dans les conditions fixées par les statuts ». S'agissant de la cession des parts sociales, l'article L. 222-8 permet aux statuts de prévoir une cession libre ou de la subordonner au « consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires ».

La SARL est sans doute la société commerciale qui compte le plus grand nombre de dispositions précises et impératives, relatives aux conditions d'adoption des décisions collectives. L'article L. 223-29 du code de commerce pose la règle générale selon laquelle : « Dans les assemblées ou lors des consultations écrites, les décisions sont adoptées par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Si cette majorité n'est pas obtenue et sauf stipulation contraire des statuts, les associés sont, selon les cas, convoqués ou consultés une seconde fois, et les décisions sont prises à la majorité des votes émis, quel que soit le nombre des votants [...] ». Il ressort de l'ensemble des dispositions que, la règle de l'unanimité étant largement écartée, la loi fixe une règle de majorité applicable aux décisions collectives ou renvoie à une autre règle de majorité déterminée par les statuts.

Pour la société anonyme, les articles L. 225-95 à L. 225-99 fixent de manière précise et impérative, les règles de quorum et de majorité applicables aux assemblées générales extraordinaires (modification des statuts), ordinaires et spéciales (assemblées composées des porteurs d'une catégorie d'actions), sauf disposition statutaire prévoyant un quorum plus élevé.

Enfin, dans le cas particulier des sociétés de participation financière de professions libérales réglementées dont le régime a été modifié par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (loi «Murcef») puis par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, l'article 5, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi de 1990 prévoit que les associés qui exercent la profession réglementée doivent représenter la majorité en capital et en droits de vote.

L'article 10 de la même loi fixe des règles impératives de majorité.

L'ordonnance n° 2023-77 du 8 février 2023 a réorganisé dans un texte unique l'ensemble des règles régissant les sociétés « libérales ».

L'article 17 de cette ordonnance, relatif aux sociétés civiles professionnelles, dispose que « les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont prises par les associés. Chaque associé dispose, sauf dispositions particulières du décret propre à chaque profession ou, à défaut, des statuts, d'une seule voix, quel que soit le nombre de parts sociales qu'il détient. Un décret particulier à chaque profession détermine le mode de consultation des associés, les règles de quorum et de majorité exigées pour la validité de leurs décisions et les conditions dans lesquelles ils sont informés de l'état des affaires sociales »<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Pour des exemples de décisions relatives à une SEL : 1<sup>re</sup> Civ., 26 mai 2011, n° 10-16.894 ; Com. 25 janv. 2017, n° 15-14.754

De même, des règles de majorité sont fixées pour le fonctionnement des autres sociétés. (Ex. pour les sociétés d'exercice libéral, art. 90 et s).

Il peut être déduit de l'ensemble de ces références qu'à de rares exceptions, la loi française impose la règle de l'unanimité pour certaines décisions collectives d'associés et soumet, pour le surplus, les décisions collectives des associés à la règle majoritaire qu'elle détermine elle-même ou par renvoi aux statuts. Il n'a pas été trouvé de texte prévoyant l'adoption d'une décision collective par un nombre de voix inférieur à la majorité des votes exprimés.

L'examen de la notion de majorité en droit comparé des sociétés montre que dans de nombreux Etats (Allemagne, Belgique, Finlande, Pays-Bas, République tchèque, Slovaquie), la loi impose que les décisions collectives soient prises, au minimum, à la majorité des voix exprimées, qu'elle fixe, dans certains cas, une majorité qualifiée et que les statuts d'une société commerciale ne peuvent prévoir qu'une majorité plus élevée que celle déterminée par la loi. Il y a cependant un débat sur le caractère impératif de la règle majoritaire aux décisions d'assemblées générales extraordinaires en Belgique.

Au niveau du droit de l'Union européenne, il n'a pu être identifié de décisions juridictionnelles portant sur la notion de majorité. En revanche, les conditions d'élaboration des décisions collectives qui sont prévues pour la société anonyme européenne (SE), posent la règle de la majorité des votes valablement exprimés, sauf majorité plus forte prévue, pour la SA, par la loi nationale de l'Etat dans lequel se trouve le siège social.<sup>66</sup>

#### 4.3.3.3. La règle majoritaire et la protection des droits des minoritaires

La règle de la majorité qui confère le pouvoir de décision au groupe de votants le plus nombreux ne signifie pas qu'est concédé à ce groupe un pouvoir absolu.

D'une façon générale, il est reconnu, au profit de la minorité, une véritable fonction de contrôle dans le déroulement de la vie de la société, celle-ci étant « le complément logique et indispensable du pouvoir majoritaire », auquel elle fait contrepoids.<sup>67</sup>

Ainsi, nombreuses sont les dispositions légales qui permettent à un nombre minoritaire d'associés de présenter des demandes aux organes de direction ou en justice.<sup>68</sup> Les actionnaires minoritaires peuvent aussi exercer l'action sociale.

---

<sup>66</sup> Art. 57 du Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif à la société européenne

<sup>67</sup> J.-P. Sortais, Protection des minoritaires : droit des sociétés, Répertoire des sociétés, janvier 1993 (actualisation janvier 2014)

<sup>68</sup> Ex. Pour la SARL, article L. 223-27 du code de commerce, possibilité pour des associés minoritaires d'une SARL de demander la convocation d'une assemblée générale et

Pour autant, aucun mécanisme ne fait de la décision minoritaire une décision sociale.

La protection des minoritaires est, par ailleurs, assurée par l'application de la théorie de l'abus de droit, selon laquelle la décision collective ne peut être contraire à l'intérêt collectif de la personne morale (société, association, syndicat des copropriétaires) ou être destinée à nuire à l'un ou plusieurs des membres de la collectivité.

Il faut observer que si l'intérêt des minoritaires est ainsi protégé par l'annulation possible de la délibération litigieuse, la solution défendue par ses minoritaires ne se substitue pas pour autant à la décision annulée.

De manière réciproque, un abus de minorité ou un «abus d'égalité» en cas d'association entre deux personnes à égalité stricte de droits, empêchant qu'une délibération dans l'intérêt collectif soit adoptée, n'emporte pas adoption de la délibération litigieuse, mais pourra conduire à la désignation judiciaire d'un mandataire pour représenter les intérêts minoritaires tout en respectant l'intérêt collectif.<sup>69</sup>

### **Questionnement :**

**Existe-t-il en droit commun une règle majoritaire impérative, excluant qu'une décision collective soit adoptée par une minorité d'associés ?**

#### **4.3.4. L'intérêt social**

Bien qu'il ne soit pas défini par la loi, l'intérêt social est consacré par l'article 1833 du code civil en tant que règle fondamentale présidant à la constitution et au fonctionnement de toute société et les auteurs s'accordent pour dire que son respect est une exigence permanente de la vie des sociétés.

Il renvoie à l'incidence de l'acte ou de la décision critiquée sur le devenir de l'activité de la société. Sa violation peut caractériser un abus de droit des associés (majoritaires ou minoritaires)<sup>70</sup> et engager la responsabilité civile ou pénale (abus de biens sociaux) des dirigeants.

---

l'inscription d'une question à l'ordre du jour , article L.223-37 pouvoir de demander en justice la désignation d'un expert pour présenter un rapport sur une opération de gestion ; pour la SA, article L.225-103, possibilité pour les actionnaires réunissant 5% du capital de faire désigner un mandataire judiciaire pour convoquer l'assemblée générale

<sup>69</sup> Pour un exemple d'abus d'égalité dans le cadre d'une SAS : Com., 21 juin 2023, pourvoi n° 21-23.298

<sup>70</sup> Com., 13 mars 2024, pourvoi n° 22-13.764

La protection de l'intérêt social contre un péril imminent ou pour remédier à une situation de blocage est le motif premier de la désignation d'un administrateur provisoire. Il marque la prévalence de l'entreprise commune, entendue largement, sur les intérêts individuels des associés.

Dans le cas d'une SAS, il a pu justifier que soit écartée une clause statutaire, prévoyant une procédure amiable en cas de désaccord entre associés. Com., 8 novembre 2016 pourvoi n° 14-21.481

L'intérêt social trouve cependant sa limite dans la théorie des droits propres de l'actionnaire qui, développée pour protéger les droits des minoritaires, s'applique à tous les actionnaires.<sup>71</sup>

#### **4.4. Les opinions doctrinales sur le présent débat**

##### **4.4.1. Après l'arrêt de la chambre commerciale du 19 janvier 2022**

Cet arrêt a été approuvé par une grande majorité d'auteurs, qui, principalement, relèvent qu'une décision collective ne peut être définie autrement que par le sens du plus grand nombre de voix exprimées, qui voient dans l'application de la règle majoritaire un gage de légitimité et d'efficacité et qui soulignent les difficultés pratiques et l'instabilité qui pourraient résulter de l'adoption d'une délibération par une minorité de votes favorables, contre une majorité de votes défavorables. Ils notent néanmoins que si la solution adoptée par la Cour relève du bon sens, sa justification textuelle est plus délicate.

- A. Couret, « La force du principe majoritaire », *D.* 2022, n° 6, p. 342

- B. Dondero, « La décision adoptée à la ... minorité ? », *JCP E* 2022, n° 10, p. 1091

- F.-X. Lucas, « Définition de la majorité qu'implique la prise de décisions collectives de SAS », *BJS* 2022, n° 4, p. 22

- J. Moury, « SAS: la majorité ne saurait être autre que ... la majorité », *RTDCom.* 2022, n° 1, p. 99

- R. Mortier, « La loi de la minorité peut-elle régir une société ? », *Droit des sociétés* juin 2023, repère 6

- J.-F. Hamelin, « La liberté contractuelle ne permet pas une majorité qui n'en est pas une », *Dr. sociétés* 2022, n° 4, comm. 42

---

<sup>71</sup> V. Cluzant, Les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire et les droits propres des actionnaires, thèse, Toulouse, 1906 ; J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *Droit commercial*, t. 1, 2e vol. : Sociétés. Groupement d'intérêt économique. Entreprises publiques, par Lagarde, 1980, n° 699 ; G. Ripert, par R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 14<sup>e</sup> éd., 1991, t. 1, n° 1231 et s. ;

Un autre auteur, sans contester les difficultés pratiques pouvant naître d'une délibération adoptée par une minorité d'associés souligne qu'aucun texte ne justifie la décision prise par la chambre commerciale le 19 janvier 2022 et y voit une atteinte à la volonté du législateur.

- L. Godon, « *Discussion sur la clause de prise des décisions à la minorité, invalidée par la Cour de cassation* », *Revue des sociétés* 2021, p. 493

#### 4.4.2. Après l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 avril 2023

Les commentateurs relèvent que la décision, précisément motivée, est conforme à la lettre de l'article L. 227-9 du code de commerce et convaincante au regard des principes mis en oeuvre. Mais ils soulignent les difficultés pratiques dans le fonctionnement de la société et le contentieux judiciaire important, pouvant en résulter.

- P-A. Marquet, P. Lethenet, « *Adoption de décisions collectives dans les SAS : vers une minorité statutaire décisionnaire ?* », *Revue des sociétés* 2024, p.36

- A. Hamelin, « *SAS-SA - Rebellion de la cour d'appel de Paris à propos des conditions d'adoption des décisions collectives* », *Droit des sociétés*, juillet 2023, n°7, comm. 86

- J. Delvallée, « *Décisions collectives de SAS adoptées à une minorité de voix : la cour d'appel de Paris résiste à la Cour de cassation* », *Dalloz actualité*, 10 mai 2023

## 5. Les positions des parties

Le mémoire ampliatif rappelle que les décisions relatives à l'augmentation du capital impliquent une décision collective et qu'il est jugé au visa de l'article 1844, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil qu'un associé ne peut être privé de son droit de participer à une telle décision.

Renvoyant à la motivation de l'arrêt du 19 janvier 2022, aux travaux préparatoires de la loi du 3 janvier 1994 et aux analyses doctrinales, il soutient qu'un seuil minoritaire, qui peut être atteint simultanément par les votes favorables et par les votes défavorables, ne permet pas de dégager une décision, transforme la collectivité des associés en des collectivités d'associés et accorde à certains associés un poids prépondérant.

Il relève l'incidence de la formulation du projet de décision sur le résultat du vote et le risque d'une succession de décisions contraires entre elles.

Il ajoute que le motif tiré de la conformité de la décision à l'intérêt social est inopérant dès lors que la décision est nulle pour avoir été adoptée par une minorité.

Le mémoire en défense souligne que la liberté statutaire accordée à la SAS résulte d'une volonté claire du législateur de proposer une alternative au cadre trop contraignant de la société anonyme, que plusieurs articles du statut de la SAS renvoient ainsi aux conditions prévues par les statuts et que la Cour de cassation a reconnu la prééminence des statuts à plusieurs reprises.

Il soutient que l'alinéa 2 de l'article L. 227-9 impose uniquement qu'une décision soit prise collectivement sur certains sujets, par exception au principe de liberté fixé à l'alinéa 1<sup>er</sup> et renvoie expressément aux conditions prévues par les statuts pour les modalités d'adoption de cette décision, les travaux parlementaires confirmant l'abandon de l'exigence d'une majorité. Il estime que la solution adoptée par l'arrêt du 19 janvier 2022 est *contra legem* et renvoie aux commentaires doctrinaux selon lesquels la loi n'interdit pas une décision collective minoritaire.

A l'inverse, il cite différents textes, applicables à d'autres formes de sociétés ou à la SAS, qui accordent aux associés minoritaires divers droits et compare les effets d'une clause minoritaire à ceux d'un droit de veto, dont la validité a été reconnue en jurisprudence, pour noter la complémentarité de ces deux mécanismes et la moindre atteinte à l'équilibre des pouvoirs résultant de la première.

Il relève que la clause minoritaire ne porte pas atteinte au droit de participer à la délibération et de voter et conclut que la solution de l'arrêt du 19 janvier 2022 aboutit à ériger en règle d'ordre public l'interdiction d'une clause statutaire faisant primer une minorité sur la majorité.

Il ajoute que le grief de la troisième branche est inopérant comme visant des motifs surabondants.

## **6. Le régime des sanctions**

Pour être complet et bien que ce point échappe aux termes du pourvoi, il convient de rappeler le régime des sanctions applicables en droit des sociétés.

La Cour a clairement distingué les sanctions applicables à une décision collective et celle applicable à une stipulation statutaire. Com., 3 avril 2007, n°06-10.834, Bull. 2007, IV, p.109

### **6.1. La sanction de la délibération litigieuse**

L'article 1844-10, al 3, du code civil prévoit que la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.

1<sup>re</sup> Civ., 3 février 2021, pourvoi n°16-19.691: Il résulte de l'article 1844-10, alinéa 3, du code civil que la décision prise abusivement par une assemblée générale

d'exclure un associé affecte par elle-même la régularité des délibérations de cette assemblée et en justifie l'annulation.

L'article L. 235-1, alinéa 2, du code de commerce prévoit, s'agissant des sociétés commerciales, que « la nullité d'actes ou de délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa 1<sup>er</sup> (nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts) ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre [...] ».

L'application de cet article n'est pas exclue par l'article L. 227-1 du code de commerce et relève donc du droit de la SA, applicable à titre supplétif à la SAS, dans le silence des statuts.

La Cour de cassation juge de manière constante que la nullité des délibérations prises par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du Livre II du code de commerce ou des lois qui régissent les contrats. Com., 26 avril 2007, pourvoi n°14-13.554.

La violation d'une clause statutaire n'emporte nullité de la délibération que lorsque cette clause est un aménagement d'une disposition impérative. Com., 18 mai 2010, pourvoi n°09-14.855, P

L'article L.227-9, al 4, du code de commerce dispose que les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé.

Retenant que l'organisation et le fonctionnement d'une SAS relève essentiellement de la liberté statutaire, et non de dispositions impératives et que la jurisprudence précitée aboutirait à ne pouvoir sanctionner une violation des dispositions statutaires prises en application des alinéas 1 et 2 de ce texte, la Cour a jugé : L'alinéa 4 de l'article L. 227-9 du code de commerce, institué afin de compléter, pour les sociétés par actions simplifiées, le régime de droit commun des nullités des actes ou délibérations des sociétés, tel qu'il résulte de l'article L. 235-1, alinéa 2, du code de commerce, doit être lu comme visant les décisions prises en violation de clauses statutaires stipulées en application du premier alinéa et permettant, lorsque cette violation est de nature à influencer sur le résultat du processus de décision, à tout intéressé d'en poursuivre l'annulation. Com., 15 mars 2023, pourvoi n° 21-18.324(Larzul II).

Dans le cas présent, la décision contestée est conforme à la clause statutaire et c'est en réalité la conformité de cette clause à l'article L. 227-9 qui est contestée.

Dans des conditions dans lesquelles la validité d'une décision collective était contestée au motif que la clause statutaire appliquée n'était pas conforme à l'article L. 227-16 du code de commerce, la Cour a rappelé qu'une clause statutaire prise en violation de l'article 1844, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil était réputée non écrite. Com., 9 juillet 2013, pourvois n°11-27.235 et 12-21.238

Elle a récemment fait évoluer sa jurisprudence en retenant que seule la stipulation illicite (et non pas la clause dans son entier) était réputée non écrite. Com., 29 mai 2024, pourvoi n° 22-13.158

## **6.2. La sanction de la clause statutaire**

L'article 1844-10, al 2, du code civil prévoit que « toute clause statutaire à une disposition impérative du présent titre, dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite ».

En l'absence de définition légale, ce sont la doctrine et la jurisprudence qui ont déterminé le régime et les effets de la clause « réputée non écrite ».

La très grande variété des domaines du droit dans lesquels l'illicéité d'une stipulation conduit à ce qu'elle soit réputée non écrite (droit de la consommation, droit du travail, droit de la concurrence, droit de la copropriété, droit des baux commerciaux ...) a donné lieu à des traitements judiciaires très différents.

Il sera seulement relevé ici qu'en matière civile, la Cour a déterminé un régime procédural spécifique de l'action en reconnaissance du caractère non écrit d'une clause : cette action n'est pas soumise à la prescription quinquennale de l'action en nullité (1<sup>re</sup> Civ., 13 mars 2019, pourvoi n°17-23.160 ; 3<sup>e</sup> Civ., 19 novembre 2020, pourvoi n°19-20.405) ; pour que les conséquences de la clause illicite soient annulées, il faut que le juge ait statué sur son caractère réputé non écrit, à la demande d'une partie ou d'office s'il s'agit de la violation d'une disposition d'ordre public.

En matière de copropriété, afin de sécuriser les actes accomplis par le syndicat des copropriétaires, il est jugé que les clauses du règlement de copropriété doivent recevoir application tant qu'elles n'ont pas été déclarées non écrites par le juge.(3<sup>e</sup> Civ., 21 juin 2006, pourvoi n° 05-13.607, Bull.n° 159 ; Ass. Plén. 5 mars 2010, pourvois n° 08-42.843 et 08-42.844, Bull.n° 1 ; 3<sup>e</sup> Civ., 9 juillet 2020, pourvoi n° 18-15.620)

En revanche, en matières commerciale et sociale, il suffit que le caractère réputé non écrit soit invoqué et retenu dans la motivation de la décision judiciaire pour que le juge en tire les conséquences, sans nécessairement être formellement saisi d'une prétention tendant à faire déclarer la stipulation réputée non écrite. (Com., 9 juillet 2013, pourvoi n° 11-27.235, Bull. 2013, IV, n° 123 ; Com., 29 mai 2024, pourvoi n° 22-13.158, B ; Soc., 14 avril 2016, pourvoi n° 14-29.679, Bull.n° 76 ; Soc., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-43.056, Bull. n° 92)

Dans la présente espèce, l'arrêt du 20 décembre 2018 a déclaré irrecevable la demande d'annulation de l'article 17 des statuts. La cassation partielle prononcée le 10 janvier 2022 ne portant pas sur ce point, la cour de renvoi n'était pas saisie de cette demande.

## 7. Conclusion - Eléments de solution

### 7.1. L'incidence de deux conceptions

Au regard de la situation particulière de la SAS parmi les sociétés commerciales, le pourvoi devra conduire à prendre partie entre deux conceptions de la société pour déterminer si la règle majoritaire s'impose, en dépit d'une disposition statutaire qui prévoit l'adoption d'une décision collective par un seuil minoritaire de votes favorables:

- l'une faisant prédominer la nature contractuelle de la société.

Il serait alors retenu qu'en l'absence de disposition légale impérative, la liberté statutaire accordée par le législateur à la SAS permet aux associés de définir comme bon leur semble les modalités d'adoption d'une décision collective et que l'acquisition d'actions, en emportant consentement aux statuts, suffit à valider la décision adoptée en conformité avec ces statuts.

Les tenants de cette position soulignent que le souhait du législateur de proposer un outil très souple répond aux besoins de la pratique sur le marché interne comme dans la concurrence internationale et que toute intervention restrictive de cette liberté est de nature à reproduire l'évolution connue, notamment par la société anonyme et la société à responsabilité limitée vers des modèles toujours plus contraignants, handicapant l'économie nationale et qui, précisément, ont imposé la création de la SAS.

- l'autre plus institutionnelle.

Ses défenseurs relèvent qu'une fois constituée contractuellement, la société s'émancipe de ses auteurs pour faire naître une personne juridique autonome, soumise en tant que telle à des règles propres. Ils insistent sur le fait que la SAS est avant tout une société, soumise au droit commun des sociétés dans lequel certains lisent la règle majoritaire.

Les éléments précédemment réunis convainquent cependant du caractère quelque peu artificiel de l'opposition entre ces deux conceptions, dès lors que chacun admet qu'il n'est de liberté sans limite et que, s'agissant de la SAS, le législateur et le juge ont effectivement fixé un certain nombre de limites à la liberté statutaire, le premier en imposant certaines règles (L. 227-6 obligation de désigner un président), des décisions collectives sur certains sujets (art. L.227-9, al 2), l'adoption de certaines décisions à l'unanimité (art. L. 227-3, L. 227-19), ou en soumettant la SAS aux règles de la société anonyme dès lors qu'elle recourt à certains types de financement (L. 227-2-1), le second en réputant non écrite des clauses statutaires portant atteinte au droit de participer à la décision collective ou au droit de voter. (Cf. Arrêts précités)

On peut d'ailleurs relever que si la règle de l'unanimité a longtemps été le marqueur de l'aspect contractuel de la société, et particulièrement de la SAS, elle a progressivement cédé le pas aux prévisions statutaires, ainsi que l'illustrent les modifications successives de l'article L. 227-19 du code de commerce.<sup>72</sup>

La question posée par le pourvoi devient donc : où placer le curseur entre la liberté statutaire et les limites de cette liberté ?

A cet égard, il faut rappeler que la liberté de contracter est un droit à valeur constitutionnelle auquel il peut cependant être porté atteinte pour autant que cette atteinte soit proportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi.

Pour autant, toute personne étant libre de s'associer selon les modalités proposées par la loi, les textes applicables à tel modèle de société ne sauraient en eux-mêmes porter le flan à une critique relative à leur conformité à la Constitution.

Si l'interprétation jurisprudentielle d'un texte de loi peut donner lieu à une question prioritaire de constitutionnalité, tel n'est pas le cas de l'application d'un principe général du droit ou d'une disposition d'ordre public.

De ce point de vue, rien ne paraît s'opposer à ce qu'il soit dit qu'une décision collective d'associés relative à l'augmentation du capital social ne peut être adoptée par une minorité des voix valablement exprimées, d'autant que les associés disposent de nombreux outils légaux pour moduler les droits pécuniaires et non pécuniaires de chacun.

## **7.2. Les conséquences pratiques**

Tant le fonctionnement pratique de chaque SAS que le positionnement du modèle de la SAS parmi les autres modèles de sociétés en droit français comme en droit comparé exigent que l'incidence pratique des solutions envisageables soit évaluée à l'aune des objectifs de la législation sur les sociétés.

Il est admis que le droit des sociétés est parcouru par les objectifs d'efficacité, de sécurité juridique pour les associés comme pour les tiers et de stabilité.

L'objectif d'efficacité doit conduire à éviter qu'une décision puisse remettre en question la notion même de société, marquée par l'affectio societatis. Sur ce point, l'ensemble des auteurs admet que la règle majoritaire, par sa nature arithmétique neutre, remplit cet objectif d'efficacité et qu'elle est « de nature à assurer la

---

<sup>72</sup> Imposant initialement l'unanimité pour l'adoption ou la modification de clauses statutaires relatives à l'inaliénabilité des actions, à l'agrément préalable à la cession d'action, à l'obligation de céder ses actions et à la suspension des droits non pécuniaires d'une société associée, l'article L. 227-19 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 supprime cette exigence d'unanimité pour les décisions relatives à l'agrément préalable à la cession d'actions et à l'obligation de céder ses actions.

cohésion du groupe de la collectivité des associés » (cf. C. Ruellan, op.cit. sous 4.3.3.2) et peut éviter l'émergence de plusieurs collectivités d'associés (cf. R. Mortier, op.cit. Sous 4.3.3.2).

La sécurité juridique doit aussi conduire à éviter qu'une décision puisse être obérée, dans sa mise en oeuvre, par une décision immédiatement contraire, par une mise en cause des organes de direction ou par des contestations judiciaires d'autant plus probables que le nombre d'opposants sera élevé. Elle implique que la décision collective puisse être reconnue comme la décision de la société et non pas comme la décision d'un sous-groupe, contre un autre, égal en droit. Cette exigence s'impose tant vis-à-vis des associés qui doivent être en mesure d'apprécier la pertinence et le devenir de leur investissement, que vis-à-vis des tiers dont la confiance dans l'entreprise repose sur une certaine stabilité.

Il faut observer que les décisions modifiant le capital social sont déterminantes de l'évolution, voire de l'avenir de la société, mais aussi de la place de chaque associé en son sein, voire du sort de son patrimoine. De fait, dans la plupart des modèles de sociétés, la décision de modifier le capital social doit être prise à une majorité renforcée (majorité des deux tiers des voix exprimées dans une société anonyme, art. L. 225-96 et L. 225-127 ; en principe, majorité des trois quart des parts sociales ou des deux tiers des parts détenues par les associés présents ou représentés dans une société à responsabilité limitée, art. L. 223-30).

Néanmoins, la création en France de la SAS comme l'assouplissement constaté dans les droits des sociétés de plusieurs Etats traduit la volonté des législateurs de proposer aux acteurs économiques un outil flexible, adapté à des projets toujours plus variés. Il est loisible à ces acteurs d'opter pour une société au fonctionnement très structuré par la loi ou d'investir, librement, un régime plus souple. A cet égard, les auteurs soulignent le rôle prépondérant du rédacteur des statuts d'une SAS, en relevant que l'hétérogénéité du public de la SAS pourrait donner lieu à des prestations de rédaction de qualité très variable.

La prévision d'une décision minoritaire pourrait-elle être un frein à l'investissement dans une SAS ?

Si la mondialisation du commerce impose aux acteurs de nationalité différente de s'associer, la prise en compte des spécificités de chaque législation interne et les biais réels ou supposés en faveur des « nationaux » peuvent nourrir une défiance que le droit français doit pallier pour maintenir la compétitivité de la SAS sur le plan international.

A cet égard, l'application, en droit français des sociétés, du principe majoritaire largement admis dans les droits étrangers, pourrait, par l'effet d'une certaine homogénéité, être de nature à réduire ces sujets d'inquiétude.

La possibilité de faire adopter une décision collective par une minorité d'associés modifiant les rapports de pouvoirs entre la direction et la collectivité des associés, le fait d'imposer une règle majoritaire ou de permettre une décision minoritaire pourrait

conduire les rédacteurs de statuts à des arbitrages différents dans la détermination des questions relevant de la décision collective (art. L.227-9, al. 1<sup>er</sup>).

Le renforcement des pouvoirs de l'organe de direction qui pourrait résulter de la possibilité de faire adopter des décisions collectives par un seuil minoritaire de votes pourrait être considérée, selon le point de vue des acteurs concernés et leur rapport de force, soit comme une remise en question, péjorative, du principe d'égalité entre associés, soit comme un gage de stabilité de la société.

### **7.3. Les questionnements à résoudre**

La solution à apporter au pourvoi imposera de répondre à plusieurs questions :

#### **7.3.1. Existe-t-il une règle majoritaire en droit des sociétés ?**

Dégradation de la règle de l'unanimité, justifiée par des considérations pratiques, la règle majoritaire est omniprésente en droit des sociétés et expressément reconnue dans les législations étrangères consultées. Certains praticiens s'y réfèrent comme étant une règle de « bon sens ». Pour autant, elle n'est pas inscrite de manière générale dans la loi.

##### **7.3.1.1. La notion de décision collective d'associés implique -t-elle un fait majoritaire ?**

Si la notion de « décision collective » peut donner lieu à une lecture formaliste, il demeure que la décision prise collectivement par les associés doit nécessairement être appréhendée dans sa substance, comme étant la décision sociale. En dehors de la SAS, une décision sociale ne peut être une décision minoritaire et l'équilibre des droits de tous les associés est protégé par le régime jurisprudentiel de l'abus de droit.

La légitimité reconnue de la règle majoritaire comme règle arithmétique neutre doit être confrontée à la légitimité de la clause statutaire prévoyant une adoption minoritaire.

Admettre qu'une décision sociale puisse être une décision minoritaire conduit à privilégier le processus de consultation des associés (tous les associés sont invités à s'exprimer) sur la teneur des opinions exprimées et interroge sur le seuil minimum (proportionnel ou en valeur absolue ?) permettant de qualifier la décision de « collective ».

A l'inverse, la règle majoritaire, dont la définition juridique inclut la nature arithmétique, impose le décompte comparé des votes « pour » et « contre » pour faire émerger, de tous les votes valablement exprimés, une décision sociale unique.

##### **7.3.1.2. Les principes d'ordre public du droit commun des sociétés imposent-ils un principe majoritaire ?**

Le droit de participer à la décision collective et de voter et le principe d'égalité entre les associés, qui sont reconnus d'ordre public dans les conditions développées ci-dessus peuvent paraître incompatibles avec la fixation d'un seuil minoritaire de votes exprimés dans un seul sens, comme outil « d'arrêt » (au sens de Ph. Urfalino) de la décision collective. Est-ce à dire que ces droits et principes imposent la règle majoritaire ou bien peut-on envisager d'autres mécanismes de prise en compte des opinions opposées ?

7.3.2. Dans l'affirmative, cette règle majoritaire est-elle impérative ?

7.3.2.1. La lettre de l'article L. 227-9 du code de commerce constitue-t-elle une dérogation légale spéciale ?

La réponse pourrait être affirmative si l'on lit le renvoi aux « conditions prévues par les statuts » de l'article L. 277-9, alinéa 2, du code de commerce comme accordant positivement aux rédacteurs des statuts toute liberté pour déterminer le processus d'adoption de la décision collective.

Dans cette hypothèse, ce droit spécial admettrait la validité d'une décision collective minoritaire adoptée conformément à une clause statutaire.

7.3.2.2. Si l'article L. 227-9 est lu comme n'excluant pas, par lui-même, la règle majoritaire, les statuts peuvent-ils y déroger ?

Il conviendra alors de confronter directement la règle majoritaire et la liberté statutaire en prenant en compte les objectifs du droit des sociétés en général et plus particulièrement celui de la SAS.

7.3.3. Dans la négative, rien ne s'opposant à ce qu'une décision collective d'associés d'une SAS soit adoptée par une minorité, le pourvoi serait rejeté.

C'est à partir de ces éléments qu'il appartiendra à la Cour de statuer.

## **AVIS 1015**

**Si la Cour décidait de casser l'arrêt d'appel, elle pourrait envisager de statuer sur la demande d'annulation de la décision litigieuse, en application des articles L. 411-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire et 627 du code de procédure civile, pour une bonne administration de la justice, en retenant que, dès lors qu'il résulte de l'arrêt que la délibération relative à l'augmentation du capital de la société La Vierge a été adoptée après avoir**

**recueilli 229 313 voix pour, et 269 185 voix contre, sans aucune abstention, cette décision doit être annulée.**

**Les parties sont invitées à présenter leurs observations sur ce point dans le délai de quinze jours à compter de la mise en ligne du présent rapport.**