



Solène SAINT GENIS

La préférence en droit des sociétés : contribution à l'étude de la liberté statutaire

SAINT GENIS Solène. *La préférence en droit des sociétés : contribution à l'étude de la liberté statutaire*, sous la direction de Jean-Pierre Viennois - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2018.

Disponible sur : <http://www.theses.fr/2018LYSE3073>



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N°d'ordre NNT : 2018LYSE3073

THÈSE DE DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
opérée au sein de
L'Université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale N° 492
École doctorale de Droit

Discipline de doctorat : DROIT MENTION DROIT DES AFFAIRES

Soutenue publiquement le 29/11/2018, par :
Solène SAINT GENIS

La préférence en droit des sociétés
Contribution à l'étude de la liberté statutaire

Devant le jury composé de :

DAIGRE, Jean-Jacques, Professeur des Universités émérite, Université Panthéon Sorbonne, Paris I, Rapporteur

MALLET-BRICOUT, Blandine, Professeur des Universités, Université Jean Moulin, Lyon 3

MOUSSERON, Pierre, Professeur des Universités, Montpellier, Rapporteur

VIENNOIS, Jean-Pierre, Professeur des Universités, Université Jean Moulin, Lyon 3, Directeur de thèse

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LES FONDEMENTS DE LA PRÉFÉRENCE EN DROIT DES SOCIÉTÉS

TITRE PREMIER : L'INTROUVABLE PRINCIPE D'ÉGALITÉ

Chapitre Premier : Les expressions du principe d'égalité

Chapitre Deuxième : La disqualification du principe d'égalité

TITRE DEUXIÈME : L'ÉMERGENCE D'UN PRINCIPE DE LIBRE PRÉFÉRENCE

Chapitre Premier : Les assises techniques de la préférence

Chapitre Deuxième : Les assises fondamentales de la préférence

DEUXIÈME PARTIE : LES PERSPECTIVES DE LA PRÉFÉRENCE EN DROIT DES SOCIÉTÉS

TITRE PREMIER : LA DÉTERMINATION DU CADRE DE LA PRÉFÉRENCE

Chapitre Premier : Le cadre substantiel de la préférence

Chapitre Deuxième : Le cadre processuel de la préférence

TITRE DEUXIÈME : LA MISE EN ŒUVRE DE LA PRÉFÉRENCE

Chapitre Premier : La préférence pécuniaire

Chapitre Deuxième : La préférence extra pécuniaire

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS (*)

<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international
<i>AGE</i>	Assemblée générale extraordinaire
<i>AGO</i>	Assemblée générale ordinaire
<i>AJ Contrat</i>	L'actualité juridique : Contrat
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, droit administratif, Dalloz
<i>AJDI</i>	L'actualité juridique : Droit immobilier
<i>Al.</i>	Alinéa
<i>AMF</i>	Autorité des marchés financiers
<i>ANSA</i>	Publication de l'Association nationale des sociétés par actions
<i>Arch.phil.droit</i>	Archives de philosophie du droit
<i>Art.cit.</i>	Article précité
<i>Ass. Plén.</i>	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>BRDA</i>	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
<i>Bull. CAC</i>	Bulletin des commissaires aux comptes
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
<i>Bull. CNCC</i>	Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin mensuel d'information Joly
<i>C. Civ.</i>	Code civil
<i>C. Com.</i>	Code de commerce
<i>C. Conso.</i>	Code de la consommation
<i>C. Pén.</i>	Code pénal
<i>C. Trav.</i>	Code du travail
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>Cass. Civ.</i>	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Cass. Com.</i>	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Cass. Crim.</i>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Cass. Req.</i>	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Cass. Soc.</i>	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>CCI</i>	Chambre de commerce et d'industrie
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CE</i>	Conseil d'État
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
<i>Ch.</i>	Chapitre
<i>Chron.</i>	Chronique
<i>CJCE</i>	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CMF</i>	Code monétaire et financier
<i>Coll.</i>	Collection
<i>Comm.</i>	Commentaire
<i>Cons. Const.</i>	Conseil constitutionnel

<i>D.</i>	Recueil Dalloz Sirey
<i>D. aff.</i>	Dalloz Affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>DH</i>	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
Doctr.	Doctrine
<i>DP</i>	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
Éd.	Éditeur ou édition
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
EFL	Éditions Francis Lefebvre
Fasc.	Fascicule
Form.	Formule/formulaire
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (SARL de droit allemand)
HCPJ	Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris
<i>Ibidem.</i>	Même référence que précédemment
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Plus loin
J. Cl.	Juris-classeur
<i>JCP E</i>	Semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP N</i>	Semaine juridique, édition notariale et immobilière
<i>JCP</i>	Semaine juridique, édition générale – parfois <i>JCP G</i>
JO	Journal Officiel
JOAN	Journal Officiel, Assemblée Nationale
<i>Loc.cit.</i>	Même page
<i>LPA</i>	Les petites affiches
Medef	Mouvement des entreprises de France
Obs.	Observations
<i>Op.cit.</i>	Ouvrage précité
p.	page
Précit.	Précité
<i>RD banc. fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RDAI</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDLF</i>	Revue des droits et libertés fondamentaux
Rép. Min.	Réponse ministérielle
<i>Rev. Crit. DIP</i>	Revue critique du droit international privé
<i>RJ Com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RLDP</i>	Revue Lamy droit et patrimoine

<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDF</i>	Revue trimestrielle de droit financier
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SCA	Société en commandite par actions
SCS	Société en commandite simple
SE	Société européenne
SNC	Société en nom collectif
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Plus haut
T. Com.	Tribunal de commerce
T. Corr.	Tribunal correctionnel
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
v.	voir
VDMAC	Valeurs mobilières donnant accès au capital

() Les articles en L. et R. cités sans indication du texte de provenance sont issus du Code de commerce. Les autres articles cités sans indication du texte de provenance sont les articles du Code civil.*

INTRODUCTION

*« Sur quelque préférence une estime se fonde.
Et ce n'est n'estimer rien qu'estimer tout le monde »¹*

1. Qu'elle soit consciente ou non, dictée par la raison ou par les sentiments, la préférence est l'essence de la liberté de choix qui gouverne les rapports entre toutes personnes. Étymologiquement, la préférence, tirée du verbe « préférer », vient du verbe latin *praeferre* signifiant littéralement « porter en avant » (*prae – ferre*). Dans le langage commun, elle se rattache à un sentiment, un jugement potentiellement discriminatoire. Elle est définie comme un « jugement ou sentiment par lequel on place une personne, une chose au-dessus des autres » ; « le fait d'être préféré » ou encore un « avantage consenti à une personne plutôt qu'aux autres »². Elle relève donc, au moins pour partie, d'une logique subjective.

Préférer, c'est établir une hiérarchie à l'égard de plusieurs alternatives qui sont offertes, c'est choisir une personne ou une chose plutôt qu'une autre³ et, par voie de conséquence, c'est écarter, minimiser, voire exclure ce qui ne fait pas l'objet de ce sentiment.

2. La notion de préférence est bien connue des philosophes, notamment en raison du conflit d'adéquation avec le concept d'égalité qu'elle soulève. L'abolition des privilèges au profit de l'égalité fut l'une des premières batailles menées par les révolutionnaires. Ainsi, préférence et égalité étaient-elles déjà présentées comme antagonistes par ROUSSEAU⁴: « *Le premier et le plus grand intérêt public est toujours la justice. Tous veulent que les conditions soient égales pour tous, et la justice n'est que cette égalité. Le citoyen ne veut que les lois et que l'observation des lois. Chaque particulier dans le peuple sait bien que s'il y a des exceptions, elles ne seront pas en sa faveur. Ainsi tous craignent les exceptions, et qui craint les exceptions aime la loi. Chez les chefs c'est tout autre chose : leur état même est un état de préférence, et ils cherchent des*

¹ MOLIÈRE, *Le Misanthrope*, Acte I, scène 1, vers 34-96, réplique d'Alceste.

² V. Petit Robert, v. *préférence*.

³ V. définitions de la préférence et de préférer dans le dictionnaire des Trésors de la Langue Française informatisés : <http://www.cnrtl.fr/definition/préférence> ; <http://www.cnrtl.fr/definition/préférer>

⁴ Dont l'œuvre a marqué l'esprit révolutionnaire.

préférences partout »⁵. Il ne pourrait pas y avoir de justice sans égalité, et pas d'égalité avec des préférences. La préférence est donc rejetée au profit de l'égalité, laquelle ne peut se maintenir naturellement et doit être réalisée par le droit : « *C'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité, que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir* »⁶.

L'opposition entre égalité et préférence sera soutenue par la philosophie des Lumières, qui portera les idées révolutionnaires. Pour MONTESQUIEU, ce n'est que par la loi que les hommes peuvent redevenir égaux, là où toute forme de société tend aux inégalités⁷. L'abolition des privilèges et de la société d'ordres réalisée dans la nuit du 4 août 1789 ainsi que l'inscription de l'égalité au premier article de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ont fait de cette notion un idéal général transcendant toutes les branches du droit⁸. L'effondrement de l'Ancien régime a emporté avec lui l'idée de la légitimité d'une différence de traitement des Hommes par le droit qui, au contraire, semble devoir être mis au service de l'égalité. D'ailleurs, la préférence est, dans sa définition juridique proposée par Cornu, présentée par opposition à l'égalité⁹.

3. La préférence et le droit. Alors que certains rattachent la préférence à la notion d'exclusion¹⁰, cette notion doit recevoir une acception plus large, car il existe différents degrés de préférence. Si le verbe « *préférer* » peut être caractérisé par la mise en avant qu'il implique, cela n'entraîne pas nécessairement le fait d'exclure celui qui n'est pas promu. En réalité, la préférence peut être définie comme la mise en place d'un ordre de priorité, se traduisant par

⁵ J-J. ROUSSEAU, *Lettres écrites de la montagne*, in *Œuvres complètes de J-J. ROUSSEAU*, III, 1852, p. 106.

⁶ J-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, p. 113.

⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre VIII, Ch. III : « *Dans l'état de la nature, les hommes naissent bien dans l'égalité : mais ils ne sauraient y rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennent égaux que par les lois. Telle est la différence entre la démocratie réglée et celle qui ne l'est pas ; que, dans la première, on n'est égal que comme citoyen ; et que, dans l'autre, on est encore égal comme magistrat, comme sénateur, comme juge, comme père, comme mari, comme maître* ».

⁸ En ce sens v. J-P. DÉSIDÉRI, *La préférence dans les relations contractuelles*, PUAM, 1997, p. 19, §4 : « *Depuis lors (1789), l'idéal d'égalité constitue l'un des principes les plus généraux et transversaux de notre droit, dont il irrigue toutes les branches au point d'être élevé parfois au rang de véritable mythe* ».

⁹ V. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 2017, v. *préférence/préférentiel*.

¹⁰ Ainsi, le doyen CORNU retient une définition de la notion qui met bien en valeur cette spécificité puisqu'il définit la préférence comme « *tout avantage de priorité, d'antériorité qui permet au titulaire d'un droit plus fort d'exclure un concurrent* », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, *loc.cit.*

l'octroi d'avantages plus ou moins importants, pouvant, effectivement, aller jusqu'à l'exclusion.

D'une nature qui ne relève pas forcément de l'arbitraire, mais faisant parfois appel à des critères subjectifs, la préférence devrait, selon certains, être exclue du domaine du droit qui, par hypothèse, rationalise et rend objectifs les rapports entre sujets de droit et ne s'embarrasse pas de sentiments et d'émotions¹¹. La préférence, même en tant qu'émotion, n'est pourtant pas nécessairement néfaste aux rapports juridiques : *« les émotions ne sont pas des forces qui aveuglent la rationalité. Qu'elles relèvent de notre animalité ne suffit pas à les discréditer. Même Bonnacase le reconnaissait sans ambages : on n'est pas romantique parce qu'on fait une place au sentiment ; le romantisme suppose qu'on lui donne une place exclusive. En somme, l'émotion n'est pas qu'un risque pour le juriste, elle est aussi une chance »*¹². Ainsi, la préférence, si elle ne peut fonder exclusivement les rapports entre sujets de droit, se retrouve dans de nombreuses disciplines juridiques.

4. Le contrat est défini par l'article 1101 du Code civil comme l'accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes qui suppose, comme le rappelle clairement l'article 1102 du Code civil, que les parties aient librement choisi tant leur cocontractant que le contenu de leur relation, dans la limite du respect des normes impératives. Même si l'une des parties n'est pas en mesure de négocier l'intégralité du contenu de ses droits et obligations, et adhère ainsi à la relation contractuelle¹³, elle reste libre de préférer tel ou tel partenaire pour conclure l'acte en cause. Partant, tout contrat relève d'une logique de préférence exclusive au moment de sa formation.

5. Le droit commun des contrats consacre d'ailleurs directement la préférence qui serait recherchée entre les parties. Elle se trouve ainsi textuellement exprimée dans le cadre des pactes de préférence nouvellement consacrés par le Code civil suite à la réforme opérée par

¹¹ En ce sens v. N. DISSAUX, « Drôle de droit », *D.*, 2016, p. 1 : *« Que le droit s'oppose au gauche, le langage courant le suggère. Malicieusement, un poète sera peut-être porté à en tirer la conclusion : le droit n'a que faire des sentiments. À la faveur d'une métonymie, il hérissera une digue infranchissable entre le droit et les émotions. Au gauche, le monopole du cœur ; au droit, l'empire de la raison. La posture est classique : au moins depuis le XVIe siècle, Droit et Raison semblent indissociablement liés. Près de quatre siècles plus tard, Bonnacase fustigeait d'ailleurs, dans un livre célèbre, le "romantisme juridique", cette tendance à faire de l'émotion le fondement ultime du droit (J. BONNACASE, Science du droit et Romantisme, Paris, Recueil Sirey, 1928) »*.

¹² N. DISSAUX, *Ibidem*.

¹³ Il s'agira alors d'un contrat dit « d'adhésion » dont la définition est donnée par l'article 1110 al. 2 du Code civil.

l'ordonnance du 10 février 2016¹⁴. Dans de tels actes, une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui dans le cas où elle déciderait de contracter. En cas d'atteinte à cette priorité, et donc si un tiers lui est préféré, le bénéficiaire sera indemnisé par le débiteur¹⁵. Dans ces deux cas de figure, la préférence n'est plus libre, mais conçue par les parties comme un acte déterminant de leur relation et cette capacité d'établir un ordre de choix, en excluant les tiers, est directement consacrée par les textes.

6. Différents pans plus spécifiques du droit privé consacrent eux aussi des mécanismes relevant de la logique de la préférence. On peut penser à ce titre aux attributions préférentielles en droit des successions, prévues par les articles 831 et suivants du Code civil. Elles permettent de déroger aux règles ordinaires du partage afin de préserver certaines unités économiques¹⁶. Ce mécanisme de préférence légale privilégie « une *“répartition intelligente” des biens sur le hasard du tirage au sort* »¹⁷ en excluant certains biens de la répartition ordinaire au profit d'un successible.

7. La préférence se révèle aussi de manière très nette en matière de sûretés. C'est ainsi que l'article 2285 du Code civil prévoit expressément que si le patrimoine du débiteur est en principe le gage commun de ses créanciers, ce n'est qu'à défaut de « *causes légitimes de préférence* ». La préférence en faveur des créanciers peut résulter tant d'une sûreté personnelle¹⁸, que d'une sûreté réelle¹⁹. Le droit de préférence ainsi matérialisé permettra aux créanciers en bénéficiant d'échapper au concours des créanciers chirographaires de leurs débiteurs et ainsi être payés en priorité à ces derniers. La préférence instituée pour les

¹⁴ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

¹⁵ Art. 1123 C. Civ. La sanction n'est pas la même si le tiers avait connaissance du pacte : « Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu ».

¹⁶ La préférence ainsi consentie aux successibles peut porter sur tout ou partie de l'entreprise du *de cujus*, qu'elle soit agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale (art. 831 C. Civ.). Elle est de droit pour le conjoint survivant (art. 831-3 al. 1er), et n'est subordonnée qu'à une condition de participation effective antérieure au décès du demandeur héritier, de son conjoint ou de ses descendants (art. 831 al. 1er). Grâce à ce mécanisme de préférence légale permettant d'éviter la ventilation des biens, même si la quote-part de droits dans la masse successorale revenant au demandeur est insuffisante, ce dernier pourra se voir attribuer préférentiellement l'unité en cause, à charge éventuellement d'indemniser ses cohéritiers. L'attribution successorale préférentielle peut également porter sur la propriété ou le droit au bail d'un local d'habitation ou à usage professionnel, ou encore sur les biens à destination agricole.

¹⁷ Fr-J. PANSIER, « La réforme de l'attribution préférentielle », *AJ Fam.*, 2006, p. 318.

¹⁸ Au titre desquelles se retrouvent le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention (art. 2287-1 et s. C. Civ.).

¹⁹ Tels une hypothèque ou un privilège (art. 2323 et s. C. Civ.).

contractants s'en étant assurés un droit de gage spécifique, parfois nécessaire lorsqu'aucun accord de volonté n'aurait pu aboutir sans qu'elle soit consentie.

8. Cette notion occupe également une place particulière dans le cadre des procédures collectives, en dehors même du cadre des sûretés. Dans cette hypothèse, la préférence peut établir une contrepartie rétributive au profit des créanciers ayant, à différents égards, œuvré au sauvetage ou à la tentative de sauvetage de l'entreprise²⁰. Sans la préférence accordée à ces créanciers spécifiques, qui en dépit de la connaissance de la situation financière obérée du débiteur ont accepté de contracter avec lui, l'entreprise serait vouée à la liquidation, faute de pouvoir maintenir une activité minimale pour se redresser.

9. La préférence choisie²¹ dans le cadre des relations contractuelles connaît bien d'autres manifestations en droit privé²². On peut encore penser à la possibilité pour un éditeur de faire stipuler à son profit un droit de préférence à l'égard de certaines œuvres qui pourraient être produites postérieurement par un auteur déjà publié afin de s'assurer d'une certaine continuité éditoriale²³. La préférence est également donnée au locataire d'un bien dont la vente est projetée, puisque son bailleur doit lui faire connaître le droit de préemption dont il bénéficie en vertu de l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989, dont le pendant au profit du preneur d'un bail commercial se trouve codifié à l'article L. 145-51 du Code de commerce. L'idée est alors d'accorder la préférence aux occupants effectifs des lieux plutôt qu'à des tiers. L'admission des clauses d'exclusivité en droit de la concurrence consacre également la licéité de la préférence en cette matière. Ces accords, pouvant par exemple avoir pour effet d'exclure certains

²⁰ Ainsi, l'article L. 622-17 du Code de commerce instaure un classement, et donc une préférence graduelle, de paiement de certaines créances qui seraient nées régulièrement après le jugement d'ouverture, dès lors que ces dernières se sont avérées nécessaires au maintien de l'activité de la société en difficulté, au déroulement de la procédure ouverte à son encontre ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur.

²¹ En effet, il existe également des mécanismes préférentiels imposés par le législateur, ne correspondant pas à la même logique. Ainsi, en droit du travail, si en principe l'employeur est libre de choisir ses collaborateurs, les articles L. 1233-45 et s. du Code du travail consacrent une préférence au profit des salariés qui auraient été licenciés pour motif économique en cas de réembauchage dans l'année suivant leur licenciement. Dans cette hypothèse, ce n'est que si plusieurs titulaires d'une telle priorité de réembauchage postulent que l'employeur recouvrira sa liberté de choix (En ce sens v. Ch. RADÉ et C. DECHRISTÉ, *Code du travail commenté*, Dalloz, 2018, annotation ss. art. L. 1233-45).

²² Il ne s'agit donc pas là d'une liste exhaustive. En outre, cette notion n'est pas non plus étrangère au droit public : c'est ainsi qu'il existe un mécanisme d'attribution préférentielle des marchés publics en faveur d'organismes particuliers mis en place par l'article 53-IV du Code des marchés publics. De même, l'État bénéficie d'un droit de préemption dans un certain nombre d'hypothèses définies par le Code de l'urbanisme afin de pourvoir à l'intérêt général (art. L. 210-1 du Code de l'urbanisme). À ce titre, une commune pourra préempter un immeuble à usage d'habitation dont la vente est envisagée afin de permettre le maintien dans les lieux des locataires.

²³ Article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle. Il est alors nécessaire que les œuvres correspondent à un genre nettement prédéterminé.

distributeurs au profit d'autres, sont admis en tant que tempérament à la prohibition des ententes restrictives de concurrence²⁴. Ils démontrent bien que la préférence trouve à s'exprimer même lorsque la législation tend à annihiler toute entrave au fonctionnement du marché²⁵.

10. Définition de la préférence. Ce bref aperçu des manifestations de la préférence en droit conduit à une définition plus précise que celle proposée généralement²⁶. En effet, il ressort de ces mécanismes que la préférence, en droit, consiste en la mise en œuvre d'une différenciation, laquelle peut recouvrir différents degrés. Il peut tout d'abord s'agir d'une différenciation sélective, aux termes de laquelle un choix est opéré, excluant celui qui n'est pas préféré. Il en va ainsi dans les pactes de préférence ou dans les attributions préférentielles en droit des successions. La différenciation peut ensuite avoir pour objet d'accorder un régime plus avantageux à son bénéficiaire, dans une logique de priorisation. Cette idée se retrouve à l'égard de la préférence accordée aux créanciers d'une entreprise. La préférence peut enfin recouvrir toutes les formes envisageables de différenciation, et ne pas se limiter à l'exclusion ou la priorisation. C'est ce que l'on observe en droit des sociétés.

11. La préférence et le droit des sociétés. Par « *préférence en droit des sociétés* » il faut entendre les mécanismes qui permettent la mise en place de relations différenciées entre les associés²⁷, à l'instar de la définition de la notion retenue dans le cadre des actions de préférence, lesquelles se définissent par leur différence, leur altérité²⁸. Il ne s'agit pas alors uniquement d'accorder des avantages à certains associés, mais d'établir des relations qui diffèrent des situations ordinaires entre associés ou entre titres²⁹.

La notion de préférence suppose donc de se référer aux droits attribués aux associés ou aux titres qu'ils détiennent en vertu des dispositions supplétives de la loi. De manière schématique, la préférence se révélera toutes les fois où leurs prérogatives ne relèveront ni

²⁴ V. jurisprudence sous l'art. L. 420-1 C. Com.

²⁵ La préférence est largement encadrée en la matière, comme le démontre l'article 101 3° TFUE relatif à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles.

²⁶ V. *supra*, n°1 et s.

²⁷ Associé entendu au sens large du terme, regroupant tant les détenteurs de parts sociales que d'actions.

²⁸ En ce sens v. A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *JCP E*, 2004, n°40, 1140, §7 : « *les actions de préférence ne sont pas nécessairement des actions ayant plus de droits, mais seulement des actions assorties de droits différents : c'est l'altérité et non le privilège qui définit l'action de préférence* ».

²⁹ Ainsi, la préférence s'oppose au titre ou à l'associé « ordinaire ».

d'une attribution égalitaire, tel un droit d'information égal à chacun, ni d'une répartition proportionnelle à la détention de capital des associés, telle la répartition du dividende prévue par l'article 1844-1 du Code civil à titre supplétif. Dès lors qu'à participation équivalente dans la société, que ce soit en termes de qualité d'associé ou de détention capitalistique, les associés ne se verront pas accorder les mêmes prérogatives, ces dernières seront particulières et aménagées, de manière méliorative ou péjorative, et la préférence apparaîtra.

Dans le cadre spécifique des relations entre associés, tous les degrés possibles de différenciation peuvent s'exprimer, de sorte que la préférence trouve en la matière son expression la plus achevée.

12. Problématique. S'interroger sur la préférence en droit des sociétés suppose de déterminer la place de la liberté qui lui est attachée. Autrement dit, la portée de la préférence en la matière dépendra de la lecture qu'il convient de retenir des dispositions qui la gouvernent. Or, le droit des sociétés est un domaine où la nature contractuelle des mécanismes a été contestée.

On connaît le débat séculaire entre les partisans d'une conception institutionnelle et les défenseurs d'une conception contractuelle de la société³⁰. Dans le cadre d'une approche contractuelle, la règle est la liberté, et les limites à celle-ci constituent des exceptions : tout ce qui n'est pas contraire aux règles qui intéressent l'ordre public est permis. Cette règle est notamment rappelée par l'article 1102 alinéa 2 du Code civil. La logique est inversée dans la conception institutionnelle : n'est permis que ce que la loi autorise expressément³¹. La liberté reconnue aux associés à l'égard de la préférence dépend de la conception retenue de la société.

On sait que le débat ne peut être définitivement tranché, aucune des deux approches institutionnelle ou contractuelle ne pouvant être totalement écartée. On enseigne aujourd'hui qu'un consensus semble donc s'opérer, pour considérer que la société est à la fois un contrat et

³⁰ V. par exemple sur ce débat P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2012, 4^{ème} éd., p. 165 et s. ; Y. GUYON, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJC*, 2003, n°4, p. 147 ; R. LIBCHABER, « La société, contrat spécial », in *Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281 ; Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 2002, 5^{ème} éd., p. 20, §8 et s. ; J-P. BERTEL, « Le débat sur la nature de la société », in *Etudes A. SAYAG* 1997, p. 131 ; Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, Précis, 2017, 21^{ème} éd., p. 43 et s.

³¹ En ce sens v. notamment Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, p. 20, §8.

une institution³². C'est d'ailleurs cette double nature qui est proclamée à travers la rédaction de l'article 1832 du Code civil, tel qu'issu de la loi du 11 juillet 1985 : la société est instituée par un contrat. Néanmoins, la neutralité affichée du législateur quant à la nature de la société n'est pas sans conséquences pratiques, en dépit de ce qui est parfois affirmé³³.

13. La stérilité de l'interrogation sur la nature de la société à l'aune des notions de contrats et d'institution est relevée par certains auteurs, lesquels considèrent qu'il est suffisant de se référer aux notions de contrat et d'ordre public, puisque celles-ci peuvent coexister³⁴. On ne peut qu'adhérer à cette opinion : la société est bien un contrat, et la liberté dont disposent les parties est soumise à l'existence de certaines règles impératives. De ce point de vue, le recours à la théorie de l'institution semble bien inutile.

Cependant, il convient de rappeler que la grande distinction entre le contrat et l'institution se cristallise dans l'étendue de la liberté qui est laissée aux parties : si la conception contractuelle est retenue, les associés sont libres d'insérer dans leurs statuts tout ce qui n'est pas expressément interdit ; si la théorie institutionnelle triomphe, on peut considérer que les aménagements non expressément prévus par le législateur ne seront pas permis. Le rejet de l'une des conceptions au profit de l'autre a nécessairement une influence sur l'interprétation des normes édictées par le législateur pour encadrer la formation et le fonctionnement de la structure sociale.

Il est parfois affirmé que certaines prérogatives ne peuvent être aménagées qu'en cas de prévision expresse du législateur en ce sens. Une telle lecture du droit des sociétés relève d'une approche institutionnelle et non contractuelle, et réduit drastiquement la latitude des associés à organiser leurs relations selon leurs besoins. Dès lors que certaines solutions doctrinales et jurisprudentielles se rattachent à l'une ou l'autre des théories, le débat conserve son importance.

14. La détermination de la nature de la société n'est d'ailleurs pas le seul facteur déterminant la latitude des associés à stipuler librement sur l'étendue de leurs prérogatives. Si les

³² Sur ce point v. Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit.*, p. 45, §33 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 168, §271 ; Y. GUYON, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ Com.*, 2003, n°4, p. 147 et s. ; P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, Précis, Joly éditions, 2013, 2^{ème} éd., p. 26, §22 ; J-P. BERTEL, « Le débat sur la nature de la société », in *Mélanges A. Sayag*, Litec, 1997, p. 131.

³³ Ainsi, selon GUYON : « *Le droit positif n'a pas pris parti dans cette controverse sans grandes conséquences pratiques* » : Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, p. 22, §8.

³⁴ En ce sens v. M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 2017, 30^{ème} éd., p. 3, §10.

conventions doivent être légalement formées et ne pas être contraires aux règles qui intéressent l'ordre public conformément au droit général des contrats³⁵, cela inclut toutes les règles impératives, qu'elles soient directement formulées en tant que telles par les textes ou qu'elles soient issues de principes généraux du droit³⁶. Or, la notion d'égalité, hissée au rang de principe par la doctrine, est régulièrement avancée comme une limite à la préférence spécialement en droit des sociétés³⁷.

15. Parfois présentés comme ayant « *un caractère transcendant, idéal et absolu* »³⁸, les principes qui gouvernent le droit ne sont pas nécessairement prescrits en tant que tels par les textes et peuvent être tirés soit d'un ensemble de règles, soit même d'une idéologie sociale. Pour ce qui est des deux premiers types de principe, selon RIPERT « *si le principe a été formulé par le législateur, il est une règle juridique d'une large portée d'application, mais qui est de même nature que les autres donc n'a pas de supériorité sur telle autre loi positive. S'il n'a pas été formulé il a été découvert par l'analyse des règles qui en procèdent ; il ne peut donc être supérieur à ces règles puisqu'il découle d'elles* »³⁹. Ainsi, n'ayant pas de valeur transcendante, ces principes ne s'opposent pas à ce que le législateur ou les sujets de droit les écartent dans les cas où cela n'est pas expressément exclu par les textes en cause. En revanche, la question s'est posée de savoir quelle portée attribuer aux principes idéologiques. Toujours selon RIPERT, ce type de principe « *a une force qui tient uniquement à l'idée qu'il donne des relations humaines. Il ne peut être facilement écarté parce que le législateur et aussi les sujets de droit sont pénétrés de la valeur suprême de cette idée* »⁴⁰.

À supposer qu'un principe d'égalité gouverne bien les relations entre associés, ce dernier relèverait plutôt, soit de l'analyse qui a été réalisée de diverses règles égalitaires éparées, soit

³⁵ Art. 6 et 1102 C. Civ.

³⁶ En effet, la formulation retenue par l'article 1102 du Code civil, faisant état des « règles qui intéressent l'ordre public » alors que l'article 6 du même Code se réfère seulement à l'ordre public, consacre la reconnaissance de l'ordre public virtuel : en ce sens v. N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *op.cit.*, p. 7.

³⁷ V. notamment en ce sens V. MAGNIER, « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », *D.*, 2004, p. 2559 : « *Et même si la nature humaine manifeste une inclination naturelle à son égard, elle n'en suscite pas moins la méfiance qu'inspire tout traitement inégal des personnes. Lors de l'admission d'une préférence venant s'insérer dans les rapports entre deux personnes ou au sein d'un groupe de personnes, on ne peut manquer, en effet, de s'interroger sur la résurgence en filigrane de ces privilèges tant redoutés qui se dressent tel un obstacle de fait à l'idéal vers lequel doit tendre toute norme juridique. Le droit des sociétés est d'ailleurs traditionnellement réticent à consacrer des préférences et la jurisprudence hésite à les admettre, au nom du sacro-saint principe d'égalité des actionnaires* ».

³⁸ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3ème éd., PUF, 2010, v. *principe*.

³⁹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 330.

⁴⁰ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op.cit.*, p. 37.

d'une idéologie, puisqu'aucun texte ne le formule directement⁴¹. Dans le premier cas, seules les égalités expressément consacrées constitueraient une limite à la préférence, alors que dans le second, sauf à ce que les atteintes à l'égalité soient explicitement permises, la préférence ne pourrait pas trouver à s'exprimer.

Ainsi, la détermination de la place respective de la liberté contractuelle et de l'égalité en droit des sociétés se révèle inévitable afin de pouvoir apprécier la portée de la notion de préférence dans les relations entre associés.

16. *Enjeux de la recherche.* Déterminer la portée de la préférence au cœur du conflit entre liberté contractuelle et caractère institutionnel des sociétés s'inscrit dans une perspective en réalité plus large. La différenciation se retrouvant dans différentes disciplines du droit, les conclusions qui seront apportées pourront peut-être s'y trouver exploitées. Il s'agit de l'intérêt médiat de ce travail. Mais au-delà de l'analyse juridique, technique et critique des dispositions appelées à encadrer la préférence spécialement en droit des sociétés, l'étude comporte trois enjeux immédiats qui animeront l'ensemble des réflexions.

17. L'examen de la portée de la préférence permettra tout d'abord de porter un regard nouveau sur le périmètre de la liberté statutaire. Réhabiliter durablement la conception contractuelle de la société n'a pas uniquement une vertu philosophique, mais conduit à porter un autre regard sur les dispositions spéciales du droit des sociétés qui donnent lieu à des divergences interprétatives : si la règle est la liberté, il n'y a aucune raison de ne pas permettre des aménagements qui ne seraient pas expressément prévus par le législateur. Ce sera notamment le cas de la question de la suppression du droit de vote : la liberté contractuelle réhabilitée, rien ne semble s'opposer à ce que les associés suppriment cette prérogative dans les cas où la loi n'impose pas de la maintenir. Dès lors que les associés auront accepté et donc négocié la préférence – ce qui suppose tout de même de vérifier que leur consentement est libre et éclairé conformément aux conditions de validité de formation du contrat –, et qu'aucune norme impérative n'aura été contredite, le juge ne pourra pas venir sanctionner l'aménagement qu'ils ont choisi de mettre en place, sauf en cas d'abus.

⁴¹ Sur le fait qu'aucun texte ne formule expressément l'existence d'un principe d'égalité en droit des sociétés v. notamment J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés – Aspects de droit privé », *Revue des Sociétés*, 1989, p. 399.

18. Les abus se révéleront lorsque les parties n'auront pas pu négocier certaines clauses : c'est en tout cas la position retenue par l'ordonnance du 10 février 2016 ayant réformé le droit des contrats. En effet, le pouvoir d'intervention du juge, dans ce qu'il convient d'appeler « *la justice contractuelle* »⁴², a été cantonné, par le biais de l'article 1171 du Code civil, au contrat d'adhésion. Là où une conception solidariste du contrat était avancée par le projet de réforme, qui « *traquait l'abus dans tous les contrats de droit privé* »⁴³, c'est une conception volontariste du contrat qui a été retenue par le législateur, puisque le domaine d'intervention du juge est largement réduit. Aux termes de ce texte, si le juge peut bien intervenir en cas de déséquilibre, ceci ne sera possible que si la clause qui le porte n'a pas pu être négociée par les parties, et que celle-ci n'a trait ni à l'objet principal du contrat, ni à l'adéquation du prix à la prestation. Ainsi, pour reprendre la question de la suppression du droit de vote au détriment d'un associé : aucune disposition impérative ne s'oppose à cet aménagement, lequel est donc *a priori* licite, et sa remise en cause par le juge ne devrait être possible, sur le terrain du déséquilibre, que si le contrat de société entre dans la catégorie des contrats d'adhésion⁴⁴. Si le contrat de société n'est pas un contrat d'adhésion, ce qui sera d'ailleurs démontré⁴⁵, dès lors qu'aucune norme impérative n'est atteinte par la préférence, l'autonomie de la volonté prime : aucune intervention supplémentaire du juge n'est possible pour rétablir une certaine « *justice contractuelle* ».

19. Ensuite, l'étude de la préférence s'inscrit également dans l'enjeu de compétitivité et d'attractivité du droit français des sociétés. L'efficience fonctionnelle des sociétés ne peut pas être assujettie à un cadre normatif trop inflexible, au sein duquel la liberté ne pourrait trouver à s'exprimer que dans des hypothèses par trop restreintes. À certains égards, la rigidité du droit français des sociétés s'oppose à ce que les associés adoptent des structures adaptées à leurs besoins, ce qui, face à la concurrence de systèmes normatifs plus souples, donne lieu à des revendications, parfois entendues par le législateur⁴⁶. Cette observation dévoile un des enjeux

⁴² V. en ce sens N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, p. 71.

⁴³ *Ibidem*. L'article 1169 du projet de réforme rendu public le 25 février 2015 était rédigé ainsi : « *Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

⁴⁴ V. *infra*, n°261 et s.

⁴⁵ V. *infra*, n°276 et s.

⁴⁶ V. notamment sur ce point Ph. BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Revue des Sociétés*, 1990, p. 553.

de l'étude de la notion de préférence, en tant que vecteur de compétitivité et d'attractivité du droit interne des sociétés.

20. Deux phénomènes, accentués au sein de l'Union européenne en raison de la liberté de circulation des sociétés garantie par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴⁷, sont à prendre en compte : la concurrence et la convergence des modèles induites par le mercantilisme législatif. En effet, la liberté de circulation s'oppose à ce que les États membres appliquent aux sociétés la loi du *for* sous la seule raison qu'une activité sociale est exercée sur leur territoire⁴⁸. Partant, compétitivité et attractivité de la norme sont nécessaires pour endiguer un phénomène de délocalisation sur fond de *law-shopping*⁴⁹. Le risque induit par la possibilité offerte aux associés de déterminer la loi applicable à leur société est la désertion de certains États au profit d'autres dont le régime serait plus avantageux, soit qu'il s'avère plus libéral et remplisse ainsi une fonction technique, soit au contraire qu'il se révèle plus exigeant et serve alors de vitrine de garantie auprès des tiers⁵⁰. Le choix de la loi applicable par les associés est également déterminé par la diversité des structures offertes au sein des pays de l'Union. L'option retenue pourra alors être motivée par la recherche d'un droit plus libéral que le droit national⁵¹. Bien que la fiscalité soit souvent « *le domaine de prédilection du législateur*

⁴⁷ La libre circulation des sociétés au sein de l'Union européenne résulte du quatrième Titre du TFUE (la même liberté était prévue par le Traité de Rome aux articles 52 et s.). Sa mise en œuvre procède de la liberté d'établissement consacrée par le second Chapitre de ce titre. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 49 de ce traité. Pour que cette liberté puisse être réalisée, le même texte prévoit que le Parlement et le Conseil européen doit œuvrer « *en coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés (...), pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers* » (Art. 50-2 g TFUE).

⁴⁸ V. par ex. CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, RTD eur., 1989, p. 260, obs. L. CARTOU ; JDI, 1989, p. 429, note M-Ch. BOUTARD-LABARDE; CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, *Revue des sociétés*, 1999, p. 386, note G. PARLÉANI ; D., 1999, p. 550, note M. MENJUCQ ; JCP, 1999, II, 10002, note M. LUBY ; CJCE, 5 nov. 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, JCP E, 2003, n°448, note M. MENJUCQ ; *Revue des sociétés*, 2003, p. 315, note J-Ph. DOM ; *Bull. Joly*, 2003, p. 464, note M. LUBY ; *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 508, obs. P. LAGARDE ; CJCE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, JCP, 2003, II, 10002, note M. LUBY ; JCP E, 2004, p. 251, note V. MAGNIER ; *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 151, note H. MUIR WATT ; *Revue des sociétés*, 2004, p. 141, note J-Ph. DOM ; CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, *Revue des sociétés*, 2009, p. 147, note G. PARLÉANI ; JCP, 2009, 10027, note M. MENJUCQ ; D., 2009, p. 574, note R. DAMMANN ; CJUE, 12 juill. 2012, *Vale*, aff. C-378/10, *Revue des sociétés*, 2012, p. 645, note G. PARLÉANI ; D., 2012, pan. 2331, obs. L. D'AVOUT ; JCP, 2012, 1834, note M. MENJUCQ ; JCP E, 18 oct. 2012, p. 28, note C. NOURISSAT ; *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 236, note J. HEYMANN.

⁴⁹ Sur les règles de droit international privé en droit des sociétés v. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, LGDJ, 11ème éd., 2014, p. 725, n°1083 ; et s. V. sur les incidences de la liberté d'établissement G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *Revue internationale de droit économique*, 2010, n°3, p. 356.

⁵⁰ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, T. II*, PUF, 2014, 3ème éd., p. 629, n°1071.

⁵¹ La Cour refuse d'admettre que ce simple fait présente un caractère abusif eu égard à la liberté d'établissement (v. en ce sens CJCE, 30 mars 2003, *Inspire Art*), les sociétés ainsi constituées seront, sauf fraude dont le seuil est délicat à déterminer (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op.cit.*, p. 630), valablement constituée pour les États membres.

séducteur »⁵², le droit des sociétés est également influencé par une telle concurrence, les règles de constitution et de fonctionnement des structures sociales constituant des outils à la disposition des agents économiques et un critère d'attractivité au profit des États.

21. Il est alors possible de constater une sorte de concurrence des systèmes dans laquelle le rythme des réformes législatives serait tributaire des modèles concurrents proposés par les États. Les réformes touchant le droit national des sociétés sont nécessairement opérées avec un regard comparatiste afin, si ce n'est d'attirer des entreprises étrangères, de voir les entreprises nationales exercer leurs activités sous l'empire de leur droit⁵³. La liberté d'établissement agit en particulier comme un stimulateur à l'égard de l'évolution du droit des sociétés dans les États membres de l'Union européenne, sans que ceux-ci n'optent nécessairement pour des règles exactement équivalentes, de sorte que, gardant leurs spécificités, les systèmes nationaux restent un facteur concurrentiel de choix d'implantation des sociétés au sein de l'Union. Cette concurrence a fait l'objet d'une étude approfondie au regard de l'attractivité que présentent les droits nationaux des sociétés par la société *Ernst & Young* au cours de l'année 2009⁵⁴. Celle-ci démontre que les délocalisations ne sont pas automatiquement tournées vers les États les plus laxistes en matière de droit des sociétés⁵⁵ : les principaux facteurs de choix des fondateurs ne sont pas nécessairement la souplesse et l'attractivité du droit des sociétés applicable, mais également les avantages apportés par le système fiscal de l'État d'implantation⁵⁶, le caractère prestigieux du lieu d'implantation du siège social⁵⁷, la possibilité d'une identité européenne

⁵² G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, « Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergence des modèles juridiques ? », *RTD Eur.*, 2014, p. 7.

⁵³ En ce sens v. G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, « Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergence des modèles juridiques ? », art.cit., loc.cit., ou encore F. PERNAZZA, *Les sociétés non cotées en Europe : harmonisation et modèles nationaux en concurrence*, *LPA*, 2001, n°17, p. 25. : « Les modèles proposés par les divers pays, dans un système insuffisamment harmonisé, malgré une liberté d'établissement toujours plus large, finissent par servir d'« utilities » offertes aux entreprises. Cela impose à chaque pays une constante mise à jour du droit des sociétés, ne serait-ce que pour garantir sa compétitivité économique ».

⁵⁴ Disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf

⁵⁵ En ce sens v. *Rapport Ernst & Young*, op.cit., p. 208 et s., notamment p. 227.

⁵⁶ V. en ce sens, *Rapport Ernst & Young*, op.cit., p. 229 – *considerations linked to the tax regime*.

⁵⁷ G. VIEIRA DA COSTA CERQUIERA, art.cit. : « En effet, d'autres motivations que le choix d'un droit des sociétés déterminé (choix d'un régime fiscal jugé plus favorable, prestige du lieu où se trouve le siège social, proximité avec les principaux partenaires ou avec le lieu d'activité (...)) concourent à la décision de localisation du siège social ».

plutôt que nationale sans que le droit applicable soit alors pris en compte⁵⁸ etc. Ainsi, il existe bien une concurrence entre les États membres. Celle-ci a pour effet de stimuler le rythme des réformes, et si les facteurs de choix du lieu ne sont pas nécessairement dictés de manière claire par la flexibilité de la norme, le *law-shopping* a eu pour conséquence une certaine harmonisation des droits européens.

22. Ce mouvement de compétitivité intra-européenne a eu pour effet une convergence des modèles, avec l'adoption de nouvelles normes par les États, opérant une mise à niveau avec les droits concurrents. Il ne s'agit plus alors pour les États de proposer la norme la plus séduisante, mais d'offrir des structures analogues aux acteurs économiques puissants afin de limiter leurs départs⁵⁹. La liberté d'établissement agit comme un stimulateur à l'égard de l'évolution du droit des sociétés dans les États membres, sans que ceux-ci n'optent nécessairement pour des règles exactement équivalentes, de sorte que, gardant leurs spécificités, les systèmes nationaux restent un facteur concurrentiel de choix d'implantation des sociétés au sein de l'Union. Le caractère volontaire du choix de la loi applicable à la société favorise donc la concurrence et la convergence des modèles européens. Ces mouvements ayant une influence sur le contenu des droits nationaux, certains auteurs ont soulevé la crainte d'un « *effet Delaware* », soit une baisse du niveau d'exigence des droits nationaux pour s'aligner et rester compétitifs au regard des États les plus laxistes⁶⁰.

⁵⁸ L. JULIEN-SAINT-AMAND et L. CUILIER, « La réalité et l'avenir de la société européenne – Étude “Ernst & Young” sur le fonctionnement et l'impact du statut de la société européenne (SE) », *RLDA*, 2012, n°71: « *Le deuxième facteur positif est l'image européenne de la SE. Cet aspect est également évoqué par la majorité des SE interrogées, même s'il est considéré comme un facteur connexe favorisant la SE plutôt qu'un réel motif justifiant sa création. À titre d'illustration, l'image européenne a notamment incité la société française Eurofins Scientific à se transformer en SE ; la forme sociale de la SE lui permettant de doter son activité européenne d'une véritable identité européenne* ».

⁵⁹ Cet effet de la concurrence entre les droits nationaux sur les réformes mise en œuvre par les États peut être illustré par la modification du montant du capital minimum requis pour la constitution des Sociétés à Responsabilité Limitée par plusieurs pays européens suite à l'arrêt *Centros* en 1999 (CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, *Revue des sociétés*, 1999, p. 386, note G. PARLEANI ; *D*, 1999, p. 550, note M. MENJUCQ ; *JCP*, 1999, II, 10002, note M. LUBY ; *Bull. Joly*, 1999, p. 705, note J.-Ph. DOM ; *JCP E*, 1999, p. 1285, obs. Y. REINHARD). Sur ce point, v. notamment G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, « Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergence des modèles juridiques ? », *art.cit.*

⁶⁰ En ce sens G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, *art.cit.*, p. 26-27 : « *Demeure cependant l'incertitude quant au niveau d'harmonisation à laquelle une telle convergence conduirait : vers le haut (race to the top) ou vers le bas (race to the bottom) ? C'est bien le sens vers lequel la séduction se tourne qui préoccupe l'esprit des auteurs. Pour d'aucuns, le corollaire d'une mise en compétition des systèmes juridiques serait que, face à la désertion des sociétés vers les États dont le droit des sociétés est plus libéral, un pays ayant adopté un droit des sociétés plus contraignant devrait, pour prévenir la fuite des sociétés, abaisser son niveau d'exigence et s'aligner sur le droit étranger le plus « laxiste »* » ou encore D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 633, n°1076 ; H. SYNVEIT, *Répertoire de droit international, Société*, §67 ; M. MENJUCQ, « Réflexion critique sur la proposition de 14^e directive relative au transfert intra-communautaire du siège social », *Bull. Joly Sociétés*, 2000, p. 137.

23. Le droit des sociétés de l'État du Delaware, codifié en 1899 dans le cadre de la *General Corporation Law*⁶¹, est prévu au Titre 8 du Code de cet État⁶². Aux termes de celui-ci, toute société peut décider de s'incorporer au Delaware⁶³. La seule exigence pour une société n'exerçant pas son activité au sein de cet État est d'y être représentée par un agent agréé⁶⁴, permettant ainsi à toutes les sociétés, quel que soit leur implantation géographique, d'y établir des filiales en recourant à des entreprises chargées de les faire représenter⁶⁵. La lecture de l'ensemble des dispositions de ce Code démontre une grande souplesse, chacune ou presque prévoyant la possibilité d'un aménagement au gré des fondateurs⁶⁶. Outre l'aspect très libéral du droit des sociétés de cet État, celui-ci est également doté d'une juridiction spécialisée ayant déjà rendu une jurisprudence très abondante, ce qui est un facteur supplémentaire d'attractivité dans un pays de *Common-Law* de par la prévisibilité juridique qu'elle induit⁶⁷. Cette flexibilité du droit du Delaware a eu pour effet d'attirer plus de 60% des 500 plus importantes sociétés américaines⁶⁸ qui ont choisi de s'incorporer dans l'État où la législation est la plus favorable tant du point de vue des sociétés en tant que telle que du point de vue de ses attraits fiscaux⁶⁹.

⁶¹ V. Ph. MALHERBE et J-M. JONET, « Concurrence entre juridictions en droit américain des sociétés, Un regard européen sur le syndrome du Delaware », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2003, p. 188.

⁶² <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/index.shtml>

⁶³ Delaware Code, Title 8, Chapter 1, §101 a)

⁶⁴ Delaware Code, Title 8, General Corporation Law, Chapter 1, §132 a) et b)

⁶⁵ Ainsi, la société CorpoMax prévoit des forfaits de création de sociétés au Delaware avec mise à disposition d'un agent agréé (<http://www.corpomax.com/creation-societe-usa/index.php>); de même pour l'agence Delaware Corporate Headquarters qui est spécialisée dans la désignation annuelle d'agents agréés (<https://www.delawareregisteredagent.com/>); Ph. MALHERBE et J-M. JONET, « Concurrence entre juridictions en droit américain des sociétés, Un regard européen sur le syndrome du Delaware », *art.cit.*, p. 203 : « Les trois plus importantes de ces compagnies de service aux sociétés sont Corporation Trust Company, Corporation Service Company, et U.S. Prentice-Hall, qui collectivement contrôlent la majorité du marché, et ont chacune un représentant à la Section du droit des sociétés du barreau du Delaware ».

⁶⁶ Au titre des libertés offertes aux associés, ceux-ci ne sont par exemple pas tenus d'organiser des assemblées générales et toutes les décisions peuvent être prises par écrit aux termes du paragraphe 211 du Code; il est également possible, en vertu du paragraphe 141 que la société soit dirigée par un administrateur unique, dont il est possible d'exclure statutairement la responsabilité personnelle et les paragraphes 151 et suivants permettent aux associés d'aménager le régime des actions ainsi que celui du versement des dividendes très librement.

⁶⁷ En ce sens v. L. S. BLACK JR., *Why Corporations choose Delaware*, Delaware Department of State, Division of Corporations, 2007 : https://corp.delaware.gov/pdfs/whycorporations_english.pdf ainsi que Ph. MALHERBE et J-M. JONET, *art.cit.*, p. 200-201.

⁶⁸ Source : site du gouvernement du Delaware : <http://dedo.delaware.gov/Business-Climate>

⁶⁹ Ceux-ci sont également mis en avant par le site gouvernemental du Delaware : « Delaware's Tax Advantage Delaware's low corporate taxes makes it ideal for business — which is why more than 50 percent of U.S. publicly traded companies are incorporated in Delaware. The state boasts: State corporate income tax of 8.7 percent - No sales tax at the state or local level - No personal property tax at the state or local level - No inventory tax » : <http://dedo.delaware.gov/Business-Climate/Low-Corporate-Taxes>

24. Ce phénomène d'attraction est qualifié d' « *effet Delaware* »⁷⁰. Il s'agit alors pour les États, afin de limiter au minimum la fuite de leurs entrepreneurs vers le droit moins le contraignant, de rendre leur législation plus attractive en abaissant le seuil de rigidité ou en augmentant la marge de liberté au profit des actionnaires. Le risque encouru par cette concurrence juridique est un nivellement vers de le bas, avec l'adoption d'un régime de plus en plus laxiste⁷¹. Il est admis que la concurrence de modèles législatifs peut avoir deux effets inverses : une course vers le haut où un cercle vertueux aura pour effet une harmonisation vers le système au niveau d'exigence normative le plus élevé, ou une course vers le bas dans laquelle les acteurs opteront pour un abaissement des contraintes normatives, fiscales et sociales⁷². De fait, la question qui se pose est de savoir si le Delaware attire plus pour « *la qualité supérieure du régime juridique qu'il propose ou plutôt pour l'instrumentalisation de ce dernier au profit des intérêts des dirigeants* »⁷³ et ainsi si la liberté des régimes juridiques qui découle de l'alignement sur ce modèle n'est pas acquise au détriment des petits actionnaires et des créanciers dans le sens d'une dérégulation normative néfaste à la sécurité des parties⁷⁴.

25. Or, on l'a mis en évidence⁷⁵, un phénomène d'uniformisation par contagion est promu au sein de l'Europe⁷⁶. Et alors que le débat quant au risque d'un nivellement par le bas reste

⁷⁰ M. BOULOUKOS, « Le régime juridique de la société européenne (SE) : vers une société européenne "à la carte" ? », *RDAL*, 2004, n°4, p. 507 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op.cit.*, p. 633, §1076 ; B. LECOURT, *Répertoire de droit européen, Droit des sociétés de l'Union européenne*, 2016, §45 ; G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, « Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergence des modèles juridiques ? », *art.cit.*, p. 12.

⁷¹ En ce sens v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op.cit., loc.cit.* ou encore G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, « Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergence des modèles juridiques ? », *art.cit.*, p. 27.

⁷² En ce sens v. E. CARPANO, « Régulation et dérégulation compétitive dans l'Union européenne », *RLDA*, 2016, n°116 : « *La théorie économique du droit considère que la concurrence normative peut produire deux effets : une race to the bottom et une race to the top. La race to the top, dénommée également parfois « California effect », produirait un cercle vertueux normatif qui conduirait les producteurs de droit à s'aligner sur le standard normatif le plus élevé. Identifié dans le champ environnemental et énergétique, le california effect n'a pas été mis en évidence dans d'autres secteurs du droit où l'effet dominant se caractérise davantage par une dérégulation compétitive, caractérisée par l'abaissement de la pression réglementaire, fiscale et sociale* » et D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op.cit., loc.cit.*

⁷³ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Ibidem*.

⁷⁴ En ce sens Ph. MALHERBE et J-M. JONET, « Concurrence entre juridictions en droit américain des sociétés, Un regard européen sur le syndrome du Delaware », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2003, p. 146.

⁷⁵ V. n°20-22.

⁷⁶ E. CARPANO, *art.cit.* : « *La concurrence normative résultant de la diversité des droits des sociétés est très ancienne aux États-Unis (Delaware effect) mais plus récente en Europe et a été facilitée par la jurisprudence de la Cour de justice qui dans ses arrêts Centros, Überseering et Inspire Art Ltd a remis en cause la théorie du siège réel en obligeant les États à reconnaître sur leur territoire les sociétés légalement constituées dans d'autres États même si elles n'y ont jamais opérées. Cette jurisprudence a entériné le succès de la Ltd britannique. Des études empiriques ont montré qu'il y a eu au lendemain de l'arrêt Centros une augmentation significative en Europe des sociétés constituées sous la forme de Ltd* ».

purement doctrinal aux États-Unis en raison de l'application généralisée de la théorie de l'incorporation permettant aux États d'enregistrer des sociétés soumises au *corpus* législatif de leur choix, l'attachement de certains États membres de l'Union au critère du siège réel démontre la volonté des législateurs de conserver la main mise sur la liberté de choix des acteurs économiques ainsi que la possibilité de canaliser les effets de la concurrence législative⁷⁷.

26. Il est alors légitime de se demander si les droits nationaux ne risquent pas, eux aussi, de pâtir d'un effet Delaware, soit une ultra-libéralisation des droits des sociétés couplée avec une diminution de la protection des petits porteurs. Il est possible, à certains égards, de considérer qu'est opéré un abaissement des seuils d'exigence et donc un mouvement de libéralisation, comme avec la diminution du montant du capital social minimal exigé à la constitution des sociétés dans plusieurs États européens suite à l'arrêt *Centros*⁷⁸. Il est pareillement possible d'analyser les réformes législatives opérées par les États européens d'un point de vue vertueux en ce sens que le déplacement des acteurs économiques vers des systèmes qui répondent mieux à leurs attentes amène à une réponse du législateur, non pas pour abaisser son niveau d'exigence, mais pour offrir des instruments similaires à ceux proposés par les législations concurrentes.

27. L'enjeu de la norme sur l'attractivité et la compétitivité des entreprises est évident et est régulièrement rappelé par le législateur. Ainsi, l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, présenté le 18 juin 2018 à l'Assemblée nationale, indique que celui-ci « *vise à relever un défi majeur, celui de la croissance des entreprises, à toute phase de leur développement, pour renouer avec l'esprit de conquête économique* ». Et de continuer que relever cet enjeu, « *passe notamment par une transformation du modèle d'entreprise français pour l'adapter aux réalités du 21^e siècle* »⁷⁹. Dans ce projet est notamment prévu, à l'instar de ce que d'autres pays de l'Union mais également le droit du

⁷⁷ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Ibidem*.

⁷⁸ E. CARPANO, « Régulation et dérégulation compétitive dans l'Union européenne », *art.cit.* : « *Des études empiriques ont montré qu'il y a eu au lendemain de l'arrêt Centros une augmentation significative en Europe des sociétés constituées sous la forme de Ltd. En Allemagne, entre 2002 et 2008, un quart des créations d'entreprises l'étaient sous la forme britannique de Ltd. La part de ces constitutions britanniques a immédiatement chuté après la réforme du droit des sociétés en 2008 qui a vu la création d'un nouveau type de société à responsabilité limitée (Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschr nkt) sans les exigences minimales de capital du GmbH. L'Allemagne a ainsi expressément réagi à cette concurrence des formes sociétales. Au cours des années 2000, postérieurement à l'arrêt Centros, des réformes similaires ont eu ainsi lieu en Espagne (2003), en France (2004) ou en Hongrie (2007) et il a été clairement mis en évidence la corrélation entre cette jurisprudence et l'abaissement des exigences en matière de capital social minimal* ».

⁷⁹ *Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, n°1088, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le mardi 19 juin 2018.

Delaware permettent, la possibilité d'attacher un droit de vote multiple aux actions de préférence, aménagement qui n'était jusqu'alors possible que dans le cadre des sociétés par actions simplifiées. L'étude de la préférence s'inscrit donc dans cette dynamique, et le cadre normatif qui lui est actuellement dévolu ne doit pas être considéré comme étant figé, mais amené à évoluer, notamment au regard des possibilités qui sont offertes dans d'autres systèmes législatifs. La nécessité d'adaptation des normes à l'environnement concurrentiel conduit à s'interroger sur la pertinence des dispositions qui composent le cadre normatif de la préférence, et tout particulièrement celles qui ont un caractère impératif.

28. L'étude de la préférence permet enfin de s'interroger sur la qualité de l'ordre public sociétaire. L'ordre public est un instrument de préservation et d'adaptation des normes. Ordre public et normes impératives sont parfois jugés comme des notions distinctes⁸⁰. Pour d'autres, il ne serait pas nécessaire de procéder à une telle distinction, les normes impératives ne seraient « *qu'une émanation de l'ordre public* »⁸¹. Dans le cadre de la présente étude, c'est cette approche de l'ordre public, qui peut être défini comme « *un instrument de préservation des valeurs jugées essentielles au sein de l'ordre juridique à une époque donnée* »⁸², qui sera retenue. L'ordre public est constitué d'un ensemble de règles impératives qui encadrent la liberté des parties à organiser leurs relations, et c'est à travers l'existence de ces normes que la liberté trouve à s'exprimer. Il ressortira de ce travail que, s'il est souvent avancé que le droit français des sociétés est encadré par un ordre public par trop contraignant, en réalité, la liberté étant la règle, les possibilités offertes aux associés pour régler leurs relations dans les statuts sont nombreuses, et seules quelques rares prérogatives ne peuvent donner lieu à aucun aménagement. Dans le même temps, s'il apparaît que la préférence, et donc la liberté, peut aisément trouver à s'exprimer dans les relations entre associés, il ressort de l'étude du cadre normatif que, dans certaines formes sociales, il est nécessaire de concilier avec de nombreuses règles impératives, pour parvenir au même résultat que dans d'autres formes sociales. Ainsi, ce n'est peut-être pas tant le caractère quantitatif de l'ordre public sociétaire qui doit être remis en cause, mais plutôt son aspect qualitatif.

⁸⁰ Pour un rappel de cette problématique v. N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, Thèse, Lyon III, 2007, p. 2, §3 et s. Sur la notion d'ordre public v. J. HAUSER et J-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, Répertoire de droit civil, Dalloz ; C. PÉRÈS, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », *D.*, 2009, p. 381 ; G. PIGNARRE, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats*, 2013, n°1, p. 251.

⁸¹ N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, *op.cit.*, p. 10, §5.

⁸² *Ibidem*.

29. Méthode. La préférence, entendue comme la différenciation, est une notion qui apparaît à divers degrés dans les différentes disciplines juridiques. Parce que son expression se révèle dans sa forme la plus complète en droit des sociétés, son étude réduite à ce domaine semble opportune. Cette étude en droit privé interne supposait tout de même de s'interroger sur la place de la notion dans d'autres systèmes juridiques. Deux modèles ont alors suscité l'intérêt en première intention : le droit de l'Union européenne, dont l'influence sur le droit national est incontestable, et le droit du Delaware, généralement présenté comme le système le plus libéral. En réalité, l'étude du droit de l'Union européenne éclaire peu le sujet. En droit des sociétés, l'objectif du droit de l'Union européenne est d'assurer la sécurité juridique des actionnaires et des créanciers qui pourraient traiter avec la société⁸³. Le droit de l'Union européenne s'est peu intéressé aux relations entre associés. Pour sa part, si l'étude du droit américain a suscité quelques idées d'évolutions à l'égard du droit interne, il ne saurait être question d'opérer un parallèle parfait avec le droit interne. Partant, si l'étude apporte quelques illustrations en dehors du droit interne, notamment à la lumière de ces deux systèmes normatifs, elle ne se place pas fondamentalement dans une approche comparatiste.

30. La société, en tant que technique juridique servant de structure à l'entreprise, ne crée pas uniquement des liens avec et entre les associés qui la composent. Elle est amenée à entretenir des relations avec des tiers, que ceux-ci soient créanciers, débiteurs ou de futurs associés par exemple. Toutefois, dans le cadre de ces relations, la préférence se dévoile soit sous son aspect exclusif, tel le pacte de préférence qui serait consenti à un tiers dans l'acquisition de titres sociaux⁸⁴ ; soit priorisant, comme les sûretés qui seraient accordées à des créanciers de la structure⁸⁵. Ce n'est que dans le cadre des relations entre associés que la différenciation pourra s'exprimer sous toutes ses formes. Ainsi, pour la même raison que le champ des investigations s'est limité au droit des sociétés, la nécessité d'appréhender la préférence dans son expression la plus complète conduit à exclure des recherches le jeu de la préférence dans ses relations avec les tiers et notamment les créanciers de la société. Le travail aura pour seul objet les relations entre associés.

⁸³ En ce sens v. notamment considérant 3, Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.

⁸⁴ V. *supra*, n°5.

⁸⁵ V. *supra*, n°7.

31. L'étude ne s'intéressera pas non plus à tous les supports qui peuvent unir les associés par un lien contractuel. On sait que, bien que les statuts soient la source principale des relations dont l'objet est la société, ils ne constituent pas l'unique lien contractuel possible entre les associés à propos de cette structure. De nombreuses conventions extrastatutaires sont conclues entre associés, et plus particulièrement entre actionnaires, pour venir infléchir le manque de flexibilité parfois reproché aux dispositions régissant le contenu des statuts⁸⁶. Ces accords, pris en dehors des statuts, présentent un double avantage⁸⁷. D'une part, leur support étant extérieur aux statuts, ils peuvent être modifiés plus aisément, car, bien qu'en principe soumis au consensualisme, l'acte ne supposera pas la réunion d'une assemblée dans des conditions et délais prédéfinis par le législateur. De plus, ils offrent une certaine confidentialité, puisque contrairement aux statuts, ils ne donnent lieu qu'exceptionnellement à une obligation de publicité⁸⁸. D'autre part, alors que les statuts lient tous les associés et uniquement ces derniers, les conventions extrastatutaires pourront ne concerner que certains associés, et également des tiers. Le principe de liberté contractuelle s'applique à ces conventions.

32. Mais logiquement, cette liberté ne saurait affranchir les associés qui y recourent des règles d'ordre public sociétaire⁸⁹. Ainsi, par principe valables, les conventions ne pourront porter excessivement atteinte aux droits des associés, ni à l'intérêt social. Ceci ressort notamment de la jurisprudence relative aux conventions de vote⁹⁰. C'est également le recours à ces notions qui justifie la prohibition des conventions ayant pour objet de soustraire un associé de sa participation aux pertes en lui garantissant le service d'un bénéfice, ces clauses étant prohibées par l'article 1844-1 du Code civil⁹¹. Néanmoins, des clauses ayant un effet similaire ont pu être validées par la jurisprudence au motif que ces dernières ne liaient pas la société,

⁸⁶ En ce sens v. notamment Y. GUYON, *Les sociétés – Traité des contrats*, LGDJ, 2002, 5^{ème} éd., p. 305, §305 et s.; sur la question v. P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, 2^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit des affaires, 2014 et G.AUZERO, J-Ph. DOM, A. GAUDEMET, M. GERMAIN, E. LAMAZEROLLES, M-H. MONSÉRIÉ-BON, J-M. MOULIN, P. MOUSSERON, B. SAINTOURENS ET J-P. STORCK, *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?*, Actes au colloque national DJCE tenu les 8 et 9 février 2013 à la Faculté de Droit de Bordeaux, Lexis Nexis, Actualités de droit de l'entreprise, 2013.

⁸⁷ En ce sens v. A. LECOURT, *Statuts et actes annexes*, Répertoire des sociétés, 2015, §83.

⁸⁸ L'exception est prévue par l'article L. 233-11 C. Com.

⁸⁹ En ce sens v. A. LECOURT, art.cit., §85.

⁹⁰ Sur cette question v. notamment A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 253 ; P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, 2^{ème} éd., Joly éditions, 2013, p. 133, §154. En ce sens, CA, Paris, 30 juin 1995, *JCP E*, 1996, II, 795, note J-J.DAIGRE.

⁹¹ En ce sens v. Cass. Com., 18 octobre 1994, n°92-18.188, *Defrénois*, 1994, p. 1550, note H. HOVASSE ; *Bull. Joly*, 1995, n°40, p. 157, note P. LE CANNU.

mais seulement les associés entre eux⁹². Partant, une incertitude non négligeable entoure la validité des clauses qui seraient contenues dans des pactes extra statutaires⁹³, de sorte que seuls les aménagements qui seront de manière certaine autorisés dans les statuts pourront permettre de se prononcer, *a priori*, sur la validité de telles conventions. L'atout essentiel des pactes réside dans la confidentialité qu'ils offrent à leurs signataires. Partant, deux arguments militent pour l'exclusion des pactes extra statutaires du champ de recherche.

L'aspect des pactes extrastatutaires qui pourrait intéresser le sujet est la possibilité qu'ils offrent de contourner les limites actuellement admises à la liberté des clauses statutaires. Or, on l'a vu, les infléchissements aux règles impératives qu'ils essayent de réaliser ne sont pas des plus sûrs et peuvent être remis en cause par la jurisprudence sur le terrain de l'ordre public sociétaire. L'étude des pactes extra statutaires ferait à cet égard double emploi, puisque les seuls espaces certains de liberté seront les mêmes que ceux offerts dans l'élaboration des statuts.

Par suite, on pourra raisonner *a fortiori*. Les conclusions auront vocation à agir sur les pactes puisque ces derniers sont influencés par le droit des sociétés. Moins spécifiques et moins qualifiantes, les conventions extrastatutaires ne feront pas l'objet d'une étude dans le cadre de ce travail, mais les libertés qui seront affirmées à l'égard de la préférence statutaire pourront d'autant plus trouver à s'appliquer dans ces conventions. L'indépendance de ces pactes eu égard à l'ordre public sociétaire n'étant pas totale, de la définition du régime de liberté dans les statuts ressortira une meilleure visibilité sur ce qui peut être fait dans les pactes.

33. La différenciation restreinte aux notions d'exclusion et de priorisation n'illustre que deux des aspects de la préférence. Dans son expression la plus riche, les manifestations de la préférence sont plus variées. Tel est le cas en droit des sociétés, où la préférence s'exprime par toutes les gradations de différenciation eu égard au titre ou à l'associé ordinaire. Cette définition retenue de la préférence en droit des sociétés a pour conséquence une double exclusion nécessaire dans le champ d'étude : on ne s'intéressera qu'à la question des relations entre associés et plus particulièrement à la liberté contractuelle dont ils disposent dans le cadre de l'élaboration et la modification des statuts qui les lient.

⁹² Ainsi, il a été jugé que ne tombe pas sous le coup de la prohibition des clauses léonine l'acte extrastatutaire, consistant en une promesse unilatérale d'achat à prix plancher, car cette dernière est « *étrangère au pacte social et sans incidence sur l'attribution des bénéfices aux associés et sur leur contribution aux pertes* » : Cass. Com., 10 janvier 1989, *JCP*, 1989, II, 21256, note A. VIANDIER ; *Bull. Joly*, 1989, n°81, p. 256, note P. LE CANNU.

⁹³ En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, §287.

34. Thèse. L'intuition qui a conduit à la recherche de la place de la préférence en droit des sociétés deviendra une certitude au terme de la réflexion : la préférence n'est qu'une expression, dans les relations entre associés, de la liberté contractuelle, dont elle adopte un régime commun. En dehors de ce qui est expressément interdit et de l'excès d'inégalité, et sous réserve que les aménagements fassent l'objet d'un consentement libre et éclairé, le principe est que les associés peuvent organiser librement leurs relations et stipuler une altérité de traitement dans les prérogatives qu'ils s'accordent.

35. Cette conclusion résultera d'une double démonstration. Tandis que la recherche de l'existence d'un principe d'égalité se révèle infructueuse et conduit à sa disqualification, les assises de la liberté contractuelle en droit des sociétés sont révélées. Dans une conception répandue des relations sociales, le principe d'égalité vient restreindre la latitude des associés à stipuler la préférence : l'état actuel du droit semble ainsi se caractériser par ce principe, qui sera combattu. Les dispositions appelées au soutien de l'existence de ce principe ne constituent en fait que des règles égalitaires isolées et des dispositions ayant pour objet d'assurer l'absence d'inégalité excessive. Si l'existence de ces dispositions, ayant un lien étroit avec la notion d'égalité, n'est pas remise en cause, ce n'est qu'au prix d'une disqualification de leur portée au profit de la réhabilitation de la liberté contractuelle.

36. C'est ensuite la démonstration de la notion de préférence qui intéresse. Or, celle-ci se manifeste par l'emploi de la liberté contractuelle. D'une part, ce n'est que par cette dernière que la préférence peut s'exprimer dans les relations entre associés. Qu'elle soit le fruit de l'usage d'instruments spécifiques, ou la simple mise en œuvre d'une liberté déléguée aux associés par le biais de dispositions supplétives ou l'absence de dispositions contraignantes, la préférence est l'expression de la liberté contractuelle. D'autre part, si la préférence peut être rapprochée de l'idée d'inégalité de traitement, il s'agit en fait d'une inégalité dynamique, qui peut être mise au service de l'intérêt social. Et si la préférence peut venir nourrir l'intérêt social, elle ne doit pas lui être contraire. Ceci confirme que la préférence emprunte bien le régime de la liberté contractuelle, laquelle ne permet pas l'expression de toutes les volontés que pourraient avoir les parties. La préférence est encadrée par les limites classiques de la liberté contractuelle, ainsi que par une limite spéciale : l'intérêt social.

37. Une fois le concept de préférence rapproché du principe de liberté contractuelle, le fait d'affirmer que son régime est équivalent s'avère insuffisant. En effet, que la préférence soit définie positivement comme étant une simple expression de la liberté contractuelle en droit des sociétés a pour nécessaire corollaire l'inaptitude du juriste à recenser de manière exhaustive ce que les parties peuvent imaginer pour gouverner leurs relations. Dès lors que le principe est que tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis, et donc que la liberté existe de manière indéfinie au-delà des « *règles qui intéressent l'ordre public* », la tentative de définition des espaces de liberté reviendrait à encadrer celle-ci dans de nouvelles limites, qui ne sont pourtant pas prévues par le législateur. Pour se déployer, la préférence doit connaître des limites. Partant, la détermination de la place de cette notion dans les relations entre associés doit passer par l'étude de son cadre, tant substantiel que procédural, afin de pouvoir déterminer ce qu'elle ne peut pas être. Ce cadre connaît une double origine. D'une part, les statuts se rattachant à la catégorie des contrats, les limites à la liberté doivent être recherchées dans le droit commun auquel la société ne peut pleinement échapper. D'autre part, sans pouvoir revendiquer une autonomie complète à l'égard du droit civil, les statuts relèvent de la catégorie des contrats spéciaux, et connaissent donc un cadre spécial. Il apparaît alors que si les limites à la liberté contractuelle tirées du droit commun des contrats ont bien une influence sur la préférence, l'application de celles-ci au contrat spécial de société n'est pas sans conséquences. Ainsi, certaines préférences qui auraient dû être sanctionnées au regard du seul droit commun pourront être admises en droit des sociétés, notamment par le recours à la notion d'intérêt social⁹⁴. À cet égard, le droit des sociétés vient assouplir le régime de la liberté contractuelle. Parallèlement, on aurait pu penser que l'intervention de normes spéciales, en sus du cadre commun, allait avoir pour effet de réduire considérablement l'étendue de la liberté offerte aux associés, puisque le caractère contraignant de l'ordre public sociétaire est régulièrement décrié. Cependant, l'étude du cadre spécial de la préférence amène à un constat quelque peu différent. Certes, à certains égards, la liberté des associés subit les affres de normes impératives qui ne trouvent pas leur pendant dans la théorie générale du contrat. C'est notamment le cas du droit de vote proportionnel impératif dans la SARL. Mais cette disposition apparaît comme l'une des rares règles impératives spéciales qui ne soit pas justifiée sur le terrain du droit des contrats. Pour les autres normes venant encadrer la liberté, il apparaît qu'elles ne font que rarement obstacle à la mise en place d'aménagements qui seraient envisagés par les associés.

⁹⁴ Parallèlement, ce même intérêt constitue régulièrement une justification alternative aux inégalités expressément prosrites par le législateur.

38. Une fois ces limites à la liberté recensées, un aperçu illustratif des manifestations pratiques de la préférence peut être réalisé. La confrontation ainsi réalisée entre la théorie et la pratique sociétaire parachève la démonstration de l'importance quantitative et qualitative de la notion de préférence dans les relations entre associés. La préférence est bien inhérente aux relations entre associés, et ce n'est pas tant l'abondance des règles impératives qui fait obstacle à son déploiement, que la qualité de celles-ci qui subordonnent parfois les stipulations envisagées à une ingéniosité technique regrettable.

Plan. Ainsi, la disqualification du principe d'égalité et la réhabilitation du concept de liberté statutaire permettront de mettre en évidence les fondements de la préférence statutaire (**Première Partie**). Les perspectives de la notion pourront alors être exposées par le biais de la détermination de son cadre et de la démonstration de sa mise en œuvre (**Deuxième Partie**).

Première Partie : Les fondements de la préférence en droit des sociétés

Deuxième Partie : Les perspectives de la préférence en droit des sociétés

PREMIÈRE PARTIE

LES FONDEMENTS DE LA PRÉFÉRENCE EN DROIT DES SOCIÉTÉS

Dès lors qu'une personne fait le choix de s'associer à d'autres au sein d'une société, la préférence se révèle au moins à deux égards. Dans un premier temps, l'acte suppose de choisir ceux avec qui est envisagée l'aventure sociale, en les préférant à d'autres, en raison de divers critères dont l'objectivité peut naturellement varier. Dans un second temps, la préférence se voit réserver une place particulière au sein des statuts qui lient les associés comme dans tout contrat : les associés doivent déterminer le fonctionnement qu'ils entendent attacher à leur structure ainsi que leurs prérogatives respectives, celles qu'ils acceptent de se concéder mutuellement. La préférence est l'expression de la volonté contractuelle, de la liberté offerte aux cocontractants dans l'établissement des conventions qui les lient. Pourtant, l'affirmation régulière d'un principe d'égalité qui gouvernerait les relations entre associés semble devoir minimiser la place de la préférence dans ces mêmes relations. Comment serait-il en effet possible que l'égalité coexiste avec la mise en place d'un traitement différencié entre les associés ? Si l'égalité est le principe, la préférence ne devrait pouvoir s'exprimer que très occasionnellement, à titre d'exception, et donc n'avoir qu'un champ réduit.

La première difficulté rencontrée à l'égard de la notion de préférence consiste donc à s'interroger sur la réalité et la portée de l'égalité dans les relations entre associés (**Titre Premier**). Par suite, si la préférence est inhérente à toute relation contractuelle⁹⁵, encore faut-il que cette notion soit légitime dans le cadre des relations entre associés et ne se borne pas à leur égard à la faculté de choix de leurs cocontractants (**Titre Deuxième**).

Titre Premier : L'introuvable principe d'égalité

Titre Deuxième : L'émergence d'un principe de libre préférence

⁹⁵ V. *supra*, n°4.

TITRE PREMIER

L'INTROUVABLE PRINCIPE D'ÉGALITÉ

La participation d'une personne à une société estompe en principe les individualités : les intérêts personnels et égoïstes des associés s'effacent pour partie au profit de celui de la personne morale, pour le temps au cours duquel ils revêtent cette qualité. Cette spécificité du contrat de société se retrouve dans tout acte collectif, ce dernier procédant « *d'un incontestable esprit d'équipe : ceux qui y participent entendent réaliser par leur collaboration une œuvre commune pour laquelle ils consentent à un certain oubli d'eux-mêmes* »⁹⁶. L'acte collectif s'oppose au contrat commun qui repose sur la conciliation d'intérêts divergents et dans lequel chacune des parties œuvre pour son propre profit. Est-ce pourtant à dire qu'aucun esprit individuel ne peut primer dans le cadre de ces relations et que seule l'égalité entre les membres qui composent cet être caractérise le fonctionnement des actes collectifs ?

Il s'agit en tout cas d'une exigence souvent prônée dans le fonctionnement de l'être social. Bien qu'elle fasse l'objet de discussions anciennes⁹⁷, l'égalité en droit des sociétés est très fréquemment assortie de la qualification de *principe*. Cette affirmation contribuant à minimiser la place que peut occuper la préférence dans les relations entre les associés, il convient de répertorier ses diverses manifestations (**Chapitre Premier**) pour pouvoir procéder à l'atténuation de la portée de cette notion (**Chapitre Deuxième**).

Chapitre Premier : Les expressions du principe d'égalité

Chapitre Deuxième : La disqualification du principe d'égalité

⁹⁶ G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte collectif*, LGDJ, 1961, p. 17 cité par J-P. DÉSIDÉRI, *La préférence dans les relations contractuelles*, PUAM, 1997, p. 166, §224.

⁹⁷ V. notamment les thèses suivantes : P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires – Droit français et législation comparée*, Thèse, Paris, 1924 ; Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant Bruxelles, Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 2004 ; J-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, Thèse, Paris V, 1999 ; C-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, Thèse, Nancy II, 1981.

CHAPITRE PREMIER

LES EXPRESSIONS DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

Présentée par de nombreux auteurs comme un principe directeur du droit des sociétés⁹⁸, la notion d'égalité, et plus particulièrement le « *principe d'égalité* », se retrouve dans la très grande majorité des articles et ouvrages ayant pour objet ce qui peut être qualifié de « *préférence* »⁹⁹. En tout état de cause, préférence et égalité entre associés semblent s'opposer. C'est en effet par comparaison à l'attribution de prérogatives équivalentes en raison de la qualité d'associé ou d'une détention de capital que la préférence se révèle¹⁰⁰. Du fait de l'altération portée à un traitement égalitaire des associés par la préférence, il semble donc classique pour les auteurs de s'interroger sur l'éventuelle atteinte au principe d'égalité¹⁰¹ par les aménagements ayant pour effet de moduler les prérogatives des associés. De fait, cette notion aura nécessairement une influence sur l'étude de la préférence en droit des sociétés.

Ce chapitre aura donc pour objet de dresser un inventaire du traitement par la doctrine de la notion d'égalité appliquée au droit des sociétés. Cette étude aura pour effet de montrer à quel point l'idée d'égalité en droit des sociétés paraît implantée dans l'esprit des juristes, mais également la difficulté d'appréhension de cette notion aux allures dogmatiques de par la multitude d'acceptions et de champs d'application qu'elle reçoit par les auteurs.

Afin d'étudier la réception de l'égalité en doctrine, on peut schématiquement ranger les auteurs en deux grands groupes, avec d'une part ceux qui affirment l'existence d'un principe

⁹⁸ V. par ex. en ce sens M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité dans les sociétés par actions non cotées », in *Études offertes à P. DIDIER*, Economica, 2008, p. 189 : « Malheureusement le thème de l'égalité n'a jamais été traité clairement et simplement par le législateur, signe sans doute que ce thème touchait à un des fondements du droit des sociétés » ; V. MAGNIER, « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », *D.*, 2004, p. 2559 : « Le droit des sociétés est d'ailleurs traditionnellement réticent à consacrer des préférences et la jurisprudence hésite à les admettre, au nom du sacro-saint principe d'égalité des actionnaires » ; J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés – aspects de droit privé », *Revue des sociétés*, 1989, p. 405 : « Le principe d'égalité paraît bien être ici un principe général de notre droit des sociétés » ; Fr. POLLAUD-DULIAN, « La querelle du dividende majoré », *JCP G*, 1993, n°32, I, p. 3697 : « Le principe d'égalité entre les actionnaires nous paraît fondamental en droit des sociétés ».

⁹⁹ V. *supra*, n°10.

¹⁰⁰ V. *supra*, n°11.

¹⁰¹ Il convient dès lors de noter que lorsqu'il sera fait mention du « *principe d'égalité* » ou d'un « *principe d'égalité en droit des sociétés* » sans qu'il ne soit précisé l'objet de cette égalité, il s'agira d'un principe entendu dans son sens large, qui recouvre indifféremment l'idée d'égalité entre associés, entre actionnaires, entre catégories de titres.

égalitaire (**Section I**) et, d'autre part, ceux qui le remettent en cause (**Section II**). On notera dès lors que pour ces derniers si la portée du principe est discutée, l'existence de celui-ci ne l'est pas.

Section I : Un principe affirmé

Section II : Un principe relativisé

SECTION I : UN PRINCIPE AFFIRMÉ

La société serait gouvernée par un principe général d'égalité auquel le législateur aurait été ou resterait attaché. À l'analyse de cette affirmation, deux courants distincts apparaissent. D'un côté, se trouvent des auteurs considérant que l'égalité constitue un caractère historique du fonctionnement de la société sans pour autant lui accorder la même valeur en droit positif (**1§**). De l'autre, ceux pour qui l'importance de ce principe doit être affirmée encore aujourd'hui (**2§**).

39. Avant toute chose, il convient de préciser le cadre historique de l'étude réalisée. En effet, l'organisation de l'entreprise commune en société n'est pas une création des codifications napoléoniennes mais les positions doctrinales qui seront étudiées dans ce premier chapitre seront, pour une très grande majorité, issues de l'examen des textes édictés en la matière depuis 1804. Plusieurs facteurs motivent ce choix de délimitation historique.

D'une part, l'étude des textes antérieurs n'apporte pas de solutions qui diffèrent véritablement des règles de droit issues des codifications post révolutionnaires. Les premières codifications remontent en effet à la Renaissance, et leur examen revient à étudier le *Corpus Juris Civilis* de JUSTINIEN¹⁰². Or, la partie du *Digeste* relative au contrat de société ne fait pas

¹⁰² En effet, les règles issues du Digeste de JUSTINIEN sont introduites dans notre droit au XVIème siècle lors de la réception du droit romain – v. pour l'historique : J. KRYNEN, « La réception du droit romain en France : encore la bulle "Super speculam" », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n°28, p. 227-262, ou encore J-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, 7^{ème} éd., PUF, 2017, p. 178 et s.

état d'un principe d'égalité entre associés¹⁰³ et, comme en manifestent les écrits de DOMAT¹⁰⁴ et POTHIER¹⁰⁵, les dispositions de droit civil en la matière ne furent, jusqu'à l'adoption du Code civil de 1804, que le commentaire de ce même Digeste. Ainsi, du point de vue des dispositions civilistes concernant le droit des sociétés, l'étude de la notion d'égalité dans son affirmation ne semble intéressante qu'à partir du moment où des auteurs expriment l'existence d'un principe, soit à partir de l'étude doctrinale des travaux préparatoires du Code civil de 1804.

Il convient, en outre, de noter que les rares écrits sur la question datant du Moyen-Âge sont assez laconiques sur la question des droits des associés. En effet, une grande partie des coutumes en vigueur ont été reprises dans la compilation de jurisprudence réalisée par BEAUMANOIR. Or, l'examen de ces écrits révèle qu'il n'existe alors pas de régime juridique propre à la société puisque de nombreuses situations juridiques étaient régies par la coutume sous le même nom de « *compagnie* », au titre desquelles se retrouvent le mariage, la société marchande, le prêt d'argent, la communauté taisible, l'indivision successorale, la garde partagée, la communauté de commune ou encore les associations communales. Et s'il est question d'une certaine égalité dans ce droit coutumier relatif aux « *compagnies* », celle-ci ne consiste qu'à éviter les excès d'inégalités, sans que les termes d'égalité ou d'inégalité ne soient jamais utilisés¹⁰⁶.

Du point de vue de la législation commerciale, les dispositions relatives aux sociétés et contenues dans l'ordonnance de 1673¹⁰⁷, laquelle reprenait pour l'essentiel le droit antérieur,

¹⁰³ Bien au contraire, et même s'il est inscrit que l'égalité doit s'appliquer à défaut de choix des parties, on verra que les commentaires des différents compilateurs affirment la possibilité, voire même la nécessité d'instaurer des régimes différents entre les associés avec pour limite la prohibition des excès : *Corpus Juris Civilis, Digeste, Livre XVII, Titre II, De l'action qui naît de la société*, traduction française par MM. H. HULOT, J-Fr. BERTHELOT, P-A. TISSOT et A. BÉRENGER, Metz, 1803, p. 501 et s., ex. p. 503, §6, *Pomponius au liv. 9 sur Sabin* : « Si vous contractez une société avec moi, sous la condition que vous serez le maître de régler la part que chacun de nous aura, ce règlement doit être fait par un arbitre, qui pourra fixer les parts entre nous suivant sa prudence, sans être obligé de les faire égales »; v. Chapitre suivant.

¹⁰⁴ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, T. 1, 2nde éd., 1697, Titre VIII, *De la société*, p. 292 et s.

¹⁰⁵ R. POTHIER, *Œuvres contenant les traités du droit français, Traité du contrat de société*, 1773, p. 443 et s.

¹⁰⁶ Ph. DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis, XIII^{ème}, Texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique, par Am. Salmori*, 1899, Ch. XXI, p. 308 et s., spéc. §653 : « *Compagnie se fet aucune fois en tel manière que li uns paie tout l'argent que la marchandise couste et li autres n'en paie point, et nepourquant il en porte la moitié du gaaing. Et aucune fois ele se fet en tel manière que li uns en paie les.II. pars et li autres le tiers, et est la convenance tele qu'il partissent au gaaing moitié a moitié. Et aucune fois ele se fet en tel manière que li uns en porte part ou gaaing s'il i est et, se perte tourne, il ne paie point la perte. (...) Et aucune fois fet on teus acompagnemens pour ce que li uns a plus de peine en aministrer les besoins de la compagnie que li autres, si qu'il est bien resons que sa partie soit meilleur selonc ce qu'il a plus peine* ».

¹⁰⁷ V. notamment D. JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du mois de mars 1673*, Debure l'aîné, 1756, p. 42 et s.

étaient très peu nombreuses¹⁰⁸ et se résument à définir les règles de formation et d'enregistrement des sociétés¹⁰⁹, de solidarité entre les associés¹¹⁰, de responsabilité des associés en commandite¹¹¹ et enfin d'arbitrage des conflits qui pourraient survenir entre les associés¹¹². La question de l'égalité ne se pose donc pas à l'égard de cette période.

D'autre part, il semble que la notion d'égalité telle qu'entendue par la doctrine se rattache aux idées philosophiques développées aux XVIII^{ème}-XIX^{ème} siècles¹¹³, et qu'elle a pris tout son sens en raison des revendications des ordres jusqu'alors opprimés. Ainsi, il paraît opportun de se concentrer sur les textes en vigueur depuis les codifications du début du XIX^{ème} siècle, lesquels compilent l'essentiel de la matière et ont en outre fait l'objet d'une analyse doctrinale importante dans laquelle figure la question du supposé principe d'égalité en droit des sociétés.

§1. Affirmation d'une existence historique

« *Principe fondateur de la démocratie* »¹¹⁴, l'égalité irrigue nécessairement, de façon plus ou moins conséquente, tous les pans de notre droit. Il devrait en particulier en aller ainsi du droit issu de l'époque post révolutionnaire tant il est vrai que la production normative est liée au contexte social dans lequel elle a lieu¹¹⁵. Or, les textes gouvernant notre droit contemporain des sociétés sont issus des codifications napoléoniennes de 1804 pour le Code civil et 1807 pour le Code de commerce. Les esprits des rédacteurs étaient inévitablement marqués par les revendications révolutionnaires liées à la philosophie des Lumières, avec notamment des principes comme la liberté et l'égalité. L'égalité devait donc se retrouver, si ce n'est expressément inscrite dans les textes édicteurs de notre droit des sociétés en tant que principe,

¹⁰⁸ En effet, le titre IV de l'ordonnance de 1673 intitulé « *Des sociétés* » ne comporte que 14 articles.

¹⁰⁹ Article I à VI.

¹¹⁰ Article VII.

¹¹¹ Article VIII.

¹¹² Articles IX à XIV.

¹¹³ En effet, il est ainsi avancé que la préférence est rejetée en raison du risque de rompre l'égalité de manière arbitraire : en ce sens v. par ex. V. MAGNIER, « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », *D.*, 2004, p. 2559.

¹¹⁴ *Rapport public du Conseil d'État, 1996, Considérations générales : Sur le principe d'égalité*, EDCE, n°48, 1997, p. 21.

¹¹⁵ J. MONÉGER, « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de septembre 2000 : réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *Revue internationale de droit économique*, 2004, n°2, p. 171 : « *Un lien fort existe entre la codification et l'organisation sociale, économique et politique. (...) Les codes napoléoniens, expression d'une philosophie naturaliste, spiritualiste mêlent la liberté et l'égalité, la rigueur de la norme de droit et la nécessaire équité des juges* ».

au moins dans l'idée générale qu'ils contiennent, leur idéologie¹¹⁶. C'est en tout cas ce que certains auteurs déduisent des textes et travaux produits au XIX^{ème} siècle. À ce titre, le législateur aurait souhaité que le contrat de société ait revêtu une nature égalitaire dès 1804 (A), cette conception étant appuyée par le recours à la notion d'*affectio societatis*, classiquement présentée comme un critère de distinction du contrat de société et dont l'égalité fût, dès l'origine, un terme de sa définition (B).

A. L'égalité dans le contrat de société du Code civil de 1804

40. Dès 1804 la société est définie par le premier article du Titre neuvième du Livre trois du Code civil intitulé « *Du contrat de société* ». Le texte originel présenté au Conseil d'État le 5 janvier 1804 énonce, dès son article 1^{er}, que « *la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* »¹¹⁷. Le second article de ce projet, contenu, comme le précédent, dans un chapitre relatif aux dispositions générales applicables au contrat de société, ajoute en son premier alinéa que « *Toute société doit avoir un objet licite et être contractée pour l'intérêt commun des parties* ». Ces deux articles qui définissent la société sont adoptés en la forme par le Conseil d'État et de la même manière au cours de l'intégralité du processus législatif, pour être ensuite codifiés respectivement aux articles 1832 et 1833 du Code civil, lequel sera promulgué le 21 mars 1804. Lors de la communication officielle du texte au Tribunal par le Corps législatif, dont le Tribun BOUTEVILLE fera le rapport à l'assemblée générale le 5 mars 1804, il est précisé que l'objet du Chapitre 1^{er} qui contient les dispositions précitées est de faire « *connaître la nature, l'essence du contrat de société* »¹¹⁸. Ainsi, pour savoir ce que le

¹¹⁶ J. MONÉGER, « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de septembre 2000 : réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *art.cit., loc.cit.* : « *Il est vrai que derrière un code ne se cache pas que le pouvoir. La philosophie politique, l'idéologie sont présentes sous les mots, dans les interstices des phrases. Les codes napoléoniens, expressions d'une philosophie naturaliste, spiritualiste mêlent la liberté et l'égalité, la rigueur de la norme de droit et la nécessaire équité des juges* ».

¹¹⁷ Cette définition n'est néanmoins pas nouvelle et se retrouve dès JUSTINIEN, de manière éparse mais reprise notamment par DOMAT et POTHIER. V. en ce sens J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, op.cit.*, p. 294 : « *définition de la société - La société est une convention entre deux ou plusieurs personnes, par laquelle ils mettent en commun entr'eux, ou tous leurs biens, ou une partie : ou quelque commerce, quelque ouvrage, ou quelque autre affaire, pour partager tout ce qu'ils pourront avoir de gain, ou souffrir de perte, de ce qu'ils auront mis en société* » ; R. POTHIER, *Œuvres contenant les traités du droit français, op.cit.*, p. 443 : « *Le Contrat de Société est un contrat, par lequel deux ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent de mettre en commun quelque chose, pour faire en commun un profit honnête, dont ils s'obligent réciproquement à se rendre compte* ».

¹¹⁸ P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIV, 1836, p. 405.

législateur entendait attribuer comme caractères généraux à la société il faut se pencher sur le contenu, l'esprit du titre consacré au contrat de société dans le Code civil de 1804.

C'est du reste assurément dans le Code civil et non dans le Code de commerce, lequel ne sera adopté qu'en 1807 après une élaboration quelque peu négligée¹¹⁹, qu'il faut rechercher les fondements textuels et idéologiques de la société. Tout d'abord le Code de commerce de 1807 ne peut constituer un outil satisfaisant d'étude des aspirations du législateur quant à l'esprit général qui doit gouverner les règles du droit des sociétés. En effet, celui-ci ne sera, pour une grande partie des dispositions relatives aux sociétés commerciales, qu'une reprise¹²⁰ de l'Ordonnance de Colbert de 1673¹²¹. Les idéologies politiques et sociales post révolutionnaires de 1807 n'ont pu avoir que très peu d'influence sur cette codification dont le contenu doit plus à l'Ancien Régime qu'à la philosophie des Lumières. Ensuite, ce Code ne comprend aucune disposition générale sur les sociétés, le chapitre relatif aux sociétés commerciales ne contenant alors que 48 articles au style lapidaire¹²² applicables aux sociétés anonymes et aux sociétés en

¹¹⁹ En effet, contrairement au Code civil, qui a fait l'objet d'une élaboration méthodique et continue, le Code de commerce sera élaboré de manière plus chaotique. En ce sens v. notamment B. OPPETIT, « L'expérience française de codification en matière commerciale », *D.*, 1990, p. 1 : « *La rédaction d'un Code de commerce devait alors prendre place dans le vaste mouvement de codification issu du légalisme révolutionnaire ; elle s'accomplit en deux phases, assez espacées. Dans un premier temps, une Commission de rédaction, composée de praticiens, dont Gorneau, le principal rédacteur, établit et publia en l'an X (1801) un projet serrant d'assez près les deux ordonnances de 1673 et 1681 ; puis ce projet fut soumis aux observations des tribunaux, qui devaient en provoquer la révision. Lors d'une seconde phase, le projet révisé fut examiné par le Conseil d'État, remanié notamment pour tenir compte des faillites consécutives à la crise de 1805, et promulgué comme Code de commerce en 1807* » ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2015, p. 53, §63 : « *Le Code de commerce, définitivement adopté par une loi du 15 septembre 1807, et applicable au 1^{er} janvier 1808, (...) reste très proche de l'Ordonnance de 1673 ; bien que ressenti comme nécessaire dès avant 1789, il n'a pas bénéficié du même soin que le Code civil* » ; J. MONÉGER, « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de septembre 2000 (...) », *art.cit.*, p. 171 : « *Même si certains progrès furent faits par rapport au « code Savary », notamment pour clarifier le droit des faillites, la qualité du projet était très médiocre. De plus, le Conseil d'État, passionné par la rédaction finale du Code civil, ignore pendant cinq ans les travaux de la Commission de codification du droit commercial. Ce n'est que lorsqu'ils furent tancés par l'Empereur que les Conseillers d'État découvrirent un projet endormi dans leurs tiroirs. Le code n'a pas bénéficié des soins apportés au Code civil. Gorneau, qui avait été consulté par la « Commission Miromesnil », fit extraire des archives le texte de la Commission. Le « nouveau » code est une copie du droit de l'Ancien Régime alors que les corporations ont disparu, que la société a changé d'organisation et de paradigme de manière fondamentale et que le commerce est en pleine effervescence. Le code, rédigé par des praticiens qui voulaient apporter plus de clarté et de certitude dans le corpus juris, est médiocre. Cela est vrai de sa structure et de son contenu* ».

¹²⁰ En ce sens v. notamment J-G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, T.I, 1811, Avant-propos, p. X : « *Tout n'étoit pas à créer dans la législation commerciale. Nous avons sur ces matières des lois très-sages, et les auteurs les ont employées en les améliorant, en les complétant, en les appropriant aux circonstances actuelles. Beaucoup de dispositions du Code sont donc prises presque textuellement des ordonnances de 1673 et 1681* ».

¹²¹ Précisément dénommé « *Édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail* », aussi appelée *Code Savary* ou *Code marchand*.

¹²² Le titre III du Livre Ier du Code de commerce de 1807 comprend les dispositions relatives aux sociétés commerciales des articles 18 à 64.

commandite par actions¹²³. Enfin, l'article 18 du Code de commerce, dès 1807, précise que les règles générales du Code civil sont applicables aux sociétés commerciales¹²⁴. Cette disposition trouve son pendant dans le Code civil à l'article 1873 en vertu duquel « *Les dispositions du présent titre [Du contrat de société] ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce* ». Ainsi, seule la référence au Code civil permet de déterminer l'aspiration générale du législateur quant à l'essence du contrat de société ; la définition d'une société ne se trouvant pas dans le Code de commerce¹²⁵.

Il s'agit de la démarche suivie par les auteurs qui considèrent que la société est historiquement fondée sur un principe d'égalité¹²⁶. Ainsi, HAMEL, dans un article de 1925 dédié à la définition de l'*affectio societatis*, retient du rapport fait par le Tribun BOUTEVILLE lors des travaux préparatoires du Code civil de 1804 que, pour ce dernier, « *l'un des éléments essentiels du contrat de société* » serait « *la parfaite égalité juridique et la similitude des droits* »¹²⁷. Pour HAMEL le critère de distinction de la société par rapport à d'autres contrats est, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil de 1804, celui de l'égalité des droits qu'elle induirait¹²⁸. Afin de parvenir à cette conclusion, l'auteur fait référence à l'assertion du Tribun qui, pour expliquer la différence entre une société et des situations proches mais non similaires, donne pour exemple le bailleur et le preneur à cheptel, lesquels sont bien unis d'intérêts mais n'ont pas « *l'un et*

¹²³ Sur l'analyse critique de la codification de 1807 v. notamment B. OPPETIT, « L'expérience française de codification en matière commerciale », *art.cit.*, p. 1 : « *toutefois, œuvre de praticiens, il est quelque peu dépourvu de hauteur de vues (les règles n'y prennent que rarement la forme de principes généraux) et présente un certain nombre de lacunes (il ne comprend que 122 articles), notamment en matière de sociétés* ».

¹²⁴ Il s'agit du premier article du Titre III du Code de commerce de 1807 consacré aux sociétés. Art. 18 du Code de commerce de 1807 : « *Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties* ».

¹²⁵ C'est d'ailleurs ce qui est rappelé par le J-G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce, op.cit.*, p. 95-96 : « *Dispositions du Code Napoléon qui s'appliquent aux Sociétés de commerce. Les dispositions qui ne se réfèrent pas à des articles particuliers du Code de commerce, Présentent des définitions générales ; Règlent les engagements des associés entre eux ; (...) §1^{er}. Définitions générales. Ces définitions expliquent, Ce que sont les sociétés en général, Sous quelles conditions elles peuvent être formées, Entre quelles personnes elles le sont, Quel est le caractère particulier de la société de commerce* ».

¹²⁶ Il s'agira ici uniquement de faire état des propos des différents auteurs et non de procéder à leur analyse critique.

¹²⁷ J. HAMEL, « L'affectio societatis », *RTD. Civ.*, 1925, p. 763 : « *Lors de la rédaction du Code civil, le tribun Bouteville se demanda si le bailleur et le preneur à cheptel avaient constitué une société. Non, répondit-il ; car l'un et l'autre « n'ont pas un droit absolument de même nature à la chose qui leur est commune ». La parfaite égalité juridique et la similitude des droits doivent donc constituer, aux yeux de Bouteville, l'un des éléments essentiels du contrat de société* ».

¹²⁸ J. HAMEL, *art.cit.*, p. 764 : l'auteur poursuit en indiquant que « *Cette conception d'une égalité nécessaire entre les associés se retrouve chez certains auteurs contemporains* », ce qui met bien en évidence que pour lui à l'origine, et au travers du rapport réalisé par BOUTEVILLE, la société serait bien historiquement bâtie sur un principe d'égalité entre les associés.

l'autre un droit absolument de même nature à la chose qui leur est commune »¹²⁹, d'où l'impossibilité de considérer qu'ils sont en société¹³⁰.

Cette interprétation du rapport rédigé lors de la communication officielle du projet de loi ainsi que de l'exposé des motifs au Tribunal, qui confère une valeur historique au principe d'égalité en droit des sociétés, est exploitée différemment par d'autres auteurs. Ainsi, il est possible de lire, dans une thèse consacrée à l'égalité dans les sociétés par actions que « *quelle que soit l'origine de la règle d'égalité, celle-ci constitue un principe essentiel du droit des sociétés par actions marqué par la forme démocratique de la société. Le Tribunal indiquait déjà dans ses observations sous l'article 1872 du Code civil, que "l'égalité, qui est de l'âme de tout partage, appartient plus particulièrement à celui d'une société dont elle constitue la nature et l'élément"* »¹³¹. Il s'agissait alors pour le Tribunal de s'interroger sur l'admission ou non de l'action en rescision pour lésion au profit des associés lors du partage de la société. L'auteur retient de cet extrait des travaux préparatoires du Code, l'origine historique de l'égalité en droit des sociétés.

41. Une lecture voisine de ces travaux est retenue par d'autres auteurs, pour qui, la même partie du procès-verbal réalisé par le Tribunal permet d'affirmer que « *l'égalité constituait historiquement l'un des caractères essentiels du contrat de société. Lors de la discussion du projet devant le Tribunal, il fut rappelé que " ce qui importe essentiellement à la perfection du code civil est de tenir invariablement aux principes qu'il a consacrés [...] et l'égalité constitue la nature et l'essence " du contrat de société* »¹³². La démonstration de la volonté du législateur d'imposer une égalité entre les associés est par suite appuyée sur la formulation des articles relatifs aux engagements des associés¹³³. Les articles 12 à 31 du projet¹³⁴ comprennent à plusieurs reprises l'expression « *chaque associé* ». Ainsi, aux termes de ces dispositions, tous

¹²⁹ P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 405 : « *Des cohéritiers, des colégataires, souvent des voisins, ont des intérêts communs ; mais ils sont unis d'intérêts, non par une convention, mais par un fait indépendant de leurs volontés. Le bailleur et le preneur à cheptel, et surtout le preneur à cheptel simple, le sont également, mais sans avoir l'un et l'autre un droit absolument de même nature à la chose qui leur est commune. Il n'y a point, dans ces différents cas, vraie société, et vous ne trouverez en conséquence dans le projet aucune disposition qui y soit relative* ».

¹³⁰ Il convient dès lors de noter que si Hamel estime que l'égalité était originellement requise pour différencier le contrat de société, cependant il ne retient pas cette caractéristique du contrat de société comme de principe et considère même celle-ci comme inadmissible : J. HAMEL, *art.cit.*, p. 763 : « *Une telle conception est inadmissible. Elle se heurte au fonctionnement même des apports* ».

¹³¹ CI-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, Thèse, Nancy II, 1981, p. 2.

¹³² S. SCHILLER, « *L'égalité en droit des sociétés* », *Arch.phil.droit*, 2008, n°51, p. 120.

¹³³ S. SCHILLER, *art.cit.*, *loc.cit.*, articles qui « *qui débutaient par l'expression " chaque associé "* » ; v. P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 390.

¹³⁴ Lesquels seront ensuite codifiés aux articles 1843 à 1862 du Code civil.

les associés sont débiteurs envers la société pour leurs apports¹³⁵, ils sont également tous responsables envers elle pour les dommages qu'ils lui causeraient¹³⁶, ils peuvent tous user des biens de la société¹³⁷, obliger leurs associés à concourir financièrement à la conservation des biens de la société¹³⁸ ou encore s'associer avec des tiers sans autorisation des autres¹³⁹. Pour les partisans de l'existence historique d'un principe d'égalité, il s'agit d'autant de dispositions prouvant l'attachement du législateur à l'égalité entre les associés¹⁴⁰, laquelle serait « *une des caractéristiques du contrat de société* »¹⁴¹. Pour étayer cette dernière proposition, l'auteur renvoie encore aux travaux préparatoires du Code civil et plus particulièrement, au même titre qu'HAMEL, à l'explication réalisée par le Tribun BOUTEVILLE de ce qui caractérise une société, ce qui la différencie de situations proches.

L'analyse des propos de BOUTEVILLE est également retenue par GUYON lorsqu'il étudie la notion d'*affectio societatis*. Pour lui, en effet, le Tribun considère que la société est caractérisée par une égalité de droit des associés, caractéristique ne correspondant toutefois plus, à l'acception qu'il faut retenir aujourd'hui de l'*affectio societatis*¹⁴². C'est d'ailleurs sur la définition de cette notion que les auteurs tirent un caractère historique au principe d'égalité.

¹³⁵ Art. 14 : « *Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter* ».

¹³⁶ Art. 19 : « *Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causé par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires* ».

¹³⁷ Art. 28, 2° du projet de loi : « *Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit* ».

¹³⁸ Art. 28, 3° : « *Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire, avec lui, les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société* ».

¹³⁹ Art. 30 : « *Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société ; il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration* ».

¹⁴⁰ Il convient dès lors de noter que si ces dispositions préconisent l'accès aux différents droits ou l'astreinte à certains devoirs pour tous les associés, elles n'en imposent pas la teneur exacte et, comme il le sera étudié ensuite, le législateur en 1804 ayant expressément indiqué que le principe est la liberté, rien n'empêche que les associés aménagent ces droits et devoirs selon leur bon vouloir, ce qui ne postule absolument pas d'une égalité mais de l'existence de droits planchers.

¹⁴¹ S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 120.

¹⁴² Y. GUYON, *Affectio societatis*, J.CI. Société, Traité, Fasc. 20-10, spéc. §8 : « *Enfin, le caractère égalitaire s'oppose à l'existence d'un lien de subordination entre associés. Envisagé comme une égalité de droit par le tribun Bouteville, ce caractère est simplement pris en compte comme une égalité dans la collaboration économique* ».

B. L'égalité issue de la définition de l'*affectio societatis*

42. Selon la définition classique de l'*affectio societatis*, les associés entendent, en prenant part au contrat de société, être sur un pied d'égalité¹⁴³. Cette notion, considérée comme un élément caractéristique de la société et qui permettrait de distinguer ce contrat spécial d'autres situations juridiques proches mais non similaires, ne se retrouve formellement dans aucun texte¹⁴⁴. Si l'idée de différenciation du contrat de société par l'intention qui anime les associés se trouve déjà dans les écrits d'ULPIEN¹⁴⁵ rapportés au Digeste, l'expression ne sera utilisée pour la première fois qu'en 1880 par PONT dans son traité relatif aux sociétés commerciales¹⁴⁶. Ce n'est qu'à partir de cette date que l'élément intentionnel dont il est question prendra de l'importance sous le vocable d'*affectio societatis*.

Néanmoins, dès 1804, le législateur éprouve la nécessité de distinguer le contrat des autres conventions et à l'avènement de la société contemporaine, la question des critères de distinction était déjà de mise. Ainsi, le Tribun BOUTEVILLE avait indiqué que ce contrat se distinguait de celui du prêt à cheptel en ce que les parties n'avaient pas les mêmes droits sur la chose objet du contrat contrairement aux associés dans le cadre d'une société¹⁴⁷. HAMEL en déduit que pour les rédacteurs du Code civil de 1804, le critère de distinction était la similitude

¹⁴³ V. en ce sens Cass. Com., 3 juin 1986, n°85-12.118, *Revue des sociétés*, 1986, p. 585, note Y. GUYON. Titrage et résumé Légifrance : « Ne donne pas de base légale à sa décision la Cour d'appel qui n'a pas recherché si en " s'intéressant " à la gestion d'un fonds de commerce un associé en participation avait collaboré de façon effective à l'exploitation de ce fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec son associé pour participer aux bénéfices comme aux pertes » ; *Mémento Sociétés commerciales*, Éditions Francis Lefebvre, 2018, §130 : « Selon une jurisprudence établie, celle-ci se définit comme la volonté de chaque associé de collaborer effectivement à l'exploitation du fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec d'autres associés ».

¹⁴⁴ En ce sens v. notamment J. HAMEL, « L'*affectio societatis* », *art.cit.*, p. 725 ; B. DONDERO et L. LE CANNU, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 74, §98 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 83, §223.

¹⁴⁵ En ce sens v. notamment Y. GUYON, *Affectio societatis*, JCI Sociétés Traité, Fasc. 20-10, §1, ou encore N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle ou fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Revue des Sociétés*, 2000, p. 425 : « Historiquement, "tout part d'un texte d'Ulpien rapporté au Digeste de Justinien". Dans ce texte, Ulpien s'adonne à résoudre un problème qui s'était déjà posé à Rome : "tel contrat ouvrirait-il l'action « pro socio » ou une action « praescriptis verbis » ? Ce qui revient plus précisément à se demander comment peut-on distinguer une simple communauté d'une société véritable ? Pour ce faire, Ulpien répond en cherchant si les parties ont eu ou n'ont pas eu l'*animus contrahendae societatis*. Ainsi donc, l'*affectio societatis* apparaît en droit romain comme le synonyme de contrat de société et « sert de critère de distinction entre la copropriété ordinaire, née de l'ouverture d'une succession et la copropriété sociale née d'un contrat de société » ».

¹⁴⁶ P. PONT, *Commentaire - Traité des sociétés civiles et commerciales*, T. 7, 1880 - 1884, p. 60, n°84 : « Quel sera donc le critérium qui servira à discerner, parmi ces conventions celles qui constituent vraiment une société ? À notre avis, c'est la volonté des parties contractantes : lorsque les éléments essentiels du contrat se trouvent réunis, si la volonté de s'unir, l'*affectio societatis*, apparaît également, il y a certainement société ».

¹⁴⁷ P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 405.

des droits¹⁴⁸. Néanmoins, d'autres contrats offrent des droits similaires aux différentes parties et ces situations voisines doivent être distinguées de la société.

Il s'agit alors de se référer au critère intentionnel pour différencier le contrat de société des autres situations juridiques proches. Comme le rapporte HAMEL, ce critère subjectif ne permet pas de différencier de manière objective une société d'un autre contrat proche si sa définition est limitée à « *l'intention de constituer une société* ». De fait « *certain auteurs ont cherché à découvrir un élément strictement objectif qui, hors de la volonté des parties contractantes, fût susceptible de constituer une ligne de démarcation entre le contrat de société et certains autres contrats* »¹⁴⁹. Ainsi, les auteurs se seraient référés à une égalité tout d'abord juridique pour ensuite objectiver la notion d'*affectio societatis* en faisant appel à une nécessaire égalité économique entre les associés. À ce titre, HAMEL se rapporte aux travaux de PIC, LACOUR et BOUTERON pour lesquels, selon l'auteur, « *l'égalité de droit fait place à l'égalité dans la collaboration économique* »¹⁵⁰. De ce fait, pour lui, bien que n'adhérant pas à cette conception de l'*affectio societatis* et du critère de partage entre contrat de société et situations voisines¹⁵¹, ses prédécesseurs caractérisaient la société par l'égalité qu'elle supposait entre les associés.

La même lecture historique de la définition de l'*affectio societatis* se retrouve chez des auteurs plus contemporains. À ce titre, certains affirment lors de la recherche des fondements de ce principe, que « *l'égalité était également présente dans la définition de l'affectio societatis* »¹⁵². À l'appui de cette thèse, sont notamment cités les travaux réalisés par THALLER, PIC et AMIAUD. Il est en effet possible de lire dans le traité général de THALLER dédié aux

¹⁴⁸ Une lecture similaire des propos de BOUTEVILLE à l'égard de l'*affectio societatis* est retenue par GUYON : Y. GUYON, *Affectio societatis*, JCl. Sociétés, Fasc. 20-10, §8 : « *La théorie classique voit dans l'affectio societatis, un désir de collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire (...). Enfin, le caractère égalitaire s'oppose à l'existence d'un lien de subordination entre associés. Envisagé comme une égalité de droit par le tribun Bouteville, ce caractère est simplement pris en compte comme une égalité dans la collaboration économique* ».

¹⁴⁹ J. HAMEL, « L'*affectio societatis* », *art.cit.*, p. 763.

¹⁵⁰ J. HAMEL, *art.cit.*, p. 764 : « *Cette conception d'une égalité nécessaire entre les associés se retrouve chez certains auteurs contemporains ; elle est le critérium adopté par M. Pic et par MM. Lacour et Bouteron* ».

¹⁵¹ J. HAMEL, *Ibidem.* : « *Il n'est pas exact de dire que le commanditaire, exclu de la gestion, soit sur un pied d'égalité avec le commandité* ».

¹⁵² S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 120, §2 ou encore, dans le même sens, alors même qu'il réfute cette source du principe d'égalité, Cl-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, Thèse, Nancy II, 1981, p. 1, §2: « *Le fondement du principe d'égalité dans les sociétés est controversé. Il a d'abord été recherché dans les caractères de l'affectio societatis. Le consentement des fondateurs d'une société doit révéler "un désir de collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire". Toutefois, la collaboration égalitaire des associés n'implique pas une identité des droits et des devoirs ni même une similitude d'intérêts. La référence à l'égalité, contenue dans la définition de l'affectio societatis, signifie seulement que les associés ne sont pas subordonnés les uns aux autres* ».

sociétés commerciales et repris par PIC, puis KREHER, qu' « *il est nécessaire qu'il existe une certaine égalité entre les associés, égalité découlant de l'affectio societatis, critère de qualification du contrat de société* »¹⁵³.

Ainsi, même s'il est aujourd'hui admis que cette notion n'implique pas une égalité de droits mais doit plutôt être comprise comme le fait que les associés n'entendent pas être dans un lien de subordination les uns par rapport aux autres¹⁵⁴, certains auteurs estiment que ce critère intentionnel fonde également l'existence d'un principe d'égalité en droit des sociétés.

§2. Affirmation d'une existence actuelle

L'affirmation actuelle de l'existence d'un principe d'égalité apparaît sous diverses expressions dont l'utilisation semble parfois arbitraire. Certains font référence à un principe d'égalité en droit des sociétés, de manière assez générale, sans autre précision¹⁵⁵. Mais son domaine d'application est parfois délimité par les expressions utilisées. Il est parfois fait référence à une égalité entre associés¹⁵⁶ ou actionnaires¹⁵⁷. Pour d'autres, le support de

¹⁵³ En ce sens, PIC, dans le traité général de THALLER dédié aux sociétés commerciales indique qu'il est nécessaire qu'il existe une certaine égalité entre les associés, égalité découlant de l'*affectio societatis*. Néanmoins, l'égalité dont il est question est alors mise en opposition avec l'emploi intéressé dans lequel le salarié est dans un lien de subordination et non d'associé avec son employeur. Il en va de même pour LACOUR et BOUTERON.

¹⁵⁴ V. la définition retenue par G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, v. *affectio societatis* : « *Expression latine évoquant un lien psychologique entre associés qui désigne un élément constitutif de la société dont les composants sont l'absence de lien de subordination entre associés, la volonté de collaborer à la conduite des affaires sociales (en y participant activement ou en contrôlant la gestion) et l'acceptation d'aléas communs, mais dont l'intensité varie suivant les formes de sociétés et les catégories d'associés* ».

¹⁵⁵ En ce sens v. J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés – aspects de droit privé », *Revue des sociétés*, 1989, p. 399 : « *le thème de l'égalité en droit des sociétés peut, de prime abord, paraître facile tant l'égalité semble dans la logique de la société* » ; Fr. POLLAUD-DULIAN, « La querelle du dividende majoré, un aspect du principe d'égalité dans le droit des sociétés cotées en bourse », *JCP G*, 1993, n°2, I, p. 3697.

¹⁵⁶ V. Ph. ENGEL et P. TROUSIÈRE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *JCP E*, 1996, n°36, p. 585 : « *un des grands principes qui sous-tend le droit des sociétés (...) réside dans l'égalité des associés* » ; Th. FAVARIO, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Revue des sociétés*, 2008, p. 57 ; Th. GRANIER, *Avantages particuliers*, Répertoire de droit des sociétés, §3 ; Fr. POLLAUD-DULIAN *art.cit. loc.cit.*

¹⁵⁷ V. B. BRIGNON et Th. GRANIER, *Actions de préférence*, JCl. Banque, Fasc. 1803, §3 : « *[le] principe d'égalité entre les actionnaires (qui) a été reconnu, assez rapidement, comme fondamental* » ; A. COURET, « Le retour du débat sur le droit de vote double », *Droit des sociétés*, 2013, ét. 22 ; J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *Droit des sociétés, Actes pratiques*, 1997, p. 4 ; Cl. FERRY, M. CANNARD et M. CRETTE, « Les actions de priorité », *Droit des sociétés, Actes pratiques*, 1993, n°11, p. 1 ; M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Études de droit privé offertes à Paul DIDIER*, Economica, 2008, p. 189 : « *L'égalité des droits des actionnaires est un principe cardinal du droit des sociétés* » ; Y. GUYON, « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré », *Revue des sociétés*, 1995, p. 1 ; A. REYGROBELLET, « Proportionnalité entre capital et contrôle : faut-il interdire toute dérogation au principe "une action = une voix" ? », *RTDF*, 2007, n°3, p. 106.

l'égalité est l'action¹⁵⁸, voir les titres d'une même catégorie¹⁵⁹. Autrement dit, si un principe d'égalité est bien souvent affirmé, il n'est pas entendu de la même manière selon les auteurs. Or, s'il est admis qu'une notion n'a pas besoin de recevoir une application générale dans une matière pour être qualifiée de principe¹⁶⁰, elle doit avoir un champ d'application limité et spécifique pour être considérée en tant que tel¹⁶¹. Par l'affirmation de deux principes aux étendues différentes, qui se recouvrent en certains points, mais ne sont pas strictement similaires, les auteurs rendent donc l'appréhension de cette notion assez complexe. Si les deux acceptions de la notion sont retenues concomitamment, l'application du principe recouvrerait une très grande partie de la matière et celui-ci serait dénué de valeur de par sa généralité et son imprécision¹⁶². Partant, il n'est pas concevable de traiter ensemble les diverses acceptions de l'égalité retenues en doctrine.

On étudiera dans un premier temps la position des auteurs qui retiennent un champ d'application du principe qui reste assez étendu, puisque celui-ci se rattacherait à la notion générale d'actionnaires (**A**) ; pour ensuite mentionner ceux pour qui l'existence du principe ne permettrait, comme en droit administratif, que de traiter différemment des situations dissemblables (**B**).

¹⁵⁸ V. J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *art.cit., loc.cit.* ; CI-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions, op.cit.*, p. 4 : « La législation contemporaine renferme deux catégories de dispositions qui conduisent à reconnaître, par ordre d'importance respective, d'abord une égalité entre actions, puis une certaine dose d'égalité entre actionnaires, assez difficile à concilier avec la précédente ».

¹⁵⁹ V. J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, *art.cit., loc.cit.* ; L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *Droit et patrimoine*, 2001, n°204, p. 30 : « L'égalité entre associés est probablement plus un mythe qu'une réalité. Le principe existe dans les sociétés par actions, mais cantonné aux actions d'une même catégorie ».

¹⁶⁰ En ce sens v. notamment la thèse de Monsieur MORVAN : P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Thèse, Paris II, 1999, p. 280 : « Trois séries d'objections peuvent être opposées à l'emploi du concept de généralité comme critère du principe : il se révèle impuissant à déterminer utilement l'existence d'un principe, donc stérile ; ensuite, la généralité est insusceptible de faire l'objet d'une division aussi tranchée que celle proposée par Boulanger parce qu'elle est graduelle et continue ; enfin, la généralité n'est pas une vertu enviable pour un principe mais un vice qui affecte sa normativité ».

¹⁶¹ P. MORVAN, *op.cit.*, p. 289 : « Une foi excessive envers le donné rationnel et un abus d'abstraction conceptuelle, en droit privé, peuvent ruiner la vigueur d'un principe en la détachant totalement de la réalité. De purs concepts rationnels sont couramment revêtus de la dénomination de "principe". La littérature juridique abonde de principes de causalité, d'indivisibilité, de proportionnalité, d'indisponibilité, d'unité, d'égalité... Or, en cet état d'abstraction extrême, ils ne recèlent aucune substance normative. Une habitude méthodologique doit être adoptée. Le concept, catégorie a priori de la raison pure, élément du donné rationnel, ne doit pas être qualifié de "principe" tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une concrétisation précise de sa signification dans une institution juridique particulière, tant qu'une portée effective ne lui a pas été assignée dans un secteur étroit du droit positif ».

¹⁶² P. MORVAN, *Ibidem*.

A. L'égalité des actionnaires

43. Certains auteurs prônent l'existence d'un principe consubstantiel au droit des sociétés en vertu duquel l'égalité devrait être respectée entre actionnaires. C'est d'ailleurs avec cette idée, selon laquelle le droit des sociétés contemporain serait gouverné par un principe d'égalité des actionnaires, que débute le rapport de présentation de la loi du 12 juillet 1994¹⁶³ autorisant le versement de primes de fidélité à certaines actions nominatives des sociétés commerciales¹⁶⁴. L'affirmation frappe par sa fermeté : « *Le principe d'égalité entre actionnaires constitue la pierre angulaire de notre droit des sociétés* »¹⁶⁵. Le principe serait à ce point inhérent à la matière, que toutes les exceptions seraient limitativement prévues par le législateur. Les dérogations à l'égalité des actionnaires prévues par la loi du 24 juillet 1966 sont alors énumérées dans le rapport : l'article 175 de cette loi a prévu la possibilité d'attribuer un droit de vote double à toutes les actions détenues nominativement par le même actionnaire depuis 2 ans et l'article 177 permet de limiter le nombre de voix aux assemblées. Au sujet de ces deux premières exceptions, il est précisé qu'elles ne contreviennent en rien au principe d'égalité, puisque ces droits ou limitations s'appliquent à tous les actionnaires¹⁶⁶ : il n'y a pas de dissimilitude de traitement entre eux. Troisième exception mentionnée, la seule possibilité d'attribuer un dividende non proportionnel serait, jusqu'à cette loi, le recours aux avantages particuliers par la création d'actions de priorité conformément aux prescriptions de l'article 269¹⁶⁷. C'est dans

¹⁶³ Loi n°94-578 du 12 juillet 1994.

¹⁶⁴ Le texte proposé est le suivant : « *Article 347 bis.- Sous réserve des dispositions de l'article 269, le droit au dividende attaché aux actions est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent. Toute clause contraire est réputée non écrite. « Toutefois une majoration de dividende peut être attribuée par les Statuts, à titre de prime de fidélité, à toute personne physique au titre des actions pour lesquelles elle justifie le 31 décembre d'une inscription nominative depuis deux ans au moins et du maintien de cette inscription nominative à la date de mise en paiement du dividende. Le taux de cette majoration de dividende est fixé, pour chaque exercice, par l'Assemblée Générale Ordinaire chargée d'en approuver les comptes. Ce taux ne peut toutefois pas être supérieur à 30 % et le montant total des majorations de dividende ainsi versées ne peut pas être supérieur à 10 % du montant total des dividendes distribués au titre du même exercice. « Tout dividende versé en violation de ces dispositions est un dividende fictif ».*

¹⁶⁵ V. le rapport du sénateur E. DAILLY lors de la présentation de la proposition de la loi du 12 juillet 1994 : *Proposition de loi n°292*, déposée au Sénat le 5 mai 1993 : « *Le principe de l'égalité entre les actionnaires constitue la pierre angulaire de notre droit des sociétés. Même s'il ne se trouve pas formulé, en tant que tel, dans la loi du 24 juillet 1966 sur les Sociétés Commerciales, c'est bien ce principe qui la sous-tend. Son article 183 précise en effet que le droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation de capital s'exerce proportionnellement au montant des actions détenues par chaque actionnaire. Quant à son article 228, il fait d'ailleurs plus généralement obligation aux Commissaires aux Comptes de veiller "à ce que l'égalité a été respectée entre les actionnaires". C'est si vrai que lorsqu'elle admet une dérogation quelconque à ce principe, fut-elle non patrimoniale, cette loi du 24 juillet 1966 l'autorise expressément* ».

¹⁶⁶ Rapport du Sénateur E. DAILLY, *op.cit.* : « *Encore faut-il observer que ces autorisations particulières respectent, l'une comme l'autre, le principe de l'égalité de traitement des actionnaires car tous ceux d'entre eux qui se sont soumis aux contraintes qui commandent l'obtention du droit de vote double bénéficient de ce droit, de même que tous les actionnaires voient l'exercice de leur droit de vote limité par le même seuil* ».

¹⁶⁷ Pour une critique de cette position v. *infra*, n°91 et s.

l'optique de respecter le principe d'égalité, et donc de prévoir strictement ses exceptions, qu'est rédigée et justifiée la proposition de loi¹⁶⁸. Néanmoins, la rédaction définitive de l'article en cause ne fera, contrairement à la proposition de loi¹⁶⁹, plus référence à l'exception prévue par le recours aux actions de priorité pour attribuer un dividende non proportionnel et se contentera d'intégrer dans le Code de commerce la possibilité d'attribuer un dividende majoré sous certaines conditions¹⁷⁰ lorsque les statuts l'auront prévu¹⁷¹.

L'importance de l'égalité actionnariale est souvent affirmée par la doctrine. Ainsi, de manière tout aussi tranchée que le rapport précédemment évoqué, on affirme que « *l'égalité des droits des actionnaires est un principe cardinal du droit des sociétés. Il paraît certes ébranlé par la construction de la SAS et par l'invention des actions de préférence. Mais il n'en reste pas moins planté au cœur du droit des sociétés* »¹⁷². Le silence du législateur sur ce principe serait d'ailleurs un « *signe sans doute que ce thème touch(ait) à un des fondements du droit des sociétés* »¹⁷³.

Retenant une acception analogue du principe d'égalité, un autre auteur, alors qu'il traite de la question des actions à droit de vote double, indique que les dérogations à la règle de proportionnalité entre la détention de capital et les droits de vote doivent en tout état de cause

¹⁶⁸ Rapport du Sénateur E. DAILLY, *Proposition de loi n°292*, déposée au Sénat le 5 mai 1993, *op.cit.*, p. 5 : « *Face à ces détournements de la loi de 1966, face aux menaces qu'ils font peser sur le Marché de la Place de Paris et finalement sur les petits actionnaires eux-mêmes, la sagesse commande non seulement de ne rien modifier à cet égard à la loi du 24 juillet 1966 mais de confirmer dans cette loi que, sauf à se fonder sur l'article 269, il ne peut être octroyé aux actions aucune majoration de dividende qui ne serait pas accordée à toutes les autres actions. La sagesse commande aussi de préciser que toute clause contraire est réputée non écrite. Tel est l'objet du premier alinéa de l'article 347 bis nouveau que l'article Unique de la présente Proposition de Loi vous propose d'insérer dans la loi du 24 juillet 1966* ».

¹⁶⁹ Sur l'analyse de la loi v. notamment B. PETIT et Y. REINHARD, « Dividendes majorés », *RTD Com.*, 1994, p. 730 : « *Cette innovation avait suscité un certain nombre de critiques, et notamment celle de Monsieur le Sénateur Dailly qui la tenait pour contraire au principe d'égalité des actionnaires et dangereuse pour la société.* » *Le législateur n'a pas partagé cette analyse et a considéré que la création d'un dividende privilégié constituait un mode licite de fidélisation des actionnaires* ».

¹⁷⁰ Pour une étude approfondie de cette disposition v. n°182 et s.

¹⁷¹ Art. 347-2 du Code de commerce dans sa rédaction en vigueur au 13 juillet 1994 : « *Une majoration de dividende dans la limite de 10 p. 100 peut être attribuée par les statuts à tout actionnaire qui justifie, à la clôture de l'exercice, d'une inscription nominative depuis deux ans au moins et du maintien de celle-ci à la date de mise en paiement du dividende. Son taux est fixé par l'assemblée générale extraordinaire. Dans les sociétés inscrites à la cote officielle ou au second marché d'une bourse de valeurs, le nombre de titres éligibles à cette majoration de dividende ne peut excéder, pour un même actionnaire, 0,5 p. 100 du capital de la société. La même majoration peut être attribuée, dans les mêmes conditions, en cas de distribution d'actions gratuites. Cette majoration ne peut être attribuée avant la clôture du deuxième exercice suivant la modification des statuts* ».

¹⁷² M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », *Études de droit privé offertes à Paul DIDIER*, Economica, 2008, p. 189.

¹⁷³ *Ibidem*.

respecter « *le principe supérieur d'égalité entre actionnaires* »¹⁷⁴. Pour ce dernier, la conséquence de cette obligation de respecter une égalité entre les actionnaires est qu'on « *ne saurait admettre, par exemple, que des actions de préférence se voient accorder des droits de vote sans lien avec la quotité de capital que ces actions de préférence représentent* »¹⁷⁵. Il précise néanmoins que le principe d'égalité dont il est question permet de traiter différemment « *ceux qui sont objectivement dans des situations différentes* »¹⁷⁶. Il s'agit alors pour lui de combiner les deux acceptions du principe d'égalité : celui-ci ne s'applique que dans le cadre des sociétés par actions dans les relations entre actionnaires¹⁷⁷ et permet néanmoins d'accorder des droits différents à des actionnaires qui ne se trouveraient pas dans une situation semblable¹⁷⁸.

Pour d'autres, si le fait de prôner une égalité entre actionnaires semble, de prime abord, aller à l'encontre du fonctionnement de la société par actions où l'*intuitus personae* n'occupe que peu de place¹⁷⁹, l'exigence de respecter une égalité entre actionnaires tiendrait au caractère démocratique de la société par actions. Ainsi, au même titre que l'égalité des droits des citoyens devrait être respectée dans le cadre étatique, les actionnaires devraient bénéficier d'un traitement égalitaire au sein de la société à laquelle ils sont parties¹⁸⁰.

Pour d'autres encore, l'importance du principe est telle qu'ils le qualifient de « *vertu d'ordre politique* » qui, bien que n'obligeant pas à réserver un traitement uniforme ou identique

¹⁷⁴ A. REYGROBELLET, « Proportionnalité entre capital et contrôle : faut-il interdire toute dérogation au principe “ une action = une voix ” ? », *RTDF*, 2007, n°3, p. 106 : « *Sur le fond il importe que les dérogations respectent deux exigences fondamentales. (...) Il faut ensuite qu'elles respectent le principe supérieur d'égalité entre actionnaires, selon l'exigence rappelée à l'article 4 de la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 (« La société veille à assurer l'égalité de traitement de tous les actionnaires qui se trouvent dans une situation identique en ce qui concerne la participation et l'exercice des droits de vote à l'assemblée générale »)* ».

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ A. REYGROBELLET, *art.cit.*, p. 104 : « *Le principe d'égalité, dont procède la règle de proportionnalité, n'impose pas de traiter identiquement ceux qui sont objectivement dans des situations différentes* ».

¹⁷⁷ Et non entre les actions.

¹⁷⁸ Puisque dans ce dernier cas les différences de traitement respecteraient bien le principe d'égalité entre actionnaires.

¹⁷⁹ CI-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, *op.cit.*, p. 6 : « *L'affirmation d'une égalité entre les actionnaires est directement contraire à l'esprit des sociétés de capitaux qui fait peu de place à l'intuitu personae* ».

¹⁸⁰ CI-M. RUFIN, *op.cit.*, *loc.cit.* : « *Le fondement de l'égalité entre actionnaires repose, plus sûrement, sur le caractère démocratique de la société que sur la considération de la personne de l'apporteur de capitaux. L'assimilation de la société par actions à une démocratie politique, soumise à la loi de la majorité, implique une égalité entre les actionnaires. À l'égalité des droits des citoyens dans l'État, doit correspondre une égalité entre les actionnaires. Dans cette conception, l'égalité apparaît comme un droit individuel des actionnaires qu'il est nécessaire de concilier avec la nature de la société par actions* ».

aux associés¹⁸¹, doit être respecté puisqu'il est fait référence au risque de « *rupture d'égalité entre actionnaires* »¹⁸² dans le cadre de l'attribution d'avantages particuliers. Ainsi, le lecteur est conduit à croire en l'existence d'une règle suivant laquelle une égalité entre actionnaires doit en principe être respectée, les dispositions contraires ne constituant que des exceptions¹⁸³. Cependant, si l'idée d'une limitation du champ d'application de la notion aux seules sociétés par actions est séduisante en ce que la liberté serait entière à l'égard des autres formes sociales, une acception actionnariale et abstraite de l'égalité n'est pas la seule à être prônée.

B. L'égalité in concreto

Un grand nombre d'auteurs rapprochent le principe d'égalité en droit des sociétés du principe constitutionnel d'égalité pour en expliquer ses modalités d'application. On pourra dans un premier temps évoquer les conditions de mise en œuvre du principe constitutionnel telles que rappelées en 1996 par le Conseil d'État dans son rapport annuel consacré au principe d'égalité¹⁸⁴ (1), pour ensuite voir les conséquences qu'en tirent les auteurs sur son champ d'application en droit des sociétés (2).

1. Modalités d'application du principe constitutionnel d'égalité

44. Le principe d'égalité, dans son acception constitutionnelle, est appréhendé de manière relative et non absolue. Il n'impose pas que les individus soient toujours traités de la même manière quelles que soient les circonstances. L'application abstraite et absolue d'un tel principe conduirait en effet à mettre en place de réelles inégalités s'il n'était pas tenu compte des spécificités de situation des individus. Il paraît ainsi relativement évident, au nom du principe d'égalité, que deux situations dissemblables ne pourront recevoir le même traitement.

¹⁸¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 30^{ème} éd., Lexis Nexis, 2017, p. 206, §471 : « *Le principe d'égalité est une vertu d'ordre politique encore qu'elle n'ait pas la même portée qu'en droit constitutionnel. En droit des sociétés, l'égalité ne se confond ni avec l'uniformité ni avec l'identité, ce qui signifie que l'étendue des droits et obligations de chacun des associés, comme l'équilibre existant entre eux, peuvent être variables d'un associé à l'autre* ».

¹⁸² M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op.cit.*, p. 311, §721.

¹⁸³ À noter que ces ouvrages ne précisent pas les fondements d'un principe d'égalité, de fait l'appréhension de ce dernier est complexifiée.

¹⁸⁴ *Rapport public du Conseil d'État, 1996, Considérations générales : Sur le principe d'égalité*, EDCE, n°48, 1997.

Dans son rapport annuel pour 1996¹⁸⁵, le Conseil d'État rappelle quelles modalités d'application de ce principe ont été retenues pour pallier aux difficultés liées à la généralité d'un concept qui, d'une nature abstraite, a vocation à s'appliquer à « *l'homme concret dont la situation économique et sociale peut justifier un traitement différencié* »¹⁸⁶. Trois règles se dégagent pour permettre une mise en œuvre efficace de ce principe.

45. Tout d'abord, l'existence d'un principe d'égalité interdit d'opérer certaines distinctions. Dans ces cas spécifiquement énumérés, les différences de traitement seront interdites dans toutes circonstances et l'égalité devra donc s'appliquer de manière générale et identique à tous les sujets de droit. Il s'agit d' « *interdictions fondamentales* »¹⁸⁷ où la règle est d'application générale puisque la personne abstraite, dans sa généralité, est en cause, contrairement aux adaptations qui sont possibles dans les autres cas où le sujet de la règle est la personne concrète, avec ses spécificités économiques et sociales¹⁸⁸. L'exemple le plus parlant de ces distinctions interdites se trouve dans la prohibition des discriminations fondées sur l'origine, la race ou la religion formulée dans l'article 1^{er} de la Constitution de 1958¹⁸⁹. Cette première règle d'application d'un potentiel principe d'égalité en droit des sociétés ne pose pas de difficultés particulières. En effet, ces interdictions fondamentales sont formellement édictées par le législateur et, si elles peuvent poser des problèmes dans leur mise en œuvre concrète, elles n'ont pas fait l'objet d'une analyse spécifique par la doctrine pour expliquer l'application du principe d'égalité au sein d'une société.

¹⁸⁵ Rapport public du Conseil d'État, 1996, *Considérations générales : Sur le principe d'égalité*, EDCE, n°48, 1997.

¹⁸⁶ Rapport public du Conseil d'État, *op.cit.*, p. 39 : « *La réflexion sur l'égalité conduite depuis le siècle des Lumières par le philosophe, le constituant, le législateur, le gouvernant et le juge, a façonné le principe qui irrigue encore aujourd'hui notre État de droit. Mais le succès même de cette construction juridique soulève des difficultés ; car comment appliquer le même principe à l'homme non seulement en sa qualité d'être universel, sujet de droit naturel, mais aussi en sa qualité de citoyen, sujet de droit politique, et enfin, en celle d'homo economicus, sujet de droit économique et social ? (...) D'un côté se trouve l'homme abstrait auquel le principe d'égalité s'applique sans distinction, de l'autre se trouve l'homme concret dont la situation économique et sociale peut justifier un traitement différencié* ».

¹⁸⁷ Rapport public du Conseil d'État, *op.cit.*, p. 39.

¹⁸⁸ Rapport public du Conseil d'État, *op.cit.*, p. 41 : « *Le faible nombre de décisions juridictionnelles relatives à ces interdits constitutionnels confirme que le droit public français "s'attache à la généralité de la règle là où la personne est en cause" alors que, comme on va le voir, "il s'adapte au concret là où il se trouve en présence des hommes face à leur travaux et à leur peine"* » (citations de J. RIVERO, *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français, Travaux de l'association Henri Capitant*, 1961, p. 360).

¹⁸⁹ Constitution du 4 octobre 1958, Art. 1^{er}. Al. 1^{er} : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée* » ; cet article connaît d'ailleurs un pendant pénal à l'article L. 225-1 du Code pénal (définition de la discrimination) et aux articles suivants pour les peines encourues.

46. Ensuite, et cela constitue le point d'ancrage de la réflexion doctrinale en droit des sociétés, le principe d'égalité admet certaines disparités de traitement qui seraient acceptables en raison de la différence de situation¹⁹⁰. Le fait que des normes différentes puissent s'appliquer à des situations dissemblables, et donc que le principe d'égalité ne soit potentiellement rompu qu'à l'égard de choses égales d'ailleurs, implique cependant de pouvoir caractériser la différence de situation. À cette fin, un certain nombre de conditions ont été précisées par la jurisprudence¹⁹¹. Ainsi, comme le rappelle le Conseil d'État dans son rapport, il est nécessaire que la différence de situation en cause soit objective et rationnelle¹⁹², qu'elle soit assez nette pour justifier une différence de traitement¹⁹³, sachant que la différence de traitement doit être proportionnée et en rapport avec le sujet ou l'objectif du texte qui l'établit¹⁹⁴. Il convient dès lors de noter que l'acceptation de la disparité de traitement pour des situations dissemblables n'entraîne aucunement une obligation d'instaurer une différenciation de traitement pour des situations différentes, et il sera ainsi permis de traiter de manière égale des situations différentes. La seule obligation est celle de traiter de la même façon des situations semblables, et non celle d'instaurer une différence de traitement.

47. Enfin, certaines différences de traitement sont justifiées par l'intérêt général puisque certaines « considérations supérieures à l'égalité peuvent justifier que certaines personnes (...) soient favorisées par rapport à d'autres pourtant placées dans la même situation »¹⁹⁵. Cet aspect de l'application du principe d'égalité n'a été que rarement analysé par la doctrine commercialiste pour justifier l'existence d'un principe d'égalité en droit des sociétés. Il est vrai que ce concept n'est que subsidiaire dans l'application du principe d'égalité puisque difficile à définir et « imprécis dans son contenu »¹⁹⁶ d'un point de vue constitutionnel. De ce fait, le

¹⁹⁰ CE, Sect., 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*, Lebon, p. 222.

¹⁹¹ *Rapport public du Conseil d'État*, op.cit., p. 41 : « Une abondante jurisprudence, administrative, constitutionnelle et communautaire, est venue préciser les conditions et limites d'une telle prise en compte des différences de situation ».

¹⁹² *Ibidem.* : « Ce critère, comme d'ailleurs les suivants, vise à assurer la sécurité juridique des personnes et à les protéger de l'arbitraire ».

¹⁹³ *Rapport public du Conseil d'État*, op.cit., p. 42 : le Conseil d'État rappelle ici que « L'appréciation de ce degré ou cette nature de différenciation est évidemment délicate car elle ne peut résulter d'un barème général ».

¹⁹⁴ *Rapport public du Conseil d'État*, op.cit., p. 41 et 42.

¹⁹⁵ *Rapport public du Conseil d'État*, op.cit., p. 43.

¹⁹⁶ *Rapport public du Conseil d'État*, op.cit., p. 44 : « Il demeure cependant imprécis dans son contenu, voire dans ses termes mêmes. On peut d'ailleurs le soupçonner d'entretenir volontairement cette indétermination afin de s'adapter à chaque époque. L'intérêt général exprime en effet les valeurs ou les grands objectifs d'une collectivité ; or ceux-ci évoluent avec le temps ».

parallèle avec le fonctionnement de la société n'est pas évident et rend délicate son application en la matière.

2. *Un principe d'égalité en droit des sociétés mais d'application in concreto*

Un article publié en 1989¹⁹⁷ décrit avec précision la réception par le droit des sociétés du concept d'égalité tel que conçu en droit constitutionnel. Pour son auteur, et contrairement à la position de ceux précédemment cités, il s'agit d'un principe dont le champ d'application n'est pas limité aux actionnaires mais qui se rattache à l'ensemble du droit des sociétés ; le critère limitant étant celui de la similitude ou non des situations en cause. La démonstration proposée se déroule en deux temps, avec dans un premier temps une argumentation sur l'existence d'un principe d'égalité qui transcenderait le droit des sociétés, puis l'explication des limites à ce principe.

48. Aux termes de ce raisonnement, il existe bien un principe d'égalité en droit des sociétés¹⁹⁸ qui, bien que non formulé directement par le législateur, transparait dans de nombreuses dispositions applicables à ce pan du droit. Au titre des règles qui s'inspireraient du principe d'égalité, sont invoquées : la législation afférente aux conventions dites règlementées dans les SARL et les SA¹⁹⁹, la répression des délits d'initiés ayant pour objectif de sanctionner les inégalités de savoir²⁰⁰, l'égalité dans l'information des associés permettant un vote éclairé de ceux-ci²⁰¹, l'égalité dans le droit de vote consacrée par l'article 1844 du Code civil et qui serait d'ordre public²⁰², l'égalité proportionnelle et supplétive dans la répartition des bénéfices et des pertes²⁰³ ainsi que le droit préférentiel de souscription²⁰⁴. L'existence de ce principe serait également confortée par la jurisprudence relative aux abus de biens sociaux dans les groupes de sociétés et aux abus de majorité ou de minorité²⁰⁵.

¹⁹⁷ J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés – aspects de droit privé », *Revue des sociétés*, 1989, p. 399 et s.

¹⁹⁸ J. MESTRE, *art.cit.*, p. 400 « *notre droit contemporain des sociétés s'inspire donc bien d'un principe d'égalité* », p. 405 : « *Le principe d'égalité paraît bien être ici un principe général de notre droit des sociétés* ».

¹⁹⁹ J. MESTRE, *art.cit.*, p. 400.

²⁰⁰ J. MESTRE, *art.cit.*, p. 401.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ J. MESTRE, *art.cit.*, p. 402.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ J. MESTRE, *art.cit.*, p. 403 et s.

Après avoir démontré l'existence d'un tel principe, l'auteur s'interroge sur la portée réelle de celui-ci au sein de la société. Cette dernière, présentée comme la « *terre d'élection* » de l'égalité, n'est pas soumise de manière générale à ce principe, lequel voit sa portée limitée notamment à deux égards²⁰⁶. D'une part, le principe d'égalité n'interdit pas des disparités de traitement lorsque celles-ci auraient pour assise l'intérêt général²⁰⁷. Il s'agit de la mise en pratique directe de la troisième modalité d'application du principe telle que présentée par le Conseil d'État en 1996. Cette limite justifierait les dispositions de la loi du 6 août 1986 sur les privatisations des entreprises d'État²⁰⁸. Selon cette loi, une action ordinaire détenue par l'État pouvait être transformée en action spécifique qui permettait au Ministre de l'économie d'agréer certains actionnaires, ainsi que de céder les titres selon une procédure simplifiée en contrepartie d'un engagement pour les cessionnaires de conserver les titres un certain temps « *si la protection des intérêts nationaux* » l'exigeait²⁰⁹.

49. D'autre part, le principe d'égalité ne trouve à s'appliquer qu'à l'égard de situations semblables. En effet, « l'autre limite que connaît le principe d'égalité, c'est que celui-ci ne s'oppose pas, selon une formule du Conseil constitutionnel qui est également celle du juge administratif, à ce que le droit règle de façon différente des situations différentes »²¹⁰. Pour l'auteur, l'égalité doit donc être appréciée « *in concreto*, au regard de la situation particulière de chacun »²¹¹. Ainsi, la plupart des dispositions du droit des sociétés qui paraissent, de prime abord, consacrer des inégalités, ne heurteraient pas ce principe, puisqu'il s'agirait en réalité de « *fausses inégalités* »²¹². À ce titre, selon cet auteur, le principe n'est pas remis en cause dans son existence par la mise en place d'avantages particuliers, puisque ceux-ci seraient attribués à un actionnaire « *uniquement parce qu'il a rendu des services particuliers lors de la constitution*

²⁰⁶ J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés – aspects de droit privé », *art.cit.*, p. 406 : « *Ceci étant, même au sein de la société qui est sa terre d'élection, le principe d'égalité n'est pas sans limites. Et il convient ici d'en évoquer deux, importantes* ».

²⁰⁷ J. MESTRE, *art.cit.*, p. 406 : « *La première est que ce principe n'empêche quand même pas des inégalités qui se fonderaient sur l'intérêt général. On retrouve ainsi, d'une certaine façon, l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen lorsqu'il admet des distinctions reposant sur « l'utilité commune »* ».

²⁰⁸ J. MESTRE, *art.cit.*, p. 406.

²⁰⁹ Loi n°86-912 du 6 août 1986, art. 10, I : « *Postérieurement au décret visé au premier alinéa du paragraphe II de l'article 2 de la loi de privatisation n°93-923 du 19 juillet 1993 et préalablement à la saisine de la commission de la privatisation, un décret détermine, pour chacune des entreprises mentionnées à l'article 2 de la loi de privatisation n°93-923 du 19 juillet 1993, si la protection des intérêts nationaux exige qu'une action ordinaire de l'État soit transformée en une action spécifique assortie de tout ou partie des droits définis ci-dessous. Dans l'affirmative, ledit décret prononce également cette transformation* ».

²¹⁰ J. MESTRE, *art.cit.*, p. 407.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

de la société »²¹³. L'actionnaire se trouvant dans une situation différente de celle d'un actionnaire « ordinaire », le fait de lui attribuer des droits particuliers ne romprait pas l'égalité qu'il y a entre eux. Celui recevant « plus » aurait apporté plus à la société. Le raisonnement de l'auteur est le même pour les droits de vote double, lesquels seraient la juste contrepartie de la fidélité de l'actionnariat avec, pour preuve de l'attachement du législateur à l'égalité, le fait que ce droit doit être accordé également à toutes les actions qui remplissent les mêmes conditions²¹⁴.

50. En revanche, certaines dispositions ne pourraient pas être justifiées par l'existence d'une différence de situation de l'associé qui en bénéficierait et seraient donc de véritables ruptures du principe d'égalité. Il en serait ainsi des actions de priorité pour lesquelles « *l'égalité s'efface alors devant une plus grande souplesse de notre droit, sensible à l'intérêt de la société elle-même et donc soucieux de donner à cette dernière les moyens financiers de se redresser ou de se développer* »²¹⁵. Au titre des dispositions qui constitueraient de véritables inégalités, l'auteur fait également référence à la répartition des bénéfices et des pertes non proportionnelle à la détention de capital, que permet l'article 1844-1 du Code civil²¹⁶. Seules les différences concrètes de situation justifieraient, selon l'auteur, un traitement différent. À défaut, les aménagements constitueraient de vraies ruptures du principe d'égalité.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés – aspects de droit privé », *art.cit.*, « Ainsi en est-il des actions à droit de vote double, que la loi permet aux statuts ou à l'assemblée générale extraordinaire de prévoir au profit des actions entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis au moins deux ans, au nom d'un même actionnaire. L'objectif poursuivi est, en effet, à travers elles, de récompenser les actionnaires fidèles par rapport aux spéculateurs qui cherchent des réalisations rapides. Et la meilleure preuve que l'égalité n'est pas alors indifférente au législateur est que l'article 175 de la loi de 1966 précise bien que toutes les actions qui remplissent les conditions légales doivent être traitées, à cette occasion, de la même manière ».

²¹⁵ J. MESTRE, *art.cit.*, p. 408.

²¹⁶ J. MESTRE, *art.cit.*, p. 408 : « On peut aussi songer à la jurisprudence relative à la répartition entre associés des bénéfices et des pertes. On sait que, en ce domaine, la loi prohibe les clauses léonines mais, sous cette réserve, les tribunaux font preuve d'une grande souplesse et, en particulier, ne posent aucune exigence de parallélisme entre la répartition des bénéfices et la contribution aux pertes(...). Certes, une telle inégalité pourra, en fait, trouver sa source dans des situations différentes : l'associé privilégié sera ainsi plus impliqué que les autres dans la vie sociale ou encore aura dû accorder son cautionnement en garantie des dettes de la personne morale. Mais une telle différence de situation n'apparaît pas, en toute hypothèse, dans la jurisprudence comme une condition de validité des répartitions inégalitaires ».

Cette analyse du principe d'égalité en droit des sociétés s'est imposée et a directement été reprise par la plupart des auteurs²¹⁷. C'est aussi cette conception du principe d'égalité, dont la portée doit être appréciée *in concreto*, qui semble parfois retenue par la jurisprudence²¹⁸. Ainsi, la Chambre commerciale dans un arrêt en date du 15 février 1994 a reconnu la validité d'une clause de préemption statutaire réservée à certains associés car celle-ci n'avait été accordée qu'à eux « *en raison de leurs engagements personnels au profit de la société* »²¹⁹. Sans invoquer directement la règle, la Cour semble légitimer, par une dissemblance de situation, le traitement préférentiel des actionnaires qui bénéficient de la clause de préemption par rapport à ceux qui ne pouvaient s'en prévaloir. Il est alors fait application d'une égalité appréciée *in concreto*²²⁰.

²¹⁷ En ce sens v. notamment Cl. FERRY, R. CANNARD et M. CRETTE, « Les actions de priorité », *art.cit.*, p. 4 : « Le principe d'égalité entre les associés est un des principes fondamentaux de notre droit des sociétés, qui s'impose au législateur comme au juge judiciaire. Cependant, ce principe ne s'oppose pas, selon une formule du conseil constitutionnel, qui est également celle du juge administratif, à ce que le droit règle de façon différente des situations différentes. Autrement dit, selon le Professeur J. Mestre, l'égalité ne doit pas être conçue *in abstracto*, elle doit au contraire s'apprécier *in concreto*, au regard de la situation particulière de chacun » ; Y. GUYON, « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré », *art.cit.*, p. 1 : « le principe d'égalité, (il) n'oblige à traiter de manière identique que des personnes en situation semblable. Il ne fait pas obstacle, comme le rappelle constamment le Conseil constitutionnel, à ce que des situations différentes fassent l'objet de solutions différentes » ; Ph. LEDOUX, « La nature de la préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°1, p. 1219 : « En réalité, il n'est contesté par personne que l'égalité des actionnaires s'apprécie de façon relative, et que rien n'interdit de traiter différemment des actionnaires qui ne se trouvent pas dans des situations comparables » ; S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés – les connexions radicales*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, tome 378, 2002, p. 107 §211 et S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 125, §13 dans les mêmes termes : « Le principe d'égalité entre associés ne s'opposerait pas, selon une formule du Conseil constitutionnel, à ce que le droit règle de façon différente des situations différentes. Cette solution n'est qu'une illustration du principe plus général d'égalité devant la loi, qui n'interdit pas de soumettre certaines catégories de personnes à un régime particulier, en raison des particularités de leur situation (...) ».

²¹⁸ Il convient de noter ici que l'arrêt auquel il est fait référence ne parle à aucun moment d'une nécessité de respecter le principe d'égalité entre actionnaires et qu'il s'agit donc bien d'une interprétation de la solution rendue par la Cour de cassation.

²¹⁹ Cass. Com., 15 février 1994, n°92-12.330 : « Mais attendu qu'ayant relevé que le rapport du commissaire aux apports, chargé d'apprécier les avantages particuliers stipulés au profit de certains actionnaires, indiquait "au surplus, il est demandé aux associés d'accorder un droit préférentiel sur le rachat des actions attribuées à la SDRN à MM. B.. et X.. qui se sont portés caution hypothécaire de la société SETEC", la cour d'appel a pu décider que la décision de l'assemblée générale ne constituait pas un acte modifiant le pacte de rachat extra-statutaire conclu entre la société SDRN et quatre actionnaires de la société SETEC, mais avait pour objet l'attribution à deux actionnaires, en raison de leurs engagements personnels au profit de la société, d'un droit de préemption statutaire s'imposant à l'ensemble des actionnaires ; que le moyen n'est pas fondé », note D. VERLARDOCCIO, *Bull. Joly Sociétés*, 1994, p. 508.

²²⁰ En ce sens v. S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 125 : « L'égalité entre associés est ainsi entendue *in concreto*, autorisant à accorder un régime plus avantageux à des associés qui auraient apporté une contribution particulière à la société. C'est dans de telles conditions que la Cour de cassation a admis la validité d'une clause de préemption qui ne s'appliquaient qu'à certains actionnaires (...). La Cour de cassation a relevé que les actionnaires bénéficiaires de la clause avaient rendu un service particulier à la société en lui apportant leur garantie personnelle. L'arrêt a consacré la validité des clauses de préemption accordées uniquement à une catégorie limitée d'actionnaires, sous réserve que les bénéficiaires aient occupé au sein de la société une place extraordinaire. Cette condition peut être présentée comme le critère de validité de ces clauses. La jurisprudence a ainsi consacré un principe d'égalité appréciée *in concreto* qui oblige à accorder des prérogatives égales aux actionnaires en situation égale ».

51. Alors que la plupart des auteurs se rangent derrière cette analyse du principe, d'autres s'en détachent, soit qu'ils émettent des réserves sur l'application concrète de cette règle, soit qu'ils analysent un plus grand nombre de solutions comme se rattachant aux « *fausses inégalités* » énoncées par l'auteur.

52. Pour certains, en effet, si « rien ne s'oppose à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes [...] encore faut-il ne pas créer artificiellement ces différences de situations »²²¹. La mise en garde peut sembler oiseuse. Néanmoins, elle attire l'attention sur une problématique inhérente à la question de la mise en œuvre de l'égalité *in concreto* et qui prend une coloration toute particulière en droit des sociétés. L'application de la règle à des situations concrètes n'est pas toujours aisée en ce sens qu'il convient de prendre en compte divers critères pour pouvoir considérer que deux situations sont dissemblables, afin que la rupture d'égalité de traitement soit légitime. Or, « le principe d'égalité entre actionnaires est un principe que chacun s'efforce de saluer respectueusement tout en songeant aux manières de le contourner »²²². Le risque est que, conscient de se trouver face à des situations semblables qui appelleraient un traitement équivalent, les associés montent de toute pièce une dissemblance de situation afin de justifier un traitement différencié. Partant, la réserve consiste à dire que si l'application *in concreto* de l'égalité semble bien devoir être retenue, celle-ci doit faire l'objet d'une mise en œuvre très stricte et ne pas permettre trop aisément la mise en place de régimes différents entre les actionnaires : il faut veiller à ce que la différence de situation soit objective et non fabriquée de toute pièce pour légitimer la dissimilitude de traitement.

53. Pour d'autres, en revanche, l'appréciation *in concreto* de l'égalité en droit des sociétés, loin de devoir être strictement limitée dans son application, permet de légitimer un nombre plus important de dispositions qui semblent établir un traitement différencié des associés. À ce titre, alors que certains ne trouvaient pas dans cette règle la justification des actions de priorité²²³, d'autres auteurs considèrent au contraire que l'article 269 de la loi du 24 juillet 1966 relatif aux

²²¹ Fr. POLLAUD-DULIAN, « La querelle du dividende majoré, un aspect du principe d'égalité dans le droit des sociétés cotées en bourse », *art.cit.* : « Le principe d'égalité entre les actionnaires nous paraît fondamental en droit des sociétés. Il a été progressivement mis en évidence par la jurisprudence, le législateur et le Conseil constitutionnel (...). Comme le souligne le Conseil constitutionnel cependant, « rien ne s'oppose à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ». Qu'à des situations différentes, les statuts fassent éventuellement correspondre des conditions différentes, soit : encore faut-il ne pas créer artificiellement ces différences de situations ».

²²² A. COURET, « Le retour du débat sur le droit de vote double », *Droit des sociétés*, 2013, n°11, ét. 22.

²²³ V. *supra* n°49.

actions de priorité²²⁴ constitue une application directe de la règle « *qui n'interdit pas de faire un sort distinct à des associés placés dans une situation différente* »²²⁵. Dans le même ordre d'idées, une partie de la doctrine estime que les actions de préférence²²⁶ constituent de *fausses inégalités* puisque « *la préférence octroyée à certains actionnaires est en réalité la contrepartie d'un service ou d'un sacrifice rendu par ailleurs par ceux-ci* »²²⁷. Ainsi, les actions de priorité ou de préférence ne constituent pas, selon ces auteurs, une atteinte au principe d'égalité car elles seraient justifiées par la situation spécifique, extraordinaire, des actionnaires qui en bénéficieraient²²⁸. Par conséquent, le principe recevrait encore application à l'égard de ces titres.

Il transparaît de ces différentes analyses qu'au sein même d'une conception du principe d'égalité, les contours de ce dernier font l'objet de discussions, et que si certains partagent le même avis quant au sujet de l'égalité, son domaine reste incertain. Toutes ces divergences de point de vue sur ce qui devrait, *a priori*, rassembler les auteurs, amènent à considérer une seconde part de l'opinion doctrinale sur l'existence d'un principe d'égalité en droit des sociétés, pour laquelle la notion, si elle n'est pas remise en cause, est largement relativisée.

SECTION II : UN PRINCIPE RELATIVISÉ

Alors que les auteurs précédemment évoqués faisaient référence à une égalité pour laquelle différents domaines d'application étaient retenus, mais dont l'existence n'était

²²⁴ Art. 269 de la loi du 26 juillet 1966 : « *Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes autres actions, sous réserve des dispositions des articles 174 à 177. Il peut de même être créé des actions à dividende prioritaire sans droit de vote dans les conditions prévues aux articles 269-1 à 269-9 sous réserve des dispositions des articles 174 à 177-1* ».

²²⁵ B. PETIT et Y. REINHARD, « Dividendes majorés », *RTD Com.*, 1994, p. 730 : « *le principe d'égalité des actionnaires n'interdit pas de faire un sort distinct à des associés placés dans une situation différente (J. MESTRE, L'égalité en droit des sociétés (Aspects de droit privé), Revue des sociétés 1989, p. 399 ; C. constit. 7 janvier 1988, Revue des sociétés, 1988. 450 et nos obs.). L'article 269 de la loi du 24 juillet 1966, qui autorise la création d'actions de priorité jouissant d'avantages par rapport aux autres valeurs mobilières, confirme du reste cette analyse* ».

²²⁶ Anciennement dénommées actions de priorité.

²²⁷ Ph. LEDOUX, « La nature de la préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1222 : « *en réalité il n'est contesté par personnes que l'égalité des actionnaires s'apprécie de façon relative et que rien n'interdit de traiter différemment des actionnaires qui se trouvent pas dans des situations comparables, notamment parce que les actions qu'ils détiennent appartiennent à des catégories différentes. En sens inverse, l'action de préférence apparaît pleinement cohérente avec les notions de justice distributive et d'égalité proportionnelle qui irriguent le droit des sociétés par actions : la préférence octroyée à certains actionnaires est en réalité la contrepartie d'un service ou d'un sacrifice rendu par ailleurs par ceux-ci* ».

²²⁸ Pour une critique de cette position, v. *infra*, n°81 et s. : il convient dès lors de noter que ni les textes, ni la jurisprudence ne posent en condition d'attribution de ces titres spéciaux une situation spécifique de leurs bénéficiaires.

aucunement relativisée, d'autres émettent plus de réserves sur la réalité du principe. Ces derniers peuvent schématiquement être rangés en deux groupes : il y a d'une part ceux qui estiment que si ce principe existe, il est très relatif en raison des nombreuses exceptions qu'il reçoit (§1) et d'autre part, ceux qui, faisant néanmoins toujours référence à un tel principe, s'interrogent sur sa réalité (§2).

§1. Un principe relativisé dans sa portée

Deux domaines différents d'application du principe d'égalité sont régulièrement retenus par les auteurs. Tantôt le principe est restreint à la seule question des actionnaires, tantôt il est général mais ne doit être conçu qu'eu égard aux situations similaires. Que soit finalement retenu l'un ou l'autre des domaines restreints, la portée du principe est encore limitée par certains en raison de l'existence de dispositions permettant d'y déroger (**A**). En outre, dans une logique similaire à l'application constitutionnelle du principe d'égalité, la similitude de situations doit, pour une partie de la doctrine, être réduite à la question des titres relevant d'une même catégorie (**B**).

A. Un principe limité par de nombreuses exceptions

La première raison qui conduit à penser que l'utilisation du terme de « *principe* » est peut-être un peu forte tient à l'existence de nombreuses dispositions qui permettent la mise en place de régimes différents pour les associés. C'est sur ce terrain qu'une partie de la doctrine relativise la portée du principe d'égalité, dressant des listes de dispositions qui constitueraient autant d'exceptions au prétendu principe.

54. Ainsi, certains auteurs, bien qu'affirmant le caractère essentiel du principe d'égalité alors qu'ils s'interrogent sur la légitimité des actions de priorité, indiquent que ce principe n'est néanmoins pas absolu puisque le législateur a lui-même prévu « *la possibilité de créer des actions donnant plus de droits que les autres* » par le biais de l'article 269²²⁹ de la loi du 24

²²⁹ Art. 269 de la loi du 24 juillet 1966 : « *Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes autres actions, sous réserve des dispositions des articles 174 à 177. Il peut de même être créé des actions à dividende prioritaire sans droit de vote dans les conditions prévues aux articles 269-1 à 269-9 sous réserve des dispositions des articles 174 à 177-1* ».

juillet 1966²³⁰. Pour d'autres la logique est la même, si les actions de priorité mettent à mal le principe d'égalité, celles-ci étant prévues et autorisées par une disposition législative, elles sont justifiées²³¹. La même dérogation au principe est encore relevée par certains qui, pour relativiser la portée du principe d'égalité entre actionnaires au regard des exceptions prévues par le législateur, qualifient les actions de préférence comme étant « *la plus radicale* » d'entre elles²³².

55. Et si ces différents auteurs se réfèrent uniquement aux actions privilégiées au titre des exceptions au principe d'égalité directement prévues par le législateur, d'autres établissent un inventaire des « *différents mécanismes dérogeant à la stricte égalité de traitement* » des actionnaires. Le premier tempérament relevé par ces auteurs est la possibilité offerte par l'article 1844-1 du Code civil de déroger à une répartition des bénéfices et des pertes proportionnelle à la détention de capital. Le second est la faculté laissée aux sociétés par actions de stipuler des avantages particuliers au profit de personnes associées ou non, prévue par les articles 80 et 193 de la loi du 24 juillet 1966. L'exception relative aux actions de priorité de l'article 269 de la même loi et les actions à dividende prioritaire sans droit de vote des articles L. 177-1 et L. 269-1 et suivants de la loi du 13 juillet 1978 constituent encore deux autres illustrations mises en avant. En somme, selon cette doctrine, le principe d'égalité entre actionnaire existe donc bien et en 1996, le législateur a prévu limitativement quatre exceptions à celui-ci²³³.

56. Une liste quelque peu différente et qui n'est, contrairement à la précédente, pas présentée comme exhaustive²³⁴, peut être observée sous d'autres plumes. Après avoir affirmé que « *chaque fois que la loi de 1966 entend admettre une exception au principe d'égalité dans*

²³⁰ Cl. FERRY, R. CANNARD et M. CRETTE, « Les actions de priorité », *art.cit.*, p. 2 : « *A priori, l'existence d'actions de priorité semble en contradiction avec le principe de l'égalité des actionnaires que connaît le droit français. Cependant, ce principe n'est pas absolu et l'article 269 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales prévoit expressément la possibilité de créer des actions donnant plus de droit que les autres* ».

²³¹ J.-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *art.cit.*, p. 4 : « *l'émission d'actions privilégiées heurte directement le principe d'égalité des actionnaires. Néanmoins, la création de telles actions est expressément permise par l'article 269 de la loi du 24 juillet 1966* ».

²³² P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op.cit.*, p. 620, §931 : « *Est-il un principe plus relatif que celui d'égalité entre actionnaires ? L'égalité n'existe pas dans la nature, et celle qu'impose le droit est elle-même source d'inégalité ; de plus, l'égalité quantitative jure avec l'égalité qualitative. Joue-t-elle encore le rôle d'un principe général ? Certains en doutent du fait qu'elle est mentionnée dans des textes particuliers, ce qui en fait une règle d'envergure limitée. Il n'est pas sûr que ce soit la conception du juge français, qui n'hésite pas à se fonder sur le principe alors même que l'effet qu'il en tire n'est pas prescrit par un texte spécial. En revanche, la législation récente multiplie les exceptions, dont les actions de préférence constituent la forme la plus radicale* ».

²³³ Ph. ENGEL et P. TROUSSIÈRE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *art.cit.*, §1 à 6.

²³⁴ En effet, les exceptions présentées par Messieurs ENGEL et TROUSSIÈRE se trouvaient sous la forme schématique « tout d'abord, ensuite, enfin » ; en revanche, Monsieur POLLAUD-DULIAN indique que les exceptions expressément prévues par le législateur sont très nettes « en ce qui concerne le droit de vote » et s'interroge sur le cas du droit au dividende, ce qui semble laisser la liste des exceptions ouvertes selon cet auteur.

[les domaines du droit de vote et des dividendes], *elle le fait de façon expresse* »²³⁵, un auteur précise quelles sont les exceptions prévues par le législateur à l'égard de ces prérogatives. En ce qui concerne le droit de vote, il relève que le droit de vote double est strictement encadré par l'article 175 de la loi du 24 juillet 1966, et qu'il en va de même pour le plafonnement du droit de vote par le biais de l'article 177 ainsi que pour les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, dont l'octroi est encadré par les dispositions de l'article 177-1. S'agissant du droit à dividende, l'auteur écarte l'exception tirée de l'article 1844-1 des dispositions applicables aux sociétés anonymes²³⁶ et considère que la seule exception au principe d'égalité proportionnelle en ce domaine est prévue par l'article 269 de la loi du 24 juillet 1966 consacrant les actions de priorité²³⁷.

B. Un principe limité aux titres d'une même catégorie : du principe au sophisme

57. Dès 1924, CORDONNIER, dans sa thèse consacrée à l'égalité entre actionnaires, considère que s'il est possible de parler d'un principe d'égalité en droit des sociétés, celui-ci ne s'applique qu'à l'égard des actions d'une même catégorie²³⁸. En effet, pour lui l'« *égalité des actionnaires* » dont il est question consacre en réalité « *l'égalité des droits et obligations attachés à chacune des actions d'une même catégorie, et non le traitement égal des actionnaires* »²³⁹. Selon lui, l'expression « *égalité des actionnaires* » est maladroite car, s'il est aisé de comparer les droits et obligations qui sont attachés aux titres, un actionnaire possède

²³⁵ Fr. POLLAUD-DULIAN, « La querelle du dividende majoré, un aspect du principe d'égalité dans le droit des sociétés cotées en bourse », *art. cit.*, §13 et s.

²³⁶ Sur cette question v. *infra*, n°183 et s.

²³⁷ Fr. POLLAUD-DULIAN, *art.cit.*, §15 : « *La loi de 1966 encadre de façon très restrictive la possibilité d'une attribution non proportionnelle des dividendes. Cela signifie, selon nous, qu'en dehors des cas expressément visés par la loi où elle prévoit un système inégalitaire, c'est le principe d'égalité qui doit l'emporter et non un retour à une totale liberté statutaire. En effet, si un recours à l'article 1844-1 du Code civil pouvait autoriser l'assemblée des actionnaires à modifier ce principe de répartition, on ne verrait plus très bien la raison d'être des textes qui organisent un régime très strict pour les actions de priorité (...). Autrement dit, l'évolution du droit des sociétés anonymes abouti, à notre sens, de façon heureuse, à remplacer le principe de liberté de rédaction des statuts en ce qui concerne aussi bien le droit de vote que le droit au dividendes, par le principe d'égalité auquel le législateur et lui seul peut apporter des restrictions (art. 175 et 177 pour le droit de vote ; art. 177-1 et 269 et s. pour les actions de priorité) ».*

²³⁸ Alors même que le titre de la thèse de CORDONNIER fait référence aux actionnaires et non des catégories d'actions.

²³⁹ P. CORDONNIER, *L'égalité entre actionnaires, op.cit.*, p. 48, §14 : « *L'expression « égalité entre actionnaires » traduit imparfaitement la situation juridique qu'elle tend à définir. Il serait plus exact de dire « égalité entre actions » car, en réalité, ce que l'expression consacrée prétend mettre en lumière, c'est l'égalité des droits et obligations attachés à chacune des actions dont l'ensemble forme le capital social, ou à chacune des actions d'une même catégorie, et non le traitement égal des actionnaires ».*

toutefois un nombre d'actions variable et peut tenir ses prérogatives dans la société tant des actions qu'il possède que de sa « *qualité d'administrateur ou de propriétaire de parts bénéficiaires* »²⁴⁰. Ainsi, comparer les droits et obligations attachés à un titre implique de faire abstraction de son titulaire. Par suite, pour CORDONNIER, « *la seule égalité qui s'impose est celle devant régner entre les actionnaires d'une même catégorie qui ont contracté dans des conditions identiques* »²⁴¹. Il définit alors la catégorie d'actions comme « *une masse de titres rangés dans la même classe parce qu'ils jouissent de droits identiques, ou qu'ils comportent pour leurs titulaires des obligations semblables* »²⁴².

En définitive, la conception de l'égalité de cet auteur peut donc être résumée de la façon suivante : elle ne s'entend pas entre actionnaires, leurs situations individuelles étant trop disparates, mais entre actions, puisque les droits et obligations qui y sont attachés sont quantifiables et encore, elle ne peut s'appliquer qu'entre actions relevant d'une même catégorie puisque les droits et obligations de ces titres sont alors identiques²⁴³. Le champ d'application du principe ainsi retenu par CORDONNIER est donc fortement réduit, pour ne pas dire absorbé par la notion de catégorie.

Suivant une approche comparable, un auteur s'inspire des limites du principe constitutionnel d'égalité. Pour lui, « *comme en droit public, cette approche (...) du principe d'égalité ne garantit à ses destinataires que d'être traités également au sein de la catégorie dont ils relèvent* »²⁴⁴. Donc, si des actionnaires ne relèvent pas d'une même catégorie, ils ne sont nécessairement pas dans la même situation. Par conséquent, en vertu des modalités

²⁴⁰ *Ibidem.*: « *L'action est, en elle-même, un élément défini, une mesure précise ; elle est le signe matériel du droit lui-même, et il est aisé de comparer entre eux, quant à leur étendue, des droits incorporés dans des titres dès lors que ces droits ont un même objet ou des objets de même nature (...). Quant à l'actionnaire, il n'est que le sujet du droit. Le nombre d'actions qu'il possède est variable. En sa personne peuvent se rejoindre les droits qu'il tient de sa qualité d'actionnaire et d'autres droits sociaux de même espèce qui ne prennent pas leur source dans la possession d'une ou plusieurs actions, droits provenant de la qualité d'administrateur ou de propriétaire de parts bénéficiaires. Ces droits d'origine diverses se confondront parfois en apparence et il sera difficile de les discriminer. Aussi, l'idée d'établir un rapport entre la situation respective des actionnaires est-elle plus fuyante et équivoque que celle qui fait abstraction des titulaires de droits sociaux et tend seulement à mettre en regard les uns des autres, les actions, les avantages qu'elles procurent, les droits qu'elles confèrent et les charges qu'elles imposent* ».

²⁴¹ P. CORDONNIER, *op.cit.*, p. 135, §66.

²⁴² P. CORDONNIER, *op.cit.*, p. 150, §76.

²⁴³ Pour une critique du sophisme réalisée par le biais de cette acception de l'égalité v. *infra*, n°78 et s.

²⁴⁴ J-M. MOULIN, « Les actions de préférence », *LPA*, 2005, n°189, p. 24 : « *Loin du mythe, il a pu être démontré que le principe d'égalité dans la société anonyme n'est pas immanent et connaît au contraire deux fondements : l'homogénéité et l'équité. Sur le fondement du premier, qui intéresse directement la matière des actions de préférence, l'égalité n'est pas un principe absolu mais relatif. Aussi, comme en droit public, cette approche procédurale formelle du principe d'égalité ne garantit à ses destinataires que d'être traités également au sein de la catégorie dont ils relèvent* ».

d'application du principe constitutionnel d'égalité, il est possible de traiter dissemblablement les actionnaires relevant de différentes catégories²⁴⁵.

Une grande partie de la doctrine suit la même approche²⁴⁶. Ainsi, insistant sur l'extrême relativité du principe qui en découle, un auteur rappelle, dans un raisonnement *a contrario*, que les catégories d'actions autorisent le traitement inégal des actionnaires²⁴⁷. Par conséquent, le champ d'application de la notion est très nettement réduit, et le principe d'égalité ne serait absolu qu'au sein d'une même catégorie d'actions²⁴⁸. Le cumul de ces différentes restrictions au principe d'égalité a très logiquement porté une partie de la doctrine à s'interroger sur la substance même de ce principe.

§2. Un principe relativisé dans son existence

Certains auteurs semblent plus mesurés quant à la réception de cette notion. Ces derniers peuvent être classés en deux groupes. Alors que certains s'interrogent sérieusement sur l'opportunité de l'affirmation d'un tel principe sans prendre parti sur la question (A), d'autres, beaucoup moins nombreux il est vrai, affirment clairement que l'existence d'un principe

²⁴⁵ Dans le même sens v. notamment Ph. LEDOUX, « La nature de la préférence », *art.cit.*, p. 1219 : « En réalité, il n'est contesté par personne que l'égalité des actionnaires s'apprécie de façon relative, et que rien n'interdit de traiter différemment des actionnaires qui ne se trouvent pas dans des situations comparables, notamment parce que les actions qu'ils détiennent appartiennent à des catégories différentes ».

²⁴⁶ V. par exemple B. BRIGNON et Th. GRANIER, *Actions de priorité*, JCL Banque, Fasc. 1805, §5 : rappel de la relativité du principe par les auteurs précités, et « à ceci il fallait ajouter que la Cour de cassation avait eu l'occasion de considérer qu'il n'était pas de l'essence de la société anonyme de donner des droits identiques et qu'il était donc possible d'accorder des droits différents à des séries d'actions différentes (Cass. Civ. 3^{ème}, 24 mars 1971, n°70-10.933) » ; J.-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *art.cit.*, p. 4 : « Il est vrai que le principe d'égalité en droit des sociétés est doublement relatif. D'une part, il s'agit d'une égalité entre actions et non entre actionnaires. D'autre part, même ainsi circonscrit, le principe d'égalité ne s'applique qu'entre actions d'une même catégorie » ; Cl. FERRY, R. CANNARD et M. CRETTE, « Les actions de priorité », *art.cit.*, p. 4 : « Le principe d'égalité entre associés a ainsi un caractère relatif : l'égalité ne se conçoit qu'« à l'intérieur d'une même catégorie d'associés et non entre différentes catégories d'associés. La Cour de cassation a même considéré qu'« il n'est pas de l'essence de la société anonyme de donner des droits absolument identiques » (Civ. 3, 24 mars 1971 (...)). La Cour a déduit de ce postulat qu'il est possible d'accorder des droits différents à des séries d'actions différentes (A. VIANDIER, *La notion d'associé*, n°122) » ; L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *art.cit.*, p. 30 : « l'égalité entre associés est probablement plus un mythe qu'une réalité. Le principe existe dans les sociétés par actions, mais cantonné aux actions d'une même catégorie ».

²⁴⁷ J.-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », in *Mélanges JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 213 : « les catégories d'actions permettent de créer des inégalités entre les actionnaires et rompent le principe contraire dont la portée est dès lors plus que relative ».

²⁴⁸ Dans le même sens v. J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, Thèse, Paris V, 1999, p. 155, §260 : « Le principe d'égalité entendu de manière relative induit, a contrario, que celui-ci est absolu au sein d'une même catégorie d'actions ».

d'égalité au sein du droit des sociétés relèverait plus du dogme que de la réalité (**B**). Néanmoins, il faut reconnaître pour être tout à fait juste que si cette dernière partie de la doctrine remet très nettement en cause la pertinence du principe, elle n'affirme jamais que la notion pourrait être qualifiée autrement que de principe.

A. Remise en cause partielle / inachevée

58. S'intéressant à l'égalité entre actionnaires, CORDONNIER est logiquement conduit à s'interroger sur l'existence d'un tel principe²⁴⁹. Il explique en effet, en introduction de sa thèse, qu'« avant d'entamer l'étude historique et critique du principe d'égalité entre actionnaires en droit français, (...), il fallait démontrer que ce principe n'est pas une règle forgée arbitrairement qui pourrait être ou ne pas être »²⁵⁰. Après avoir étudié les textes du droit commercial de 1807 à 1893 pour y déceler toute trace du principe d'égalité, il constate qu'aucun d'entre eux ne formule une telle règle, pas plus que les travaux préparatoires. À ce titre, il se penche en premier lieu sur le Code de commerce de 1807, et plus particulièrement sur l'article 34 de celui-ci, en vertu duquel « le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale ». Or, si la formule retenue lors de la rédaction de cet article avait pu porter à controverse quant à l'égalité dont il était question²⁵¹, CORDONNIER rappelle que celle-ci n'avait trait qu'à la valeur nominale des titres et qu'ainsi « s'il est un texte qui contienne ou ait contenu le principe d'égalité entre actions, ce n'est point, à coup sûr, l'art. 34 du C. Com. »²⁵². Par suite, CORDONNIER recherche les fondements d'un tel principe dans les textes du droit commercial postérieurs.

C'est ainsi que, de manière chronologique, il analyse tout d'abord la loi du 17 juillet 1856. Il relève que la seule allusion à l'égalité lors de l'adoption de ce texte concernait la possibilité, pour un actionnaire, de se voir mettre à charge le dommage qui serait subi en cas de surévaluation de son apport de plus de la moitié de sa valeur. À l'égard de cette précision, CORDONNIER indique que si le « texte n'affirme nulle part l'existence du principe de l'égalité

²⁴⁹ CORDONNIER parle alors tant d'égalité entre actions qu'entre actionnaires, car, comme il l'explique dans l'introduction de sa thèse, les deux expressions sont utilisées par lui de manière indifférente : P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, Thèse, Paris, 1924, p. 49 : « Nous (...) emploierons indifféremment l'expression "égalité entre actions" (...) et "d'égalité entre actionnaires" ».

²⁵⁰ P. CORDONNIER, *op.cit.*, p. 63, §20.

²⁵¹ Sur cette question v. *infra*, n° 191.

²⁵² P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit.*, p. 71, §23.

entre actionnaires », « cette déclaration montre, du moins, que les rédacteurs de notre première loi sur les sociétés par actions ne méconnaissaient pas le principe de l'égalité entre associés »²⁵³. Il relève ensuite que la loi du 23 mai 1863 ne contient, ni dans le corps de son texte, ni dans les travaux qui l'ont précédée, d'indications au sujet d'un potentiel principe d'égalité²⁵⁴. Il réalise le même constat à l'égard de la loi du 24 juillet 1867 qui, au-delà même de ne point faire mention d'une quelconque égalité, a consacré, selon lui, « des arguments contraires à cette règle »²⁵⁵ avec l'avènement des avantages particuliers par le biais de son article 4. Néanmoins, il précise à leur sujet que leur mise en place est subordonnée à une procédure de vérification et d'approbation, « ce qui paraît bien démontrer l'importance que les auteurs attachaient au principe d'égalité », mais que « d'un autre côté, l'art. 27 de la loi de 1867 permet ou établit une triple dérogation à l'égalité entre actionnaires »²⁵⁶. À cet égard, l'auteur cite la possibilité pour les statuts de subordonner l'accès aux assemblées à la détention d'un nombre minimal de titres, de fixer le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire eu égard au nombre d'actions dont il est porteur et la possibilité de fixer librement le nombre de voix dans les assemblées constitutives, dans la limite de dix par actionnaires. Et c'est enfin en vain qu'il recherche l'énonciation d'un tel principe dans la loi du 1^{er} août 1893.

Fort de ces constatations, CORDONNIER aurait pu conclure à l'inexistence du principe, ou tout le moins au manque de pertinence de celui-ci, compte tenu de l'absence de règles égalitaires et, au contraire, de la présence d'exemples de prime abord défavorables à l'affirmation d'un principe d'égalité. Mais la conclusion qu'il va en tirer est toute autre²⁵⁷ et peut être rapprochée d'une analyse contemporaine du principe, tirant du silence du législateur l'importance du principe d'égalité²⁵⁸. En effet, CORDONNIER, après avoir disséqué les textes du droit commercial et constaté que ceux-ci ne contenaient absolument pas ce principe, considère que deux alternatives sont envisageables : soit considérer que l'affirmation de l'existence d'un tel principe manque de base légale et donc conclure à l'inexistence de celui-ci ; soit apprécier l'absence de formalisation du principe comme autant de preuves de l'importance de la notion aux yeux du législateur pour lequel, de fait, les seules exceptions admissibles seraient celles

²⁵³ P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit.*, p. 72, §24.

²⁵⁴ P. CORDONNIER, *op.cit.*, p. 73, §25.

²⁵⁵ P. CORDONNIER, *op.cit.*, p. 74, §27.

²⁵⁶ P. CORDONNIER, *op.cit.*, p. 76, §27.

²⁵⁷ Mais trouve cependant sa place dans cette partie consacrée à la remise en cause du principe tant les termes employés par CORDONNIER pour répondre à la question de l'existence réelle ou fictive du principe portent à penser que son interrogation était réelle.

²⁵⁸ Cf. *supra*, n°43.

expressément prévues²⁵⁹. Après s'être interrogé sur la pertinence du principe, CORDONNIER tranche finalement dans le sens de son importance²⁶⁰.

59. Une partie de la doctrine plus contemporaine s'est également penchée sur cette question sans toutefois réussir à conclure. Ainsi, un débat sur l'existence réelle ou mythique de l'égalité des actionnaires fût tenu entre différents auteurs en 1994²⁶¹. Dès les prémisses de la réflexion, une question est posée : « *est-il pertinent de s'interroger sur l' "égalité" d'actionnaires dont les objectifs, les modes d'accès à la détention du capital, l'importance des investissements ou l'attachement à la société sont extrêmement variés et en voie de diversification croissante ?* ». Plusieurs arguments viennent en effet remettre en cause l'existence d'un statut uniforme qui s'appliquerait à des situations si dissemblables d'un point de vue social et économique²⁶². Pour les auteurs, il faut s'interroger sur « *la pertinence de la transposition à la société par actions d'une expression empruntée au langage politique* »²⁶³. On ne peut que souscrire à ce scepticisme : à quoi bon importer la notion d'égalité des droits des citoyens dans le cadre de la société commerciale, à des actionnaires pour lesquels les aménagements des droits autorisés permettent d'attribuer à l'un d'entre eux la quasi-totalité du pouvoir ? De nombreux exemples de dispositions contenues tant dans le Code civil que dans le Code de commerce permettent en effet de s'affranchir de l'égalité proportionnelle : possibilité de créer des catégories d'actions

²⁵⁹ P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, op.cit., p. 79, §32 : « *Quelles conclusions est-il permis de tirer de l'examen des textes (1807- 1902 dans cette partie de l'étude) ? Il nous semble qu'on peut les résumer ainsi. On peut affirmer, en premier lieu, que la règle de l'égalité entre actionnaires n'est inscrite dans aucun texte de loi et qu'elle n'a jamais été énoncée avec quelque précision, soit dans les rapports de commissions, soit dans les discussions parlementaires.*

Il convient de constater en second lieu que la loi qui ne prescrit expressément qu'une égalité de forme (valeur nominale) des actions, a prévu, en revanche, l'établissement, à l'origine de la société, de certaines inégalités dans les droits ou obligations attachés aux actions.

Si l'on rapproche ces deux observations, le choix s'impose entre une double alternative.

Ou bien il faut expliquer le silence du législateur et les différents cas d'inégalité qui résultent du texte même de la loi comme une raison de l'inexistence du principe de l'égalité entre actionnaires, ou tout au moins de son manque de base légale.

Ou bien on peut admettre que la règle de l'égalité entre actionnaires est une règle non écrite mais qui n'en revêt pas moins, dans une mesure à déterminer, un caractère vraiment impératif ; qu'elle prend sa source, non dans un texte explicite mais dans la nature même du contrat de société et spécialement dans les caractères propres des sociétés par actions ; qu'enfin, les cas d'inégalité formellement prévus par la loi, loin d'être une preuve de l'inexistence du principe, constituent des exceptions à la règle, exceptions que le législateur a précisément cru devoir poser en termes formels parce qu'il y a vu autant d'atteintes à un principe théoriquement inviolable. Dès lors, toute atteinte au principe d'égalité ne pourrait jamais résulter que d'une disposition expresse de la loi, et, constituant une dérogation au droit commun, elle devrait être interprétée restrictivement ».

²⁶⁰ Alors qu'il aurait pu, vu les arguments présentés dans sa thèse, admettre une autre conclusion.

²⁶¹ Ph. BISSARA, P. DIDIER et Ph. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1994, n°50, p. 18 et s.

²⁶² Ph. BISSARA, P. DIDIER et Ph. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », art.cit., p. 18 : « *A une telle diversité socio-économique, est-il bien certain que le droit doive répondre en imposant un statut uniforme qu'impliquerait un strict maintien de l'égalité ?* ».

²⁶³ Ph. BISSARA, P. DIDIER et Ph. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », art.cit., p. 18.

aux droits modulables, des actions à dividende prioritaire sans droit de vote, d'attribuer un droit de vote double aux actions détenues nominativement pendant au moins deux ans, de limiter le droit de vote dans les assemblées générales, de subordonner l'accès aux assemblées à la détention d'un nombre minimal de titres etc. Face à la multiplicité de ces exemples qui font douter de l'utilité même d'un principe d'égalité, les auteurs se demandent si « *de la prohibition des clauses léonines à la fixation de limites diverses à la liberté statutaire, le législateur ne s'est (-il) pas efforcé, à défaut de prescrire l'égalité entre actionnaires, d'éviter au moins les excès d'inégalité ?* »²⁶⁴. Pour eux, les dispositions ayant pour objet de limiter la liberté des actionnaires auraient peut-être moins pour fondement un principe d'égalité qu'un « *souci d'équité qui tendrait à limiter les risques des situations excessivement inégalitaires* »²⁶⁵.

Néanmoins, la position de ces auteurs n'est pas totalement tranchée. D'un côté, ils semblent considérer que l'égalité dont il est question relève d'une position dogmatique. Ils affirment « *que la tentation est grande de considérer* » que « *l'égalité des actionnaires est une de ces formules dont Paul Valéry disait qu'elles ont plus de valeur que de sens, c'est-à-dire un mythe, et non pas une réalité* »²⁶⁶. De l'autre, certains arguments textuels en faveur de la persistance de ce principe sont avancés eu égard aux actionnaires. Ainsi, l'article L. 225-204 du Code de commerce relatif à la nécessité de respecter l'égalité entre les actionnaires en cas de réduction de capital, et l'article L. 225-235 du même Code prévoyant l'intervention du commissaire aux comptes pour vérifier que l'égalité entre les actionnaires n'ait pas été rompue au cours d'un exercice, démontreraient que, « *pour le législateur, le principe de l'égalité des actionnaires est avant tout un principe destiné à prévenir et à combattre l'arbitraire* »²⁶⁷. Pour ces auteurs, « *le principe de l'égalité des actionnaires apparaît alors comme un principe général des sociétés* » dont la réalité peut être illustrée par d'autres exemples, comme les dispositions relatives aux avantages particuliers, celles sur les conventions réglementées, celles sur les abus de biens sociaux ou encore la jurisprudence sur les abus de majorité²⁶⁸. Face à l'expression de ces deux points de vue diamétralement opposés sur la question de la réalité du

²⁶⁴ Ph. BISSARA, P. DIDIER et Ph. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », *art.cit.*, p. 19.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ Ph. BISSARA, P. DIDIER et Ph. MISSEREY, *art.cit.*, p. 20.

²⁶⁷ Ph. BISSARA, P. DIDIER et Ph. MISSEREY, *art.cit.*, p. 20.

²⁶⁸ Ph. BISSARA, P. DIDIER et Ph. MISSEREY, *art.cit.*, p. 20.

principe d'égalité, ces auteurs ne parviennent pas à conclure²⁶⁹. Ce constat de la difficulté à trancher définitivement la question du caractère réel ou non du principe d'égalité a cependant suffi à ébranler le mythe. Quelques années plus tard, il sera plus nettement remis en cause.

B. Remise en cause plus forte

60. Alors que la revue *Archives philosophiques du droit* consacre un de ses numéros, en 2008, au thème de l'égalité, un auteur apporte sa contribution en réalisant une étude de cette notion en droit des sociétés²⁷⁰. Après avoir indiqué dans un premier temps l'importance du principe d'égalité entre associés d'un point de vue historique²⁷¹, l'auteur précise qu'« *il n'est plus certain qu'il soit possible de continuer à le qualifier de "principe général des sociétés"* »²⁷². Son argumentation consiste à mettre en relief deux points de recul que connaîtrait le principe : les hypothèses de son application en droit des sociétés ; le nombre de dispositions qu'il justifierait.

61. Il est remarqué dans un premier temps de manière arithmétique que les cas d'application du principe tendent à s'amoinrir. Ainsi, si en principe le droit de vote est attribué proportionnellement à la détention de capital, de nombreuses dérogations existent et il est impossible de parler d'une égalité en ce qui concerne cette prérogative politique des associés²⁷³. Il en va de même s'agissant de l'égalité dans le droit d'information, laquelle peut tout à fait être réduite par des stipulations contractuelles accordant un droit supérieur à certains actionnaires²⁷⁴. C'est également le cas de l'attribution des bénéfices et des pertes qui ne sera proportionnelle

²⁶⁹ Ph. BISSARA, P. DIDIER et Ph. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », *art.cit.*, p. 25-26 : « *Si par égalité des actionnaires, on entend seulement cette égalité absolue qui existait jadis, paraît-il, quand les sociétés n'étaient que des indivisions successorales, que les associés étaient unis par l'affectio societatis et gouvernés par le jus fraternatis, et que le partage se faisait par part virile, alors oui, l'égalité des actionnaires est un mythe* » ; p. 26 : « *Si, à l'opposé, on entend par égalité des actionnaires l'égalité formelle qui interdit à quiconque de se soustraire à la loi commune, alors oui, l'égalité existe dans le droit et dans les faits, mais c'est une égalité formelle* ».

²⁷⁰ S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 119 -131.

²⁷¹ V. *supra*, n°41 et s.

²⁷² S. SCHILLER, *art.cit.*, p. 120, §3.

²⁷³ S. SCHILLER, *art.cit.*, p. 121-122, §5-6 : « *Le droit de vote est ma prérogative politique essentielle des associés. Il est reconnu à chaque associé selon une formule différente suivant les formes sociales. (...). En dépit de ces rédactions, l'évolution du droit des sociétés oblige à constater une disparition de l'égalité arithmétique de droit de vote entre actionnaires en raison des dérogations successives que la loi a posées à cette règle et des multiples conventions de vote créant des situations totalement inégales qui sont acceptées par les juges. (...). L'égalité in abstracto entre les associés n'est plus respectée pour répartir les droits de vote* ».

²⁷⁴ S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 122, §7.

qu'à défaut de stipulation contraire²⁷⁵. De plus, si l'application *in concreto* du principe d'égalité²⁷⁶ permet de justifier les actions à droit de vote double²⁷⁷, ou encore le plafonnement des voix dans les assemblées qui doit être appliqué à tous les titres de la société²⁷⁸, l'apparition des actions de préférence en 2004 va directement à l'encontre d'un éventuel principe d'égalité. En effet, « *l'attribution de ces nouveaux titres n'est pas limitée à certaines situations particulières des actionnaires et l'ordonnance n'impose pas de les accorder à tous les actionnaires qui remplissent les critères identiques à ceux qui les ont reçu* »²⁷⁹. Qu'on adopte un point de vue de l'égalité *in abstracto* ou *in concreto*, il y aurait donc un recul législatif de l'application du principe.

62. Ce recul de la notion résulterait de la raréfaction des règles dont le fondement serait l'égalité. Alors que certaines règles du droit des sociétés pouvaient, auparavant, être justifiées par l'existence d'un principe d'égalité en droit des sociétés, ces dernières peuvent désormais être justifiées par des principes économiques ainsi que la lutte contre les conflits d'intérêts²⁸⁰. Au titre des règles qui seraient dorénavant justifiées par des raisons économiques plus que par le recours à la notion d'égalité entre actionnaires, l'auteur fait mention notamment du décret du 23 septembre 2004 instaurant une aide financière au profit des demandeurs d'emploi pour accéder à la qualité d'associé. Certains auraient vu dans cette disposition le recours du législateur au principe d'égalité²⁸¹ puisque, à travers elle, il était permis, par une discrimination positive, de rétablir une égalité entre des actionnaires qui se trouvaient initialement dans une situation financière inégale. Mais, selon l'auteur, « *cette justification est contestable. Ces dispositions s'expliquent plutôt par des objectifs économiques* »²⁸². L'aide financière ainsi proposée n'aurait pas pour objet de rétablir une potentielle égalité dans l'accès à la qualité d'associé mais répondrait à « *un objectif de lutte contre le chômage et le désir de fournir aux*

²⁷⁵ S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 124, §10.

²⁷⁶ Cf. *supra*, n°49.

²⁷⁷ Pour lesquelles la différence de traitement serait justifiée par la dissemblance de situation, à savoir une détention à titre nominatif plus importante que ceux qui ne bénéficieraient pas de ce droit : S. SCHILLER, *art.cit.*, p. 126, §14 : « *Les actions à droit de vote double (...) respectent strictement le principe d'égalité appréciée in concreto, car seuls les actionnaires fidèles peuvent recevoir un droit de vote double et si de telles actions ont été créées, tous les actionnaires fidèles doivent bénéficier de ces droits particuliers* ».

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ S. SCHILLER, *art.cit.*, p. 126, §15.

²⁸⁰ S. SCHILLER, *art.cit.*, p. 128, §17.

²⁸¹ S. SCHILLER, *art.cit.*, p. 129, §20 : « *Par ces diverses dispositions, le législateur a créé une sorte de discrimination positive envers des personnes qui n'avaient pas nécessairement les capitaux disponibles pour devenir associés, rétablissant ainsi l'égalité entre des actionnaires en situation inégale. Il recherchait une égalité réelle en dépit de l'inégalité formelle, ce qui explique que le principe d'égalité ait été avancé comme à l'origine de ces dispositions* ».

²⁸² *Ibidem*.

chômeurs une alternative au statut de salarié »²⁸³. Le raisonnement est le même pour d'autres règles qui, si elles peuvent éventuellement s'expliquer par le principe d'égalité, se justifient également par la lutte contre les conflits d'intérêts. Ainsi, si, une partie de la doctrine considère que certaines dispositions constituent des illustrations du principe d'égalité entre actionnaires, comme par exemple la réglementation des avantages particuliers ou encore celle concernant les conventions dites réglementées²⁸⁴, ces mêmes dispositions peuvent trouver leur fondement dans la nécessité de régir les situations où les intérêts en cause sont divergents. « *Elles se justifient certainement plus par la prévention de ces conflits qui produisent des conséquences négatives directes et facilement perceptibles dans les sociétés que par l'application d'un principe lointain et hypothétique d'égalité entre actionnaires* »²⁸⁵.

Ces constatations réalisées, c'est en faveur du caractère mythique de l'égalité que l'auteur conclut²⁸⁶. Il ne s'agit pas là d'une opinion isolée. Ainsi, après avoir rappelé que ce principe est parfois invoqué en doctrine et dans quelques textes de droit positif, un autre auteur rappelle qu'il a été rejeté en droit de l'Union européenne²⁸⁷ et renvoie à cette observation lorsqu'il indique, concernant la mission du commissaire aux comptes à l'égard de l'égalité des associés, que l'existence du principe est discutée²⁸⁸. Cela laisse penser que, pour lui, il n'est pas pleinement cohérent de parler d'un tel principe, même en droit interne. La même remise en cause se retrouve chez d'autres qui, affirmant l'importance du principe, indiquent que

²⁸³ S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 129, §20.

²⁸⁴ S. SCHILLER, *art.cit.*, p. 130, §21.

²⁸⁵ S. SCHILLER, *art.cit.*, p. 131, §21.

²⁸⁶ *Ibidem.* : « *En 1994, le professeur Paul Didier se demandait si l'égalité des actionnaires était un mythe ou une réalité. Il terminait son propos en soulignant la difficulté de conclure. En quatorze ans, ce principe a perdu beaucoup de réalité et il devient un véritable mythe* ». Il convient néanmoins de noter qu'en chapeau introductif de son article, les propos sur le caractère mythique du principe étaient plus nuancés, ce qui ne permet pas de conclure au rejet total de la notion de principe par S. Schiller (p. 119 : « *Aujourd'hui, ce principe est presque devenu un mythe, car ses applications sont en recul et les règles du droit des sociétés qui s'expliquent réellement par ce fondement sont de moins en moins nombreuses* »).

²⁸⁷ B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 5^{ème} éd. Dalloz, HyperCours, 2017, p. 138, §213 : « *En introduction, il convient de s'interroger sur l'existence ou non d'un principe d'égalité entre les associés d'une même société. Un tel principe est ponctuellement évoqué en doctrine, voire affirmé en droit positif, particulièrement par l'article L. 823-11 du Code de commerce, qui donne mission au commissaire aux comptes, dans les sociétés qui sont dotées d'un tel organe de contrôle, de s'assurer du respect de l'égalité entre associés ou entre actionnaires. L'existence d'un principe général d'égalité entre actionnaires a toutefois été niée fermement, en droit de l'Union européenne, par la Cour de justice par un arrêt en date du 15 octobre 2009 (loc.cit. Audiolux c/ Groupe Bruxelles Lambert (GBL) et Bertelsman, Rev. Sociétés 2010. 45, note G. PARLÉANI)* ».

²⁸⁸ B. DONDERO, *op.cit.*, p. 243, §402 : « *Le commissaire aux comptes doit enfin s'assurer du respect de l'égalité entre associés ou entre actionnaires (C. Com., art. L. 823-11). Rappelons incidemment que l'existence de ce principe est discutée (v. ss 213)* ».

« *l'égalité n'est pas l'âme du contrat de société* »²⁸⁹ et que seules certaines limites extrêmes ne devraient pas être franchies. La contradiction est apparente : le paradoxe ressortant de ces deux propositions opposées renforce l'idée selon laquelle l'affirmation d'un principe d'égalité en droit des sociétés manque de cohérence.

²⁸⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 30^{ème} éd., Lexis Nexis, 2017, p. 77, §207 : « *Si la vocation aux bénéfices et aux économies doit exister au profit de tous les associés, il n'est pas nécessaire qu'elle soit égale pour tous. L'égalité n'est pas l'âme du contrat de société, d'où la validité des clauses d'inégalité de traitement. Certaines limites ne sauraient toutefois être franchies, d'où la prohibition des clauses léonines* ».

Conclusion du Chapitre Premier :

La mise en lumière de l'existence d'un principe d'égalité par la doctrine révèle plusieurs déficiences et contradictions. D'une part, lorsque un tel principe est affirmé, il n'existe pas de consensus ni quant à son sujet, ni quant à son objet. Tantôt purement historique, tantôt actuel ; seulement catégoriel ou alors général. Il semble pratiquement exister autant de conceptions de la notion que d'auteurs. D'autre part, même si la relativisation de sa portée a conduit certains auteurs à remettre très sérieusement en cause la pertinence de l'affirmation d'un tel principe, aucun ne propose pour autant d'en abandonner l'emploi. Mais même s'il apparaît évident que l'affirmation d'un principe d'égalité en droit des sociétés peut, à maints égards, voire sa pertinence mise en cause, il ne fait aucun doute quant à l'existence de certaines règles qui viennent encadrer les relations entre associés et dont le caractère égalitaire peut être relevé. Autrement dit, si la qualification de principe ne semble pas ou plus convenir pour caractériser les dispositions à vocation égalitaire en droit des sociétés, la notion d'égalité intervient pour autant de manière régulière, de sorte que la qualification de mythe doive, elle aussi, être écartée. Il s'agit alors de se demander quelle place il convient d'attribuer à l'égalité en droit des sociétés, à défaut de pouvoir la qualifier de principe ou de l'écarter purement et simplement.

CHAPITRE DEUXIÈME

LA DISQUALIFICATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

La préférence s'oppose à l'égalité en ce sens qu'il s'agit, pour les associés, d'organiser leurs relations selon leurs besoins, lesquels ne sont pas nécessairement satisfaits par la mise en place d'une égalité de droits et d'obligations entre eux. Face à l'existence avérée d'un principe d'égalité en droit des sociétés, la sécurité juridique des parties au contrat commanderait de ne pas avoir recours à des aménagements non anticipés par le législateur ou non éprouvés par la jurisprudence et donc hypothétiquement illicites. La place de la préférence dans les relations entre associés est donc dépendante de la portée qu'il convient de reconnaître à la notion d'égalité en droit des sociétés.

La carence, qui découle des solutions jusqu'alors avancées pour déterminer la place de la notion en la matière, fait apparaître la nécessaire disqualification du prétendu principe d'égalité (**Section I**). L'inadéquation de la qualification relevée, l'étude des dispositions appelées au soutien de ce principe révèlera que celles-ci ne sont que l'expression des limites classique à la liberté contractuelle (**Section II**).

Section I : La nécessité de la disqualification

Section II : Les termes de la disqualification

SECTION I : LA NÉCESSITÉ DE LA DISQUALIFICATION

On l'a vu, un grand nombre d'acceptions du supposé principe d'égalité en droit des sociétés sont retenues en doctrine²⁹⁰. Cette disparité doctrinale engendre des difficultés à appréhender la notion. Certains auteurs, face à cette contrariété théorique, sont d'ailleurs même

²⁹⁰ V. Chapitre précédent.

parvenus à la conclusion suivante : le principe d'égalité serait en réalité un mythe²⁹¹. Or, un mythe signifie toujours quelque chose²⁹² : l'éviction pure et simple de la notion n'est pas envisageable. Avant de démontrer qu'il est possible de conserver la notion en droit des sociétés en lui attribuant sa juste valeur, il convient de réaliser un bilan des difficultés relatives au concept d'égalité (§1) ainsi que le manque de justifications fondamentales à un tel principe (§2) afin de mettre en évidence la nécessité de la disqualification.

§1. Les difficultés conceptuelles liées à l'égalité

La première raison qui porte à s'interroger sur la pertinence de la qualification du « *principe d'égalité* » tient au vocable emprunté par la locution qui aurait vocation à s'appliquer à l'égard de plusieurs dispositions du droit des sociétés. Il s'agit tout d'abord de s'intéresser à la sémantique du terme « *égalité* » et les difficultés qui en découlent (A), pour ensuite remarquer que la qualification même de « *principe* » paraît inadéquate (B).

A. Difficultés d'ordre sémantique – les définitions de l'égalité

63. La recherche du sens de l'égalité requiert de s'attarder sur sa signification (définition) mais aussi sur la façon dont elle est abordée (utilisation). Or, cette recherche amène à constater deux problèmes. D'une part, l'égalité est une notion polysémique pour laquelle il n'est pas possible, de manière générale et en droit des sociétés plus particulièrement, de retenir une seule et même définition en raison de la pluralité de manifestations que cette notion connaît en la matière (1). D'autre part, quelle que soit la définition de l'égalité retenue, il s'agit de comparer des situations dans un cadre défini. Cependant, ici encore, l'examen révèle une pluralité de champs d'application de la notion en droit des sociétés (2). Ainsi, si l'égalité est bien présente

²⁹¹ En ce sens S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *Arch. Phil. du droit*, 2008, n°51, p. 131 : « En 1994, le professeur Paul Didier se demandait si l'égalité des actionnaires était un mythe ou une réalité. Il terminait son propos en soulignant la difficulté de conclure. En quatorze ans, ce principe a perdu beaucoup de réalité et il devient un véritable mythe ». À noter que le résumé chapotant cet article, plus nuancé, indiquait seulement que « ce principe est presque devenu un mythe ».

²⁹² P. DIDIER, « Rapport », in Ph. BISSARA, P. DIDIER, Ph. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1994, n°5, p. 20 : « Un mythe, s'il n'a pas le sens qu'il semble s'attribuer, dit toujours quelque chose qu'il faut savoir entendre ». Ceci peut être corroboré par une définition possible du mythe (cf. *Dictionnaire des Trésors de la langue française informatisé*, v. *Mythe* : « 1. Évocation légendaire relatant des faits ou mentionnant des personnages ayant une réalité historique, mais transformés par la légende » (<http://www.cnrtl.fr/definition/mythe>)).

en tant que concept en droit des sociétés, il y a déjà deux obstacles à sa qualification de principe – ou tout le moins à la reconnaissance d’un même principe²⁹³.

1. Une notion pluridimensionnelle

64. L’égalité reçoit une définition générale d’après laquelle des choses sont égales lorsqu’elles sont de même qualité et quantité. L’égalité est ainsi définie, naturellement, comme « *le fait d’être égal* »²⁹⁴. Dans son sens général, cela implique que deux choses ne comportent pas de différences quantitatives et qualitatives, que deux personnes ne présentent pas de différences de qualité, de valeur²⁹⁵. L’Académie française définit l’égalité comme « *la qualité de ce qui est égal* »²⁹⁶. Cela se traduit par la possibilité de substituer l’une à l’autre deux valeurs qui seraient exactement équivalentes, interchangeables. Sur un plan juridique, CORNU distingue l’égalité de droit et de fait²⁹⁷. En fait, la notion d’égalité est mesurable et réelle, et se réfère à des « *biens (...) de même nature et mesure, ou au moins de même valeur* »²⁹⁸. En droit, l’égalité s’entend de ce qui est « *juridiquement équivalent, doté des mêmes droits, conforme à l’égalité juridique* »²⁹⁹.

Ainsi caractérisée, la notion paraît être un concept précis, facilement appréhendable : est égal ce qui ne présente pas de différence. Il devrait suffire de comparer deux situations pour savoir si elles peuvent être qualifiées d’égales. Pourtant, dans les faits, les éléments de comparaison ne sont pas toujours quantifiables numériquement et l’égalité objective laisse parfois place à une égalité subjective, dont les termes comparatifs doivent être préalablement définis. Ainsi, deux grands genres d’égalité peuvent être relevés : l’égalité mathématique, au sein de laquelle les éléments de comparaison sont quantifiables (a), et l’égalité appréhendée *in concreto*, dont les termes de comparaison relèvent d’une approche subjective (b).

²⁹³ Ce qui revient au même, puisque s’il n’est pas possible de reconnaître un principe d’égalité unique en la matière mais que plusieurs principes dénommés de manière identiques cohabitaient sans avoir ni le même sens ni le même champ d’application, la qualification n’aurait pas plus de sens.

²⁹⁴ Cf. *Le Trésor de la Langue Française Informatisé*, <http://www.cnrtl.fr/definition/egalite>.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ Cf. *Dictionnaire de l’Académie française*, 9^{ème} éd., <http://www.cnrtl.fr/definition/academie9/egalite>.

²⁹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, cf. égal/égalité.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ *Ibidem*.

a. *L'égalité mathématique*

65. Mathématiquement, on peut répartir également les choses de deux manières : arithmétiquement, en accordant à tous exactement la même portion de ce qui est à distribuer, ou proportionnellement, en appliquant une simple règle de proportionnalité pour effectuer une répartition prenant en compte des différences objectivement quantifiables. Concrètement, dans le premier cas, l'unité de répartition est l'associé alors que, dans le second, il est nécessaire d'établir préalablement le *tertium comparationis* pour lequel le droit des sociétés a retenu comme clef de répartition des droits la détention de capital.

Déjà ARISTOTE, s'interrogeant sur la justice, distinguait ces deux manières d'appréhender la notion d'égalité à travers les notions de justice corrective³⁰⁰ et de justice distributive³⁰¹. Se dévoilent alors l'égalité arithmétique, abstraite, laquelle se traduit en droit des sociétés par l'attribution de prérogatives de manière proportionnelle au nombre d'associés (α) et l'égalité proportionnelle ou géométrique, concrète, aux termes de laquelle la répartition des droits sera pondérée par l'application d'une clef (β).

α) L'égalité proportionnelle au nombre d'associés

66. Il s'agit alors de donner à chacun exactement la même proportion, sans prendre en compte d'autres critères que l'unité. L'égalité arithmétique est une égalité abstraite, absolue, qui impose de traiter tous les associés de manière égale sans prendre en compte leurs différences. C'est l'attribution d'une « *part virile* »³⁰² de droits ou d'obligations à tout individu quelles que soient ses qualités, ses spécificités. Plus concrètement, il s'agirait par exemple, dans une société, d'attribuer exactement les mêmes droits et obligations, en quantité et en valeur, à chacun des associés, quelle que soit leur détention de capital, en divisant très exactement le nombre de prérogatives à partager par le nombre d'associés. Ainsi, si une société est composée de quatre associés, et peu important que les apports réalisés par chacun diffèrent en valeur, puisque seule la qualité d'associé est prise en compte comme critère d'attribution des droits, chacun disposera, selon cette technique, du quart des droits et obligations. Chacun bénéficiera

³⁰⁰ Désignée désormais comme « *commutative* ».

³⁰¹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, ch. 5-7.

³⁰² Cf. *Le Petit Robert de la langue française*, v. *Part* : « *Part virile* : portion d'une masse indivise, obtenue en divisant cette masse par le nombre des ayants droit. ».

du même nombre de droits de vote, de la même proportion des bénéficiaires ou encore supportera le quart des pertes alors même que son apport initial ne correspondrait pas au quart du capital social.

Ce type d'égalité part du postulat que les intéressés sont égaux, en faisant abstraction des critères qui permettraient de les différencier, pour pouvoir les traiter de la même manière. L'associé est alors perçu comme une unité de partage. Regardé en cette seule qualité, sans prendre en compte son taux de participation à la société, il doit recevoir en contrepartie un certain nombre de droits et obligations, que se verront reconnaître dans les mêmes termes tous les autres associés. Il s'agit de répartir les droits de façon abstraite entre les associés, pour arriver à une stricte égalité arithmétique entre eux, un équilibre quantitatif et qualitatif en leur attribuant à tous une part égale, qu'importe leur contribution dans la structure ou la prise de risques par exemple.

67. Il convient donc de se demander si le droit des sociétés, en mettant ici de côté toutes les exceptions qui seraient prévues ou possibles de mettre en place en pratique, prévoit certaines règles qui pourraient être qualifiées d'arithmétiquement égales. Et, hors le cas du droit à l'information élémentaire des associés et du droit d'assister aux assemblées générales, on ne trouve pas d'exemple dans les règles écrites du droit des sociétés³⁰³. Le droit d'information³⁰⁴ est accordé à tous les associés dans les mêmes conditions et ceux-ci reçoivent, en principe, la même information quelle que soit leur détention capitalistique. La formulation des dispositions le prévoyant est toujours équivalente : chaque associé a droit de se voir communiquer un certain nombre de documents, dont la liste et les modalités varient selon les formes sociales, et toute clause contraire serait réputée non écrite. C'est la qualité d'associé qui déclenche le droit à l'accès à certaines informations³⁰⁵. De même, l'accès aux assemblées dans les sociétés par actions ne pouvant plus dépendre de la détention d'un nombre minimal de titres depuis l'abrogation de l'article L. 225-112 du Code de commerce par la loi du 15 mai 2001³⁰⁶, on peut considérer qu'il existe à cet égard une certaine égalité arithmétique entre les associés. L'article

³⁰³ Mais la même répartition arithmétique est de mise lorsque, dans les sociétés à responsabilité illimitée, les statuts ne prévoient pas la répartition des droits de vote puisque dans ce cas le vote se fera par tête.

³⁰⁴ Prévu notamment par les articles L. 221-7 (SNC), L. 223-26 (SARL), L. 225-115 (SA) C. Com.

³⁰⁵ Encore une fois, il s'agit de considérer que le droit à l'information déclenché par la seule qualité d'associé n'est qu'un droit plancher. Sur cette question v. *infra*, n°105.

³⁰⁶ Art. L. 225-112 C. Com., version en vigueur jusqu'au 15 mai 2001 : « *Les statuts peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires. Plusieurs actionnaires peuvent se réunir pour atteindre le minimum prévu par les statuts et se faire représenter par l'un d'eux ou par le conjoint de l'un d'eux* ».

1844 du Code civil en son premier alinéa prévoit que « *tout associé a droit de participer aux décisions collectives* » et son dernier alinéa interdit toute dérogation à ce principe. Ainsi, chaque associé devrait, indépendamment de sa part dans le capital ou du nombre de titres qu'il possède, et en vertu de sa seule qualité d'associé, recevoir la même dose d'information et pouvoir assister aux assemblées³⁰⁷. Le droit des sociétés connaît donc des dispositions engendrant la mise en place d'une égalité arithmétique.

β) L'égalité proportionnelle au nombre d'associé pondéré par une clef

68. La seconde acception mathématique de l'égalité consiste à opérer une répartition proportionnelle, géométrique des données. Il s'agit alors de fixer la clef de répartition, l'élément qui, mesurable, sert de base au calcul proportionnel. Contrairement à l'égalité arithmétique, qui est appliquée de manière abstraite, l'égalité proportionnelle dont il est question tient compte de facteurs concrets pour s'appliquer. Pour ARISTOTE, cette égalité serait la plus juste en ce sens qu'elle attribue à chacun une part en fonction de sa contribution au bien commun³⁰⁸.

Néanmoins, le problème de cette proportionnalité du gain aux apports au bien commun réside dans la détermination du facteur à prendre en compte pour réaliser la proportion. Ainsi, ARISTOTE relevait que, si chacun s'entendait à considérer qu'il est juste d'attribuer des droits en fonction du mérite de chacun, tous n'ont pas la même appréhension du mérite : il peut résider, selon les classes de la population, dans la richesse, le mérite, la noblesse ou encore la vertu³⁰⁹.

69. Dans le cadre d'une société, le critère principal permettant d'établir une répartition proportionnelle des droits et obligations pris en compte est le montant de l'apport de chacun, sa participation dans le capital social. Il s'agit donc d'un critère objectif, impartialement quantifiable contrairement au mérite. Ainsi, en application de l'égalité proportionnelle,

³⁰⁷ La notion doit, pour partie, être distinguée du droit de vote. En effet, la dissociation des deux prérogatives peut intervenir, notamment en cas de démembrement des titres sociaux, auquel cas seul le droit de participer est entièrement protégé au profit de celui qui revêt la qualité d'associé : en ce sens v. notamment Cass. Com., 4 janvier 1994, n°91-20.246, *De Gaste, Revue des sociétés*, 1994, p. 278, note M. LECÈNE-MARÉNAUD ; *DeFrénois*, 1994, p. 556, note P. LE CANNU ; *Droit des sociétés*, 1994, n°45, note Th. BONNEAU.

³⁰⁸ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque, op.cit.*, ch. 7 : « *le juste distributif des biens possédés en commun s'exerce toujours selon la proportion dont nous avons parlé (puisque si la distribution s'effectue à partir de richesses communes, elle se fera dans la même proportion qui a présidé aux apports respectifs des membres de la communauté et l'injuste opposé à cette forme du juste est ce qui est en dehors de la dite proportion).* ».

³⁰⁹ ARISTOTE, *op.cit.*, ch. 6 : « *Tous les hommes reconnaissent, en effet, que la justice dans la distribution doit se baser sur un mérite de quelque sorte, bien que tous ne désignent pas le même mérite, les démocrates le faisant consister dans une condition libre, les partisans de l'oligarchie, soit dans la richesse, soit dans la noblesse de race, et les défenseurs de l'aristocratie, dans la vertu* ».

l'associé qui aurait contribué à hauteur de la moitié du capital social devrait se voir attribuer la moitié de toutes les prérogatives de la société, qu'il s'agisse de droits ou d'obligations. Mais si ce facteur a le mérite d'être objectif et d'être facilement quantifiable, il n'est pas le seul qu'il semble possible de prendre en compte. On aurait pu, par exemple, y ajouter celui de l'implication des associés dans la société ou, en d'autres termes, effectuer une ventilation des droits entre simples investisseurs et véritables associés. D'un point de vue de « *justice distributive* », ceci est tout autant justifiable, bien que plus difficile à mettre en œuvre en raison de la subjectivité que ces critères impliqueraient à l'instar du mérite.

Néanmoins, et de manière constante³¹⁰, le législateur semble avoir opté à l'égard de certaines dispositions du droit des sociétés pour une égalité proportionnelle à la participation dans le capital social. Ainsi, et sans étudier les exceptions et dérogations possibles, plusieurs dispositions relèvent l'idée d'une égalité proportionnelle. À ce titre, l'article 1844-1 du Code civil prévoit que la répartition des bénéfices et des pertes se fait, faute de disposition statutaire contraire, au *prorata* de la détention de capital³¹¹. De même, dans la SARL, en vertu de l'article L. 223-28 du Code de commerce, la répartition des droits de vote est obligatoirement proportionnelle à l'apport des associés³¹². Il en va de même pour la répartition du droit de vote dans la société anonyme en application de l'article L. 225-122 I, lequel prévoit une égalité proportionnelle, mais dans une moindre mesure puisque des exceptions sont strictement définies par le texte³¹³. La même règle d'égalité proportionnelle se retrouve dans les dispositions qui encadrent le droit préférentiel de souscription³¹⁴ qui permet aux actionnaires de souscrire, proportionnellement au montant de leurs actions, et de façon préférentielle aux augmentations de capital. Pour tous ces droits et obligations, la clef de répartition prévue par les textes est, à défaut de clause contraire quand cela est possible, déterminée par la part de capital que représentent les titres détenus par les associés. Il y a donc bien des règles relevant

³¹⁰ Cf. *infra*, n°179 et s.

³¹¹ Art. 1844-1 al. 1^{er} C. Civ. : « *La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire* ».

³¹² Art. L. 223-28 al. 1^{er} C.com : « *Chaque associé a droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède* ».

³¹³ Art. L.225-122 I C. Com. : « *Sous réserve des dispositions des articles L. 225-10, L. 225-123, L. 225-124, L. 225-125 et L. 225-126, 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* ».

³¹⁴ Art. L. 225-132 C. Com. al. 1 et 2 : « *Les actions comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital. Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital* ».

d'une répartition proportionnelle et donc égalitaire au sens de la justice distributive au sein du droit des sociétés.

Ainsi, les deux approches mathématiques de l'égalité trouvent à s'appliquer en droit des sociétés. Mais l'égalité « exactement quantifiable » dont on vient de faire état n'est pas la seule qui semble s'y appliquer.

b. L'égalité concrète subjective

70. Aux termes d'une conception selon laquelle l'égalité doit être concrète, et donc subjective, seuls devront être traités de manière égale ceux qui se trouvent dans des situations égales. Cette égalité se rapproche plus de l'égalité concrète, distributive, à laquelle ARISTOTE faisait allusion, en ce sens qu'elle prend en compte les spécificités de l'individu, la situation particulière de chacun. Cependant, ici, la clef de répartition des droits n'est pas objectivement quantifiable contrairement à l'égalité proportionnelle concrète ci-avant exposée. La répartition prend bien en compte des situations concrètes de chacun, mais les différences de situation ne sont pas mathématiquement objectives, les critères de similitude des situations ne sont pas quantifiables contrairement à la détention de capital par exemple. Une compensation sera possible entre deux situations objectivement différentes.

Ainsi, il s'agira de considérer qu'il n'y a pas de rupture d'égalité lorsqu'un associé, bien qu'ayant apporté moins, a contribué davantage à la société en prenant plus de risques par exemple, ce qui le placerait dans la même situation qu'un associé qui aurait apporté plus. Le problème, ici, est que les critères qui justifient la contrepartie ne sont ni quantifiables, ni objectifs. C'est ce qui fait dire à un auteur qu'il n'y a pas de rupture d'égalité à l'égard des associés qui se voient attribués des avantages particuliers, car ceux-ci seraient consentis à ces associés en raison de services spécifiques rendus à la société, ce qui les place dans une situation différente des autres associés³¹⁵. Il s'agit, dans cette conception de l'égalité, d'éviter que des inégalités naissent en prenant en compte la seule situation purement objective des associés.

³¹⁵ J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés – aspects de droit privé », *Revue des sociétés*, 1989, p. 407.

71. Cette conception de l'égalité est celle qui a été retenue par le Conseil constitutionnel³¹⁶ et par certains auteurs en droit des sociétés³¹⁷. Néanmoins, elle pose de nombreuses difficultés d'application car elle suppose d'établir des critères objectifs de différenciation, comme le fait d'avoir rendu des services particuliers à la société, ce qui par voie de conséquence conduit à la mise en place de statuts préférentiels ou tout le moins protecteurs pour certaines catégories dans lesquelles les sujets sont considérés subjectivement comme étant dans des situations similaires, alors même que leurs situations ne sont pas mathématiquement et donc objectivement similaires.

Ici, il n'est pas sûr que l'usage du terme d'égalité soit juste. En effet, il s'agit de trouver un point de vue de comparaison afin d'apprécier les différences et ressemblances entre deux situations, ce qui suppose de classer celles-ci en fonction de leur « essentialité », leur pertinence, mais ceci est nécessairement subjectif. Ainsi, pour reprendre l'exemple des avantages particuliers qui seraient consentis aux associés ayant « *rendu des services particuliers lors de la constitution de la société* »³¹⁸, il est possible de se demander ce qu'est objectivement un service rendu à la société, s'il faut classer ces « services » en fonction de leur importance pour accorder des droits aux associés et donc se demander si deux associés ayant accomplis des actes différents doivent recevoir la même contrepartie. Par voie de conséquence, il n'est absolument pas certain que des associés qui se voient attribuer des droits équivalents soient réellement dans des situations similaires. Néanmoins, cette acception de l'égalité est retenue par certains auteurs.

La matière comprend donc plusieurs règles d'égalité qui coexistent : des égalités mathématiques³¹⁹, et des règles qui prendraient en compte l'égalité concrète des associés. Or, ces égalités n'ont ni le même objet ni les mêmes conséquences. Et si cette première constatation soulève déjà des difficultés dans l'appréhension de la notion, qui de fait n'est pas uniforme, une autre problématique a déjà été soulevée et doit de nouveau être mise en valeur : la détermination du champ d'application de ce prétendu principe d'égalité.

³¹⁶ Sur cette conception v. *supra*, n°44 et s.

³¹⁷ V. par ex. J. MESTRE, *art.cit.*, p. 405 et s. Y. GUYON, « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré », *Revue des sociétés*, 1995 p. 1 et s. ; J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 1997, n°37, p. 4.

³¹⁸ J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 407.

³¹⁹ Ces égalités mathématiques peuvent coexister dans une même forme sociale : ainsi, on constate que la SARL connaît les deux formes d'égalité mathématique : l'égalité arithmétique pour le droit à l'information et proportionnelle pour le droit de vote.

2. Diversité des champs d'application

72. Quelle que soit la définition de l'égalité retenue, celle-ci implique de l'appliquer à un objet donné. Il n'existe pas d'égalité de manière générale et il faut savoir à l'égard de quoi ou de qui le traitement égalitaire s'entend. Si un grand nombre d'auteurs font référence à la notion d'égalité en droit des sociétés, on remarque également qu'ils ne l'appliquent pas aux mêmes éléments. Il est tantôt question d'égalité en droit des sociétés de manière globale, tantôt d'égalité entre actionnaires, ou encore entre titres, voire même d'une égalité réduite à s'appliquer aux titres relevant d'une même catégorie. Or, ces différents champs d'application, au-delà d'une différence lexicale, ne recouvrent pas les mêmes réalités.

73. Tout d'abord, certains auteurs semblent considérer qu'un principe d'égalité gouverne l'ensemble de la matière³²⁰, puisqu'ils font référence à un principe général du droit des sociétés. Cela signifierait que toutes les formes sociales seraient régies par un principe d'égalité ; et donc que, quelle que soit la société concernée, sans distinction quant à la nature des titres³²¹, il faudrait considérer que les rapports entre associés se règlent selon un mode de répartition égalitaire. Dans cette perspective, il convient de concéder à ces auteurs que les règles précédemment évoquées entrent toutes dans ce champ d'application. En effet, les dispositions prévoyant une égalité, qu'elle soit par tête ou qu'elle réponde à une distribution pondérée, se rencontrent dans des formes sociales très différentes, englobant tantôt l'ensemble de celles-ci pour le droit de participer aux assemblées par exemple, ou s'appliquant spécifiquement à une seule, comme pour le droit de vote dans la SARL. Ce premier champ d'application ne pose donc pas de problème lorsqu'on le rapproche des notions précédemment étudiées.

74. Ensuite, certains réduisent le champ d'application aux actionnaires³²². Ainsi, pour ces auteurs, l'égalité en droit des sociétés ne concerne que les titulaires de titres des sociétés par actions. Partant, il faudrait considérer qu'au sein d'une entité émettant des actions, et seulement

³²⁰ V. par ex. J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés – aspects de droit privé », *Revue des sociétés*, 1989, p. 399 : « le thème de l'égalité en droit des sociétés peut, de prime abord, paraître facile tant l'égalité semble dans la logique de la société » ; Fr. POLLAUD-DULIAN, « La querelle du dividende majoré, un aspect du principe d'égalité dans le droit des sociétés cotées en bourse », *JCP G*, 1993, n°2, I, p. 3697.

³²¹ Et donc potentiellement de leur objet.

³²² V. Ph. ENGEL et P. TROUSSIÈRE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *JCP E*, 1996, n°36, p. 585 : « un des grands principes qui sous-tend le droit des sociétés (...) réside dans l'égalité des associés » ; Th. FAVARIO, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Revue des sociétés*, 2008, p. 57 ; Th. GRANIER, *Avantages particuliers*, Répertoire de droit des sociétés, §3 ; Fr. POLLAUD-DULIAN *art.cit. loc.cit.*

au sein de celle-ci, tous les acteurs devraient recevoir des droits égaux, que ce soit par tête ou de manière pondérée. Ce second champ d'application, qui pouvait paraître plus cohérent puisque plus limité que le précédent, pose plus de difficultés. Certaines règles égalitaires trouvent à s'appliquer tant aux sociétés par parts sociales qu'aux sociétés par actions. Tel est le cas du droit de participer aux assemblées ou encore de la répartition proportionnelle des bénéfices et des pertes. Il semble donc peu cohérent de considérer qu'il faille parler d'un principe d'égalité entre actionnaires, alors que les mêmes règles s'appliquent dans les sociétés par parts sociales.

75. Enfin, d'autres estiment que l'égalité dont il est question ne trouve à s'appliquer qu'aux titres d'une même catégorie³²³. De fait, chaque associé ne recevrait pas nécessairement les mêmes prérogatives, mais la qualité et la quantité de celles-ci lui seraient attribuées de manière égalitaire en fonction des titres détenus. Il n'est plus question d'une égalité entre détenteurs de titres, puisque certains recevront nécessairement plus ou moins que les autres, mais d'une égalité de droits accordés à une catégorie de titres. Par exemple, si dans une société des titres de catégorie A sont émis, tous les détenteurs des titres de cette catégorie auront, pour chacun des titres détenus, les mêmes droits. Par conséquent, au sein d'une même catégorie la seule égalité est celle des titres, et les détenteurs de ces titres peuvent ne pas détenir la même quantité de droits qu'un détenteur de titres de la même catégorie ou les mêmes droits qu'un détenteur de titres de la catégorie B. Ce dernier champ d'application est particulièrement restreint, et l'égalité qui en ressort est toute relative. Il s'agira alors de se demander si, dans ces conditions, il est pertinent de parler de principe.

Il y a donc au sein du droit des sociétés, deux manières d'appliquer l'égalité. La première est distributive, et recouvre deux modes de répartition objectifs puisque reposant sur des critères quantifiables. La seconde est concrète mais subjective puisqu'elle implique de considérer que l'égalité n'est pas rompue lorsque les associés se trouvent dans une situation différente. De plus, cette égalité aurait divers champs d'application, additionnables ou non, en fonction des auteurs

³²³ V. B. BRIGNON et Th. GRANIER, *Actions de préférence*, JCl. Banque, Fasc. 1803, §3 : « [le] principe d'égalité entre les actionnaires (qui) a été reconnu, assez rapidement, comme fondamental » ; A. COURET, « Le retour du débat sur le droit de vote double », *Droit des sociétés*, 2013, ét. 22 ; J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *Droit des sociétés, Actes pratiques*, 1997, p. 4 ; Cl. FERRY, M. CANNARD et M. CRETTE, « Les actions de priorité », *Droit des sociétés, Actes pratiques*, 1993, n°11, p. 1 ; M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Études de droit privé offertes à Paul DIDIER*, Economica, 2008, p. 189 : « L'égalité des droits des actionnaires est un principe cardinal du droit des sociétés » ; Y. GUYON, « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré », *Revue des sociétés*, 1995, p. 1 ; A. REYGROBELLET, « Proportionnalité entre capital et contrôle : faut-il interdire toute dérogation au principe "une action = une voix" ? », *RTDF*, 2007, n°3, p. 106.

et des notions en cause. Il ne paraît alors pas aventureux de s'interroger sur la signification réelle qu'il faut retenir de l'égalité dont les auteurs parlent si fréquemment, puisque celle-ci répond à plusieurs définitions et se voit reconnaître plusieurs champs d'application. Et si, finalement, le terme d'égalité n'était pas adapté aux notions ainsi qualifiées ? Si les difficultés ainsi relevées pouvaient en réalité être résolues en recourant à un autre dénominateur commun que celui d'égalité ?

B. Les problèmes liés à la qualification actuelle – disqualification par l'exemple

76. Émanant du latin « principium »³²⁴, le principe est défini comme « la cause première, active, primitive et originelle », une « proposition, notion importante à laquelle est subordonné le développement d'un ordre de connaissance », une « règle d'action s'appuyant sur un jugement de valeur et constituant un modèle, une règle ou un but »³²⁵. Ainsi défini dans le langage courant, en tant que fondement d'une matière, un principe devrait recevoir une application générale et absolue. Néanmoins, pour qu'une norme reçoive la qualification de principe normatif, son champ d'application doit être restreint et déterminé.

77. Ceci a notamment été mis en valeur dans une thèse consacrée au principe de droit privé³²⁶ : la généralité d'un principe n'est pas gage de vertu³²⁷. L'abstraction d'une norme, sa généralisation, la détache totalement de la réalité, lui ôtant par là même toute normativité. Ainsi, « *le concept, catégorie a priori de la raison pure, élément du donné rationnel, ne doit pas être qualifié de "principe" tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une concrétisation précise de sa signification dans une institution juridique particulière, tant qu'une portée effective ne lui a pas été assignée dans un secteur étroit du droit positif* »³²⁸. Afin d'illustrer cette exigence, l'auteur fait référence au concept d'égalité. Pour lui, il n'est à ce titre pas possible d'affirmer l'existence d'un principe général d'égalité en droit privé. Cela relèverait d'une « *utopie juridique* » et « *le concept d'égalité n'a cédé au rang de principe de droit privé qu'au prix d'une concrétisation aigüe de sa signification et d'une délimitation serrée de son domaine*

³²⁴ Commencement, origine, fondement.

³²⁵ *Petit Robert de la langue française*, v. *Principe*.

³²⁶ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Thèse, éd. Panthéon Assas, 1999.

³²⁷ P. MORVAN, *op.cit.*, p. 280 et s. « *trois séries d'objections peuvent être opposées à l'emploi du concept de généralité comme critère du principe : (...) enfin la généralité n'est pas une vertu enviable pour un principe mais un vice qui affecte sa normativité* ».

³²⁸ P. MORVAN, *op.cit.*, p. 289.

d'application »³²⁹. De fait, le concept d'égalité ne ressort de la qualification de principe que dans des champs restreints, dont notamment, pour l'auteur, les sociétés par actions³³⁰. Le raisonnement convainc d'un point de vue théorique en ce que la généralité ôte sûrement toute effectivité à la norme³³¹. Mais la restriction rendue nécessaire par la définition retenue du principe ne doit pas avoir pour effet de vider la norme en cause de toute consistance³³². En effet, le droit des sociétés recoupe des réalités éminemment différentes. Il n'est pas possible de considérer, par exemple, que la situation d'une société familiale puisse être regardée comme une société cotée. Partant, parler d'un principe d'égalité dont l'application serait certes restreinte à la matière, mais couvrirait l'ensemble des situations à laquelle elle répond, serait impropre. Cela reviendrait en quelque sorte à affirmer l'existence d'un tel principe « en droit des obligations » par exemple. Inversement, si le principe n'était affirmé qu'eu égard à une situation trop précise, comme par exemple un « principe d'égalité des actionnaires eu égard aux informations qu'ils doivent recevoir en amont des décisions collectives », la portée de la règle est tellement restreinte que l'affirmation d'un principe perd toute valeur. Pour que le principe garde un sens, il convient d'une part de restreindre son champ d'application, mais aussi, d'autre part de préserver une certaine pluralité des situations auxquelles il s'applique, de manière à ce qu'il ne soit pas vidé de substance réelle. Or, on l'a vu, deux principaux champs d'application strictement délimités ont été retenus par la doctrine spécialisée³³³ : les catégories de titres (1) et les situations semblables (2). Quel que soit le champ d'application considéré, aucun n'emporte

³²⁹ Ainsi, il est assurément utopique de parler de « principe d'égalité en droit des sociétés », et il est nécessaire de caractériser de manière plus précise le champ d'application de la notion en accord avec la théorie développée par Monsieur P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op.cit., p. 290 : « Il n'existe aucun principe d'égalité absolue entre les personnes en droit privé (NBP : Bien entendu, toute personne jouit des droits fondamentaux et libertés publiques (telle l'égalité devant la loi) innés en l'être humain. Mais ces prérogatives relèvent du droit public constitutionnel, non du droit privé interne) [...]. De l'égalité absolue entre sujets de droit, utopie juridique, jusqu'à l'égalité entre créanciers dans une procédure collective, entre salariés ou entre actionnaires, s'étend un immense espace juridique vierge de tout principe d'égalité à valeur normative ».

³³⁰ P. MORVAN, op.cit., loc.cit. : « A l'heure actuelle, le concept pur d'égalité n'entre dans la composition d'un principe que dans le champ restreint d'une procédure collective, de la question des salaires ou d'une société par actions ».

³³¹ En effet, une égalité qui trouverait à s'appliquer de manière générale au droit des sociétés serait difficile à admettre, car le concept serait alors trop général et abstrait ; P. MORVAN, op.cit., p. 291 : « Il est nécessaire de rejeter la qualification de "principe" lorsqu'elle se trouve associée à un concept trop abstrait, non concrétisé dans une matière donnée. Le risque qu'il est impérieux de conjurer en ce cas est d'assister à la multiplication, comme en droit international public, de principes si généraux et abstraits qu'ils ne jouissent plus de la moindre vigueur normative ».

³³² À défaut, la terminologie ne relèverait que d'une construction idéologique sans aucune valeur faute de contenu ; En ce sens v. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 338 : « si les principes juridiques sont purement idéologique, ils n'ont aucune valeur sérieuse, car ils n'ont aucun contenu précis, et dès lors qu'on essaye de les préciser, leur vanité apparaît (...) ».

³³³ La pertinence des courants ne restreignant que très peu le principe ne fera pas l'objet d'une étude ici : cela irait à l'encontre de la définition de principe proposée par Monsieur Patrick MORVAN retenue dans le cadre de cette étude.

pleinement conviction en raison des incohérences que ces restrictions conduisent à observer. Cela amène de fait à disqualifier l'égalité de « *principe* ».

1. *L'égalité catégorielle ou le sophisme du raisonnement*

78. Une des restrictions du champ d'application de la notion retenue par les auteurs consiste à considérer que celle-ci ne s'applique qu'aux catégories de titres³³⁴. Le premier facteur de qualification de principe, tel que précédemment évoqué, est alors respecté : le domaine d'application du concept d'égalité est bien concret et strictement délimité. Mais du respect de ce premier critère résulte une réduction à néant de la substance de la notion : la restriction du champ d'intervention de la notion d'égalité à une application catégorielle a pour conséquence de résumer celui-ci à un pur artifice, et ce à deux égards.

D'une part, l'égalité catégorielle est tautologique. L'égalité relève de la définition même de « *catégorie* » qui induit de faire référence à des choses de même nature rangées selon un certain nombre de critères communs. Parler d'égalité « *entre actionnaires d'une même catégorie qui ont contracté dans des conditions identiques* »³³⁵ revient à exprimer une évidence conceptuelle et, par la même occasion, à priver la notion de portée, le principe avancé de pertinence et d'intérêt. Une catégorie est « *un ensemble de chose ou de personnes de même nature* »³³⁶. La notion de catégorie de titres est plus précisément définie par les auteurs en droit des sociétés. Ainsi, CORDONNIER, après avoir rappelé que dans le langage courant « *une catégorie est une classe qui réunit des choses de même nature semblables entre elles et différentes des choses voisines* »³³⁷, établit deux critères pour considérer que des titres relèvent d'une même catégorie ; une identité de droits et d'obligations³³⁸. Cette identité de régime semble être la définition unanimement retenue en doctrine³³⁹. Aussi, est-il affirmé que « *pour*

³³⁴ V. *supra*, n°57 et s.

³³⁵ P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires – Droit français et législation comparée (Allemagne, Belgique, Grande-Bretagne, Italie)*, Thèse, Paris, 1924, p. 135.

³³⁶ Cf. Dictionnaire Larousse, v. *catégorie*.

³³⁷ P. CORDONNIER, *op.cit.*, p. 149, §76.

³³⁸ P. CORDONNIER, *op.cit.*, p. 150 : « *une catégorie d'actions s'entend, en principe, d'une masse de titres rangés dans la même classe parce qu'ils jouissent de droits identiques, ou qu'ils comportent pour leurs titulaires des obligations semblables, en un mot parce qu'ils sont soumis à un même régime et se distinguent, quant aux droits qu'ils confèrent et aux obligations qu'ils engendrent, d'une autre classe ou de plusieurs autres classes d'actions de la même société* ».

³³⁹ En ce sens v. notamment M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'actions », *D.* 1995, p. 8 : « *la définition proposée par Cordonnier permet de cerner avec une précision certaine la notion de catégorie d'actions, ce qui explique qu'elle ait été très largement adoptée par la doctrine* ».

qu'il y ait catégorie d'actions, il faut que des droits spécifiques soient attachés à certaines actions et que la détention d'autres actions ne permette jamais à leurs titulaires de bénéficier des mêmes droits »³⁴⁰. Par conséquent, dès lors qu'une dissemblance, aussi minime soit-elle, existe entre deux titres, ils ne peuvent faire partie de la même catégorie. Les critères de distinction des titres sont cumulatifs, les droits et obligations qui y sont attachés doivent être regardés comme un ensemble. Si deux titres se voient attribuer des droits de vote renforcés mais un droit sur les dividendes différent, ils ne peuvent pas être considérés comme étant de même catégorie : ils n'offrent pas le même ensemble de prérogatives. *A contrario*, des titres de même nature, pourvus des mêmes attributs et obtenus aux mêmes conditions, ne peuvent qu'être égaux les uns par rapport aux autres. L'existence d'un quelconque principe d'égalité ne peut être justifiée par cette lapalissade³⁴¹.

D'autre part, même si la possibilité de parler d'une égalité dont le champ d'intervention serait limité à une catégorie de titres est admise malgré le sophisme de la formule, l'expression est potentiellement dépourvue de portée par la mise en pratique de la règle. En effet, si la définition de catégorie s'oppose dans l'absolu à ce qu'il soit créé au sein d'une société autant de catégories que de titres³⁴², en pratique rien n'empêche pourtant de créer autant de catégories que de titres³⁴³, ou que d'associés³⁴⁴, afin de pouvoir parler artificiellement du respect du prétendu principe d'égalité. Il serait même possible de n'avoir, dans une société, aucun titre dit « ordinaire » conférant des droits homogènes et proportionnels à l'apport réalisé. On se trouverait alors face à un capital qui ne serait composé que de titres aux droits différenciés, de telle sorte qu'aucun associé ne dispose d'un ensemble de droits équivalent à un autre. Parler d'égalité entre titres d'une même catégorie n'a plus de sens s'il existe autant de catégories que titulaires de titres. Il s'agit là encore d'une faiblesse du raisonnement. Il convient donc de s'interroger sur la pertinence du second champ d'application restreint retenu.

³⁴⁰ Ph. ENGEL et P. TROUSSIÈRE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *JCP E*, 1996, n°36, 585, §12.

³⁴¹ À ce titre, dès lors qu'il est affirmé que l'égalité dont il est question en droit des sociétés doit s'entendre d'une égalité catégorielle, l'assertion est tautologique.

³⁴² Puisque si chaque catégorie ne comporte qu'un titre, d'une part, le recours à la notion de catégorie paraît peu pertinent et, d'autre part, la question de l'égalité perd tout son sens, la question du traitement égalitaire ne se posant plus.

³⁴³ Il est en effet possible, si la logique de la catégorie qui suppose un minimum de deux titres doit être respectée, de créer artificiellement une pluralité de titres – il n'est en outre imposé par aucun texte une telle règle, la notion de catégorie de titres basée sur cette définition étant une création doctrinale.

³⁴⁴ V. notamment P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit.*, p. 151 : « Il n'est pas inutile d'ajouter que si, pour constituer une catégorie, il faut nécessairement une pluralité d'actions, peu importe au contraire que ces actions soient la propriété de plusieurs ou d'un seul associé ».

2. *L'égalité in concreto ou l'inadéquation de la réception constitutionnelle de l'égalité avec le droit des sociétés*

79. La seconde restriction du champ d'application de la notion consiste à considérer que ce principe n'est applicable qu'à des situations égales d'ailleurs. L'égalité devrait être respectée à l'égard d'associés qui rassemblent les mêmes caractéristiques. Cette première restriction est cohérente, mais semble difficile à appliquer en raison de la rareté de critères objectifs autres que les titres possédés pour procéder à une comparaison de la situation des associés³⁴⁵. Deux dispositions illustrent cependant bien cette théorie : l'attribution du droit de vote double à l'actionnaire stable et le plafonnement des voix dans les assemblées qui s'appliquera à tous les actionnaires.

80. Dans le premier cas, régi par l'article L. 225-123 du Code de commerce, l'attribution d'un avantage, à savoir l'octroi d'un droit de vote double, est bien subordonnée à une situation objective. Il faut une détention à titre nominatif depuis au moins deux ans. L'égalité est respectée en ce sens que tout actionnaire rassemblant ces conditions bénéficiera de ce droit, dès lors que les statuts auront prévu la possibilité de cette récompense à leur fidélité, et cette prérogative particulière prendra fin en cas de cession du titre qui sera de nouveau soumis à une condition de stage avant de se voir réaffecté d'un droit de vote double. Il s'agit donc bien d'une égalité concrète, objective³⁴⁶.

Dans le second cas, prévu par l'article L. 225-125 du Code de commerce, le mécanisme est un peu différent. Il ne s'agit pas d'un avantage mais d'une diminution des droits qui s'appliquera à tous les actionnaires dès lors qu'un plafonnement des voix aura été prévu pour certaines actions. L'égalité *in concreto* consiste alors à traiter tous les actionnaires de la même manière en raison de leur détention de titres mais le résultat ne sera pas le même pour tous, le plafonnement ayant des conséquences différentes suivant la détention initiale de chacun³⁴⁷. Ici

³⁴⁵ Il ne s'agit pas ici d'appliquer la restriction aux associés détenant des titres équivalents en termes de droits et d'obligations, car cela amènerait à retomber dans le sophisme précédemment étudié.

³⁴⁶ Dans le même sens v. notamment J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 407 : « la meilleure preuve que l'égalité n'est pas alors indifférente au législateur est que l'article 175 de la loi de 1966 précise bien que toutes les actions qui remplissent les conditions légales doivent être traitées à cette occasion, de la même manière ».

³⁴⁷ Pour une étude plus approfondie de ce texte v. *infra*, n°197 et s.

encore, la dissemblance objective de situation tenant au nombre de titres détenus justifie une conséquence différente sur la consistance des droits des associés.

81. Néanmoins, la dissemblance de situation n'est pas toujours un critère législatif ou jurisprudentiel pour la mise en place d'un régime différent pour les droits et obligations des associés. Il en est ainsi, par exemple, pour l'octroi d'un dividende majoré, la mise en place d'avantages particuliers ou encore l'attribution d'actions de préférence. Même s'il est probable que les coassociés concèdent ces droits spécifiques en raison de services rendus ou d'une situation particulière (notion de contrepartie)³⁴⁸, les juges n'ont aucun contrôle sur cette dissemblance potentielle de situation, et cette lecture compensatoire des avantages est inopérante. Il n'est en effet pas exclu que les associés, lors de leurs négociations, prennent en compte des situations spécifiques et objectives à leurs yeux pour justifier un traitement différent de l'un d'entre eux. Néanmoins, la validité de la répartition des droits en cause n'est subordonnée à aucune condition législative ou jurisprudentielle de contrepartie. Il n'est pas nécessaire de justifier ces différences de traitement par une différence de situation concrète. Partant, la prise en compte des situations objectives des associés ne permet pas ou plus de la qualifier de principe. C'est d'ailleurs, en partie, l'opinion qui semble être exprimée un auteur qui, après avoir indiqué les situations dans lesquelles cette acception de l'égalité trouvait naguère à s'appliquer, indique que « *l'évolution de l'ensemble du droit des sociétés marque un respect de plus en plus réduit du principe d'égalité appréciée in concreto entre les associés* »³⁴⁹.

82. Une partie de la doctrine estime pourtant que la mise en place d'un traitement différencié entre les associés se fonde sur la différence de situation qui les distingue, ce qui justifie pour eux la potentielle rupture d'égalité. C'est notamment l'idée exposée par un auteur par le biais de ce qu'il qualifie de « *fausses inégalités* »³⁵⁰ : ce dernier considère que les avantages particuliers peuvent être attribués par les statuts uniquement en raison de services particuliers

³⁴⁸ Idée notamment exprimée par V. MAGNIER, « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », *D.*, 2004, p. 2559 : « *le fait de briser l'égalité entre le bénéficiaire de la préférence et les tiers (en l'occurrence les actionnaires ordinaires) n'est que rarement le fruit d'un acte gratuit et obéit le plus souvent à une certaine logique (...) l'attribution de la préférence est une sorte de contrepartie et en suppose une à son tour* ».

³⁴⁹ S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 126 : il convient néanmoins de noter que l'auteur poursuit en indiquant que l'ordonnance de 2004 ayant introduit les actions de préférence dans notre droit a « *remplacé les actions à droit de vote double, le plafonnement des droits de vote ainsi que les actions de priorité* ». Or, en ce qui concerne les deux premiers aménagements, ils n'ont pas été supprimés par l'ordonnance et il reste toujours possible de prévoir un plafonnement des droits de vote ou un droit de vote double par le biais des dispositions précitées (c'est d'ailleurs la seule possibilité pour déconnecter le droit de vote de la détention de capital dans les SA).

³⁵⁰ *Cf. supra*, n°49.

rendus par les associés³⁵¹. *A contrario*, il faut considérer que pour lui, aucun avantage particulier ne pourra être concédé par les associés s'il n'est pas la contrepartie d'un acte positif réalisé au profit de la société par l'associé bénéficiaire. Pourtant, en se référant notamment à l'article L. 225-8 du Code de commerce relatif, entre autre, à la stipulation d'avantages particuliers et au contrôle qui en est fait par un commissaire aux apports, il apparaît que le texte ne prévoit aucune condition de dissemblance de situation entre les actionnaires pour que de tels avantages soient stipulés.

83. Une réponse ministérielle du 3 décembre 1990 est même venue préciser les contours de la mission de ce commissaire en indiquant que celle-ci « *consiste moins à juger du bien-fondé de l'octroi d'avantages, lesquels procèdent du consentement des associés exprimé dans le pacte social, qu'à en apprécier la consistance et les incidences éventuelles sur la situation des actionnaires, notamment si de tels avantages confèrent à certains d'entre eux un droit préférentiel sur les bénéfices et le boni de liquidation* »³⁵². Ainsi, il semble inexact de considérer que ces avantages ne peuvent être attribués par les statuts qu'en cas d'un service particulier rendu par l'associé. Le texte ne prévoit pas une telle condition de validité et le contrôle qui est opéré sur ces avantages ne consiste pas à évaluer leurs justifications mais uniquement leurs incidences. Comme l'indique très clairement la réponse ministérielle précitée, l'octroi de ces avantages relève uniquement du consentement des associés, c'est le fruit de leurs négociations et ils ne sont en aucun cas dépendants d'une situation spécifique dans laquelle devrait se trouver l'associé bénéficiaire³⁵³.

84. De la même manière, il est parfois affirmé que les droits particuliers conférés par le biais des actions de préférence ne peuvent relever d'aucun arbitraire. Ainsi, certains estiment que les actions de préférence peuvent être mise en place dans une société si et seulement si la discrimination mise en place est justifiée et proportionnée³⁵⁴. La même idée se retrouve chez d'autres pour qui « *la préférence octroyée à certains actionnaires est en réalité la contrepartie d'un service ou d'un sacrifice rendu par ailleurs par ceux-ci* »³⁵⁵. Or, ni l'article L. 228-11 du

³⁵¹ J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 407.

³⁵² Rép. Min., JOAN Q, 3 décembre 1990, p. 5543.

³⁵³ Sauf à présumer qu'il y a une contrepartie dans l'esprit des parties, réelle ou supposée, mais il serait pour le moins hasardeux de poser une telle présomption.

³⁵⁴ En ce sens v. P. PUIG, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA*, 2009, n°46, p. 93 : l'auteur indique (§21) que la création des actions de préférence permet de mettre en place une discrimination mais qui serait positive pour mieux répartir les richesses et que de ce fait on « *peut parler de proportionnalité égalitaire : la discrimination est possible mais elle doit être justifiée et proportionnée à un objectif à atteindre* ».

³⁵⁵ Ph. LEDOUX, « La nature de la préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1219.

Code de commerce ni la jurisprudence afférente³⁵⁶ ne font référence à une telle condition de licéité lors de la création des actions de préférence. Bien entendu, comme cela a été précédemment évoqué, il est fort probable que les associés aient, lors de la création de ces titres spécifiques, pris en compte des critères qui justifiaient pour eux la préférence, qu'elle soit positive ou négative, de l'un d'entre eux. D'ailleurs, il a pu être soutenu à l'égard des actions de priorité, qui doivent être rapprochées de nos actuelles actions de préférence, que celles-ci trouvaient leur justification dans le souci « *de donner à [la société] les moyens financiers de se redresser ou de se développer* » en attirant vers elle de nouveaux actionnaires³⁵⁷. Il est possible, dans l'absolu, de considérer dans cette hypothèse que la différence de situation dont l'inégalité tire sa source serait la qualité de nouveau souscripteur apportant des fonds nécessaires à la pérennité de la structure. Néanmoins, une telle justification n'est pas nécessaire à la création d'actions de préférence et il sera tout à fait loisible aux associés d'accorder la création de titres préférentiels au profit d'associés « ordinaires », sans que cela remette en cause la validité de ces titres. Il est même possible pour les associés de faire preuve d'un certain altruisme envers celui d'entre eux qui aurait apporté le moins et aurait, par exemple, le moins de compétence, sans que le droit puisse venir sanctionner l'aménagement « charitable », rendu possible par les actions de préférence. En outre, la création d'actions de préférence n'oblige pas à attribuer ces titres spécifiques à tous les actionnaires qui se trouveraient dans une situation semblable ou répondraient à des critères équivalents. De fait, pour justifier l'existence d'un principe d'égalité, les auteurs se réfèrent à de prétendues conditions pour mettre en place des aménagements, lesquelles ne sont nullement prévues par le législateur ni recherchées en jurisprudence.

Finalement, deux grandes problématiques ressortent de la réception de la notion de principe d'égalité en droit des sociétés : d'une part, la polysémie du terme mise en relation avec les différentes règles égalitaires s'oppose à ce que la notion d'égalité reçoive une définition uniforme en droit des sociétés ; d'autre part, même en restreignant le champ d'application de la notion, aucune unité ou cohérence n'apparaît. La faiblesse de la qualification semble donc déjà démontrée. Mais les difficultés précédemment relevées ne sont pas les seuls arguments en défaveur de l'affirmation de l'existence d'un tel principe. Cette notion n'est, en outre, soutenue par aucune justification fondamentale.

³⁵⁶ De fait, la jurisprudence n'a eu que très rarement à se prononcer sur les actions de préférence – en ce sens v. B. DONDERO, « Peu d'appétence pour les actions de préférence ? », *Bull. Joly Sociétés*, 2014, n°9, p. 481.

³⁵⁷ On voit dès lors apparaître l'idée selon laquelle l'intérêt social justifie la différence de traitement des associés. Il existe bien une contrepartie à la rupture d'égalité, mais celle-ci ne profite pas directement aux associés. Sur cette question de la justification de la préférence par l'intérêt social v. *infra*, n°208 et s.

§2. Manque de justifications fondamentales

Au-delà des objections d'ordre conceptuel qui conduisent à s'interroger sur la pertinence des termes de l'expression employée à l'égard de certaines dispositions du droit des sociétés, l'objet d'une société n'implique pas plus de la réduire à un lieu d'application d'une sacro-sainte égalité : l'idéologie des sociétés civiles et commerciales ne semble pas concorder avec l'idée d'un principe d'égalité. La société ne repose pas sur une logique égalitariste (A) et les principes généraux qui gouvernent son fonctionnement ne permettent pas de justifier l'expression « *principe d'égalité* » (B).

A. L'égalité n'est pas l'objectif de la société

Un recours quasi dogmatique à la notion d'égalité peut être constaté³⁵⁸. L'objectif n'est pas de démontrer que l'égalité est totalement étrangère au droit des sociétés, il s'agit néanmoins d'une notion secondaire en ce qui concerne les droits que se concèdent les associés dans le pacte social. L'égalitarisme³⁵⁹ n'a jamais été le dessein poursuivi par la société : cela reviendrait à nier la liberté de contracter en imposant un statut protecteur à l'associé libre d'accepter ou non les aménagements qui lui sont proposés, de négocier ses droits et obligations qui découleront des statuts signés (1). L'analyse en vertu de laquelle la société serait gouvernée par un principe

³⁵⁸ En ce sens v. Cl. CHAMPAUD, « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 166 : « [la] construction catégorielle a visiblement souffert du sentiment de contrevenir au principe sacré de l'égalité actionnariale » ; Fr. PELTIER, « L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable », *Bull. Joly Sociétés*, 1993, n°5, p. 551 : « le principe de l'égalité des actionnaires devant les gains et les pertes de la société est dans l'inconscient du juriste des sociétés un dogme, et assurément un dogme fondamental du contrat de société » ; V. MAGNIER, « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », *D.*, 2004, p. 2559, §2 : « Le droit des sociétés est d'ailleurs traditionnellement réticent à consacrer des préférences et la jurisprudence hésite à les admettre, au nom du sacro-saint principe d'égalité des actionnaires » ; A. COURET, « Le retour du débat sur le droit de vote double », *Droit des sociétés*, 2013, n°11, ét. 22, §1 : « à vrai dire dans la pratique, le besoin de créer l'inégalité l'emporte largement sur les avantages liés à la sacro-sainte égalité ».

³⁵⁹ Cf. *Lexique de science politique*, Dalloz, v. égalitarisme : « Conception politique radicale cherchant à imposer une égalité absolue entre les individus. L'égalitarisme suppose une répartition arithmétique des biens et des richesses dans la société, quels que soient les mérites ou les besoins de chacun. L'une des solutions les plus communément retenues pour construire une société strictement égalitaire est la collectivisation de tous biens et la suppression de la propriété privée. En France, l'aspiration à l'égalité absolue est portée, depuis la Révolution de 1789, par les projets révolutionnaires radicaux (hébertistes, babouvistes, socialistes, communistes, libertaires...). Les différents projets prévoient soit une intervention autoritaire de l'État pour mettre en place des mécanismes de redistribution, soit une décentralisation poussée et l'apprentissage de l'autogestion dans des unités économiques de petite taille. Les théories libérales voient dans les projets égalitaristes l'une des principales sources du despotisme moderne et, notamment, de l'atteinte aux libertés individuelles ».

général d'égalité relève en réalité plutôt d'une mythification de la société « commerciale », analyse réalisée à la lumière du fonctionnement de la société démocratique³⁶⁰ (2).

1. *La négation des inégalités de fait*

Appliquer un traitement égalitaire aux associés va à l'encontre de la logique qui gouverne la mise en place d'un contrat négocié et également de leurs besoins en tant qu'acteurs économiques. Il existe en effet une multitude de disparités au sein de la société et le législateur n'a pas entendu y répondre par l'imposition d'un régime uniforme qu'induirait une lecture égalitariste du cadre juridique de l'entreprise qu'est la société.

85. Il paraît contradictoire de considérer la société comme lieu d'application d'un principe d'égalité. Au contraire, la société s'avère être un terrain propice pour la création de situations ouvertement disparates et potentiellement inégalitaires³⁶¹. Les associés ont tout d'abord des situations nécessairement hétérogènes, variant selon leurs capacités financières, leurs attentes et projets face à l'entrée en société, leur volonté d'investissement personnel ou au contraire de passivité, leurs compétences et toute une multitude de facteurs dont il n'est pas possible de dresser une liste exhaustive tant l'étendue des alternatives est importante (a). Ensuite les sociétés elles-mêmes ne sont pas de même nature et n'offrent pas les mêmes possibilités en termes d'aménagement des droits, qu'ils soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. Il ne peut donc pas exister d'égalité en droit des sociétés de façon générale, mais peut être des formes sociales plus égalitaires que d'autres (b). Enfin, avec la multiplication des titres spéciaux et notamment l'apparition des actions de préférence en 2004³⁶², il semble impossible de parler d'égalité entre actions, à moins de réduire celle-ci à une application catégorielle (c).

³⁶⁰ Or, les associés, qui sont souvent des personnes morales, recherchent par définition un profit. Cela suppose un fonctionnement pérenne et prospère de la société, lequel sera parfois plus aisément assuré par un fonctionnement se rapprochant plus du despotisme que de la démocratie, dès lors que le gouvernement autoritaire est éclairé. En ce sens v. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 95 et s.

³⁶¹ À titre de démonstration de la grande diversité que recouvre la notion de société v. notamment B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD Com.*, 1987, p. 457 et s. où l'auteur dresse un panorama de la diversité des formes sociales ainsi que de la qualité d'associé, v. également S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 119 et s.

³⁶² Art. L. 228-11 et s. du Code de commerce, introduits par l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004.

a. *Inexistence d'un associé type*

86. « *Il est vain de prétendre assurer le fonctionnement concret du principe d'égalité entre les associés* », car ils n'ont pas tous les mêmes préoccupations³⁶³. L'un des premiers obstacles qui apparaît évidemment lorsqu'est discutée la pertinence de l'affirmation d'un principe d'égalité en droit des sociétés tient au fait que les associés, même au sein d'une société donnée, ne constituent pas une catégorie homogène avec des caractéristiques et des aspirations équivalentes. Au sein d'une société peuvent cohabiter des personnes physiques, des personnes morales, des associés avec plus ou moins de capacités financières, qu'ils souhaitent d'ailleurs ou non mettre à disposition de la société, des compétences différentes, un désir d'investissement personnel dans la structure sociale ou au contraire de passivité lorsqu'ils ont uniquement entendu faire un placement financier³⁶⁴. Cette hétérogénéité est évidente et a nécessairement une influence sur la réception de l'égalité par le droit des sociétés : à cette diversité socio-économique, il est douteux que le législateur ait entendu répondre par la mise en place d'un régime uniforme qui réduirait à une inégalité de fait les associés. En outre, il n'est pas plus certain qu'un associé, lorsqu'il s'agit par exemple de réaliser une opération financière, soit animé par un désir d'égalité.

« *Un statut unique comprenant des prérogatives et des devoirs déterminés et intangibles ne fournirait aux intéressés qu'un habit juridique "prêt à porter", alors que les situations et les motivations d'entrer dans une société sont si diversifiées que seul un habillage « sur mesure » est susceptible d'en satisfaire les exigences* »³⁶⁵ : la situation est habilement résumée. Les associés, sans aller jusqu'à la création d'une structure *sui generis*, entendent nécessairement adapter celle-ci à leurs besoins spécifiques. Ils n'entendent pas nécessairement intégrer une structure juridique « *clef-en-main* », mais plutôt façonner une société qui corresponde au mieux à leurs attentes, lesquelles peuvent être hétérogènes dans une même entité.

³⁶³ En ce sens v. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, t. 2, 22^{ème} éd., LGDJ, 2017, p. 364, §2070.

³⁶⁴ De nombreux auteurs parlent d'ailleurs d'attirer des « *investisseurs* » pour justifier la création des actions de priorité ou de préférence, ce qui marque bien, de par la terminologie employée, la nécessité de différencier les différents associés de la société et donc l'inexistence d'un iso-associé au sein d'une même structure sociale : par ex. v. J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *art.cit.*, p. 5 ; Ph. ENGEL et P. TROUSIÈRE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *art.cit.*, §6.

³⁶⁵ B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD Com.*, 1987, p. 467, §24.

87. Au demeurant, et cela a été remarquablement mis en évidence par RIPERT dans son célèbre ouvrage dédié aux « *Aspects juridiques du capitalisme moderne* », l'idée selon laquelle les associés souhaitent intervenir tous de la même manière dans la structure sociale, notamment dans les sociétés de capitaux, relève plus d'une illusion démocratique que de la réalité³⁶⁶. Au sein de ces structures coexistent tant des bailleurs de fonds que de véritables investisseurs, de simples apporteurs d'argent et de réels entrepreneurs³⁶⁷. Ce défaut de parallélisme d'investissement personnel peut être remarqué au sein de toutes les structures sociales. On ne peut imposer aux associés qui font, *a priori*, le choix de revêtir cette qualité, d'avoir le même degré d'implication dans la structure.

88. Il est d'ailleurs intéressant de noter ici, en prenant à contre-pied la théorie développée précédemment quant à la possibilité d'affirmer la subsistance d'un principe d'égalité *in concreto* lorsqu'un droit de vote double est accordé³⁶⁸, que le droit lui-même prend en compte la diversité des associés et favorise des mécanismes pour qu'une inégalité de traitement soit mise en place entre les différents associés. Ainsi, pour marquer la différence entre les actionnaires d'un jour et les actionnaires stables, le législateur a accepté l'octroi d'un droit de vote double pour récompenser la fidélité des actionnaires. Le même mécanisme se retrouve dans le cadre du dividende majoré de l'article L. 232-14 du Code de commerce réservé, dans les mêmes conditions que le droit de vote double si les statuts ont prévu cette possibilité, à tous les actionnaires qui justifient d'une inscription nominative de leurs titres depuis au moins deux ans. Il ne s'agit pas ici de rétablir une égalité qui serait mise à mal par l'infidélité de certains actionnaires, mais bien de récompenser la fidélité de certains en mettant en place une inégalité de traitement. Il serait donc vain de considérer que règne entre cette multitude d'associés aux caractéristiques et aspirations variées un désir d'uniformité de traitement et un principe d'égalité imposé par le droit.

³⁶⁶ Sur cette question v. *infra*, n°92 et s.

³⁶⁷ Cette différenciation entre ces deux sortes d'actionnaires a notamment été mise en relief par Cl. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, p. 27 et s. : l'auteur expose alors la dichotomie qu'il existe entre les « *actionnaires de contrôle* » ayant pour objectif la maîtrise de la structure sociale et les « *actionnaires bailleurs de fonds* » qui n'escomptent pas intervenir dans la société mais en tirer profit.

³⁶⁸ Cf. *supra*, n°49.

b. Diversité des formes sociales

89. Sous le vocable généraliste de « *société* » sont en réalité regroupées une multitude de structures polymorphiques, adoptables selon les objectifs poursuivis et modulables selon les besoins des associés. Ainsi, parler d'un principe d'égalité au sein du droit des sociétés revient à nier la diversité, la souplesse offerte par ce pan du droit. En effet, les futurs associés ont un double choix à réaliser en amont de la mise en commun de leurs apports. Le choix qui leur est offert ne se résume pas à celui d'une forme sociale mais d'étend également aux aménagements que celle-ci offre. De même qu'il n'existe pas d'associé type, il n'existe pas d'uniformité sociale³⁶⁹. Les formes sociales gouvernées par un corps de règles plus conséquent auront tendance, il est vrai, à se ressembler plus entre elles que les formes sociales moins encadrées, puisque dans ces dernières un plus grand nombre d'aménagements spécifiques pourront les différencier³⁷⁰. Néanmoins, dans tous les cas, la structure proposée par le droit n'est pas figée et une certaine flexibilité est offerte aux associés de manière à rendre celle-ci plus adaptée à leurs besoins. Ainsi il sera possible dans une SARL, comme dans toutes les formes sociales, de choisir une clef de répartition des bénéficiaires différente de celle de la répartition du capital. De la même manière, alors que cela n'est légalement imposé de manière impérative sans possibilité théorique d'y contrevenir ailleurs que dans la SARL, il sera possible que des associés d'une SA choisissent une répartition des droits de vote strictement proportionnelle à la détention de capital. Et si certaines formes sociales offrent une meilleure protection du patrimoine personnel au prix d'un encadrement légal plus ferme comme la SARL, alors que d'autres offrent, comme contrepartie des risques encourus, plus de liberté à l'instar de la société civile, la règle n'est pas absolue puisque la SAS fournit les deux avantages que sont la responsabilité limitée et une grande souplesse statutaire.

Les choix offerts aux acteurs économiques dans la forme sociale à laquelle ils décident d'adhérer ne conduisent donc pas à penser que le législateur aurait entendu imposer que le droit des sociétés soit gouverné par un principe général d'égalité. Si un principe d'égalité existait, avec une réelle portée, il faudrait considérer comme égaux, en théorie, deux associés ayant acquis ou souscrit, pour un même apport, des titres dans une forme sociale équivalente.

³⁶⁹ En ce sens v. B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *art.cit.*, p. 462, §12 : « L'unicité de la forme juridique de groupement appelée "société" aurait entraîné la rigidité qui accompagne inévitablement toute construction intellectuelle qui est "à prendre ou à laisser". C'est le polymorphisme de la société qui a prévalu et cette diversité permet de faire épouser cette catégorie juridique dans des situations concrètes dont la variété n'aurait pu se contenter d'un modèle unique ».

³⁷⁰ Ainsi, deux SARL auront plus de chance d'être régies par des statuts similaires que deux SAS.

Or, exception faite des droits que le législateur ne permet pas d'aménager dans certaines formes sociales³⁷¹, rien n'exige que des associés soient traités de la même façon au sein d'une sous-catégorie juridique de société. Deux obstacles supplémentaires à l'existence d'un principe d'égalité inhérent au droit des sociétés se révèlent: il n'y a pas d'unicité de forme juridique de ce groupement, et au sein des différentes formes juridiques les possibilités d'aménagement des droits et obligations attachés aux titres sont telles qu'il n'est, en pratique, pas possible de comparer deux sociétés de même forme. Cette hétérogénéité des situations par laquelle le droit n'a pas répondu par l'imposition d'une forme sociale aux statuts figés est d'autant plus marquée par la multiplication des titres spéciaux mis en place par le législateur.

c. Multiplication des titres spéciaux

90. Par de multiples interventions, le législateur a permis aux associés de s'éloigner du titre ordinaire et ainsi de modeler des instruments spécifiques à la mesure de leurs envies et de leurs ambitions. Cette spécificité d'adaptation des droits attachés au titre spécial, voire à la personne des associés par le biais de la détention du titre en cause, n'implique pas plus une idée d'égalité qui gouvernerait les relations des parties au contrat de société.

91. Les titres spéciaux, qu'il faut différencier des titres ordinaires³⁷², voient leur création subordonnée à une procédure particulière et ont une dénomination spécifique. Ils sont apparus de manière officielle dans le Code de commerce dès la loi du 9 juillet 1902, avec la mise en place par le législateur d'une procédure permettant la création des actions dites « de priorité ». Cette intervention législative n'avait pas pour objet la création d'un nouvel outil au profit des actionnaires, mais uniquement de proclamer la validité d'une pratique ancienne qui faisait doute³⁷³. En effet, à l'origine le Code de commerce ne prévoyait aucune disposition quant à la possibilité ou non de prévoir des titres spéciaux. Au nom de la liberté contractuelle, en vertu de

³⁷¹ Comme la proportionnalité du droit de vote à la détention de capital dans les SARL.

³⁷² Dont les droits peuvent également être modulés dans une moindre mesure mais par simples prévisions statutaires.

³⁷³ En ce sens v. notamment J. VAVASSEUR, *Commentaire des lois des 9 juillet 1902 et 16 novembre sur les actions de priorité*, Marchal et Billard, Paris, 1904, p. 4 et s.

laquelle tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis³⁷⁴, la jurisprudence se montrait plutôt favorable à la création de tels titres³⁷⁵. Néanmoins, certains praticiens se montraient réticents à l'idée de contrevenir potentiellement à l'article 34 du Code de commerce dans sa rédaction en vigueur jusqu'alors. Celui-ci prévoyait que le capital de la société anonyme³⁷⁶ était divisé en actions de même valeur³⁷⁷, sans préciser si cette valeur devait s'entendre de la valeur nominale des titres ou bien des droits et obligations qui y étaient rattachés. L'intervention du législateur était nécessaire pour mettre fin à la discorde doctrinale et confirmer la validité de la pratique des actions de priorité³⁷⁸.

Il est d'ailleurs intéressant de noter que dès 1902, la seule possibilité pour interdire la création d'actions de priorité dans une société est de prévoir une clause statutaire contraire³⁷⁹. Ainsi, dans toute société par actions³⁸⁰, même dans le silence des statuts et même à défaut d'accord unanime des actionnaires, il est possible de mettre en place ces titres privilégiés. Le seul obstacle à leur création est que les statuts aient expressément prévu l'impossibilité pour les actionnaires d'y recourir. Ces modalités de création prévues par le législateur ne démontrent pas un attachement notable à un prétendu principe d'égalité. À défaut, celui-ci aurait opté, à l'instar du droit allemand³⁸¹, pour la nécessité d'une prévision statutaire afin de s'assurer de

³⁷⁴ Principe consacré par l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « *Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ». Cet aspect de l'autonomie de la volonté qu'est la liberté contractuelle a été expressément consacré par le législateur à l'article 1102 du Code civil lors de la réforme opérée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 (pour un commentaire de cette disposition v. notamment N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, p. 7 et s.). Mais antérieurement, ce principe s'appliquait déjà en droit des contrats : en ce sens v. notamment N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *op.cit., loc.cit.*, ou encore Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2013, p. 33, §24 et s.

³⁷⁵ V. jurisprudence citée par J. VAVASSEUR, *op.cit.*, p. 5.

³⁷⁶ À partir de 1903 l'article 34 du Code de commerce parlera plus largement de « *sociétés par actions* ».

³⁷⁷ Art. 34 du Code de commerce dans sa version antérieure à la loi du 9 juillet 1902 : « *le capital des sociétés anonymes se divise en actions ou coupons d'actions d'une valeur égale* ».

³⁷⁸ J. VAVASSEUR, , *Commentaire des lois des 9 juillet 1902 et 16 novembre sur les actions de priorité, op.cit.*, p. 6 : « *C'est pour remédier à cet état des choses que l'honorable M. Millerand déposait (...) sa proposition de loi (...) afin de consacrer par un texte législatif la légalité des actions de priorité* ».

³⁷⁹ Loi du 9 juillet 1902, art. 1^{er}, al. 2, codifié à l'art. 34 du Code de commerce : « *Sauf les dispositions contraires des statuts, la société peut créer des actions de priorité* ».

³⁸⁰ En raison d'une maladresse dans la rédaction de la loi de 1902 quant aux sociétés concernées, la loi du 16 novembre 1903 viendra modifier la rédaction de l'article 1^{er} de la précédente loi pour indiquer, de manière plus claire, que : « *Toute société par actions peut, par délibération de l'assemblée générale constituée dans les conditions prévues par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, créer des actions de priorité, jouissant de certains avantages sur les autres actions ou conférant des droits d'antériorité, soit sur les bénéfices; soit sur l'actif social, soit sur les deux, si les-statuts n'interdisent point, par une prohibition directe et expresse, la création d'actions de cette nature* ».

³⁸¹ En ce sens v. J. VAVASSEUR, *op.cit., loc.cit.*

l'accord de chacun des associés à la création des actions de priorité au moment de l'entrée dans la société ou au moment de la modification statutaire en vue d'une telle création.

Les actions de priorité verront ensuite naître et cohabiter avec elles les actions à dividende prioritaire sans droit de vote en 1978³⁸² et les certificats d'investissement et de droit de vote en 1983³⁸³. Ces différents titres, aujourd'hui qualifiés de « *titres en voie de disparition* », sont remplacés dans l'ordonnance du 24 juin 2004 par les actions de préférence pour lesquelles l'alinéa 1^{er} de l'article L. 228-11 du Code de commerce prévoit, de manière plus générale, que « *lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent* ». Ainsi, les possibilités d'aménagement des droits attachés aux actions sont considérables et ne connaissent de limites, en dehors des interdictions expresses, que l'inventivité de leurs créateurs : augmentation ou diminution des droits pécuniaires ; suppression, diminution ou augmentation du pouvoir politique ; aménagement unique ou multiple ; temporaire ou permanent ...³⁸⁴ Il semble ici impossible de considérer sérieusement que le législateur serait attaché à un principe d'égalité, quel que soit son champ d'application.

La société est donc le terrain propice des inégalités³⁸⁵ : le terme d'associé est vague et renvoie en réalité à une multitude de situations dont les contours varient en fonction des aspirations de ceux-ci mais aussi du temps. Le même constat généraliste peut être fait pour le vocable « société » ; et le minimum d'homogénéité nécessaire à la comparaison induite par les définitions de l'égalité ne se retrouve pas plus dans les titres qui composent le capital des différentes formes sociales. Ainsi, il ne semble pas que le législateur, en permettant une telle disparité des acteurs de ce groupement juridique, ait cherché à ce qu'un principe d'égalité trouve à s'y appliquer. Il est dès lors possible de se demander si la recherche de fondements pour ce principe en droit des sociétés ne relève pas plutôt d'une analogie, chancelante et sûrement idéologique, avec la société étatique.

³⁸² Loi n°78-741 du 13 janvier 1978.

³⁸³ Loi n°83-1 du 3 janvier 1983.

³⁸⁴ Une étude plus approfondie des aménagements offerts par ces titres sera menée au cours de la 2^{nde} partie

³⁸⁵ J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 399 : « *le monde des sociétés apparaît, à bien des égards comme une terre d'inégalité* ».

2. Rejet de l'analyse démocratique de la société au soutien d'un principe d'égalité en droit des sociétés

92. À l'instar de la société politique/étatique, la société commerciale fonctionnerait comme une démocratie. C'est en tout cas la lecture que semblent retenir certains auteurs au soutien de l'analyse égalitaire de la société³⁸⁶. Cette analyse n'est pas satisfaisante à plusieurs égards. La première critique, et dont découle la suivante, est que l'entrée en société, contrairement à l'appartenance à la démocratie politique en tant que citoyen, n'est que rarement imposée³⁸⁷. En effet, alors qu'en tant qu'individu il n'est pas possible de se soustraire au fonctionnement de la société démocratique dès lors qu'on acquiert la citoyenneté, nul ne se voit, sauf rares exceptions³⁸⁸, imposer la qualité d'associé. Un associé accepte, la plupart du temps, de manière individuelle les dispositions statutaires, qu'elles lui soient favorables ou non. Par conséquent, la situation « d'associé » est une situation consentie. Or, tout consentement permet à son destinataire d'accepter ou non de se soumettre au contrat auquel il va adhérer. Les associés ont, à l'égard de leur ralliement au pacte social, la qualité de cocontractants maîtres de leurs stipulations. Il est possible, il est vrai, que l'associé accepte certains aménagements qui ne lui sont pas ou peu bénéfiques, mais son adhésion finale au contrat de société démontre qu'il escompte tout de même retirer plus de profit que s'il avait refusé les conditions de son entrée dans la structure sociale. Il pourrait en outre sembler que ce point de vue n'est pas applicable aux sociétés de capitaux de grande envergure qui offrent leurs titres sur un marché règlementé par exemple. Néanmoins, l'idée est la même : s'il n'y a pas de signature de statuts autour d'une table avec la capacité de refuser certaines clauses, nul n'est contraint d'investir en bourse par le biais d'acquisition de titres cotés. Le fait de n'être qu'un investisseur et de ne pas être en

³⁸⁶ Ainsi v. Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Thèse, Louvain, 2004, p. 28 ; J-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, Thèse, Paris V, 1999, introduction ; Critique v. notamment : G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 95 et s. ; Cl. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op.cit.*, p. 162 et s. v. notamment p. 166 : l'auteur parle d'un « principe sacré de l'égalité actionnariale proposée à l'analyse démocratique de la société anonyme » ; J. PAILLUSSEAU, « Les fondements modernes du droit des sociétés », *JCP N*, 1985, n°27, 100740, §28 : « L'organisation d'une collectivité est nécessairement faite en fonction de certaines idées et de certains principes. S'ils sont affirmés sans que leur réalité ait été vérifiée, ce sont alors des postulats. La conception traditionnelle de la société est faite de postulats de ce genre. Les plus importants, bien que jamais expressément exprimés, sont ceux de l'homogénéité sociologique et de l'unité du groupement. Leur importance devait être capitale car elle se traduisait sur le plan juridique par l'affirmation de plusieurs principes fondamentaux du droit des sociétés comme, par exemple : l'intuitus personae, l'égalité des associés et l'affectio societatis. Elle conduisait, par ailleurs, à adopter une organisation du pouvoir dans le groupement fondée sur les principes de la démocratie représentative », Y. GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 133 ; Th. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD Com.*, 1984, p. 582.

³⁸⁷ En ce sens v. notamment Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2002, p. 1.

³⁸⁸ Ainsi, par exemple, lors d'un projet de fusion, les associés minoritaires peuvent se voir imposer de devenir associés de la société absorbante (en ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 11, §1).

capacité de négocier leurs droits et obligations fait partie du contrat accepté par ces spéculateurs. Aucune analogie ne peut être faite avec le fonctionnement de la société politique : il n'est pas possible de procéder à un choix quant aux attributs souhaités en tant que citoyen, le statut n'est pas négociable, et l'acquisition de la citoyenneté ne peut jamais être analysée comme un choix individuel. Ainsi, le parallèle entre société démocratique et société commerciale n'est, dès les prémisses, que peu convaincant.

De ce consentement à se soumettre au statut d'associé résulte une conséquence sur le fonctionnement de la structure, lequel pourra n'avoir aucune similitude avec une démocratie. En effet, les associés pourront tout à fait préférer se plier à l'autorité d'un dictateur habile, d'un souverain tyrannique ou d'un despote éclairé qui mènera à bien leurs projets de profits ou d'économies, s'ils estiment qu'un fonctionnement démocratique n'est pas à même de réaliser ce dessein. Il s'agit d'une liberté de choix offerte aux associés. Le droit ne peut leur imposer la mise en place d'un régime similaire à la démocratie représentative dans leurs rapports. Il serait d'ailleurs contraire au bon fonctionnement de la société que d'imposer à ceux qui ne veulent ou ne peuvent s'en charger de le faire. Il s'agit au demeurant de l'opinion exprimée par RIPERT sur la question³⁸⁹, qui, évinçant même parfois l'aspect consensuel de la situation³⁹⁰, considère que la démocratie dont il est question est plutôt une ploutocratie dans laquelle les minoritaires, bercés d'une illusion de démocratie flatteuse³⁹¹, n'ont en réalité aucun pouvoir réel ni aucune capacité d'intervention. Néanmoins, l'auteur précise bien que ceux-ci « *savent bien qu'un gouvernement démocratique direct ne saurait convenir à la gestion de leurs intérêts* »³⁹². Il est clair que la société ne peut être regardée comme une émanation démocratique. L'attente des associés face à l'entrée en société n'est pas nécessairement l'égalité si celle-ci n'est pas à même de satisfaire leurs attentes comme de maximiser leur profit dès lors que l'esprit de lucre les

³⁸⁹ RIPERT ne s'intéresse alors qu'à la question de la société anonyme, mais la même réflexion peut aujourd'hui être tenue dans la plupart des formes sociales en raison des possibilités d'aménagement des droits offertes par toutes les structures et pouvant ainsi amener à des situations similaires (mais non équivalentes).

³⁹⁰ En effet, on constate parfois une sorte de méprise de l'actionnaire-simple investisseur, alors qu'il est tout à fait envisageable que celui-ci ait pleinement conscience de sa situation et ne soit pas « flatté » par le leurre démocratique de la société mais au contraire résolu dans une situation qui lui reste bénéfique sans que cela puisse lui être reproché car également bénéfique à la structure sociale en raison de l'apport de fonds. Il est ainsi possible de lire p. 105 de l'ouvrage : « *Le législateur s'attache désespérément à sauvegarder les droits de ces propriétaires souverains que seraient les actionnaires. Méritent-ils un tel intérêt ? Ils ont apporté des capitaux pour en tirer profit sans travail. Leur acte est purement intéressé. Non pas même cet intérêt du créateur qui a sa beauté, mais cet intérêt sordide de gagner le plus en risquant le moins* ».

³⁹¹ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op.cit., p. 95 : « *La conception contractuelle a imposé le régime démocratique et l'expression contrat social est ici d'une absolue justesse. Le groupement se crée par le contrat. Les contractants conservent la souveraineté, mais la délèguent. En droit, ils sont les maîtres absolus de la société. Les actionnaires savent que leur pouvoir est plus théorique que réel ; mais ils sont flattés de se le voir reconnaître. La démocratie grise les électeurs d'illusions* ».

³⁹² G. RIPERT, op.cit., p. 100.

anime, ou encore de gérer au mieux leur patrimoine, s'il s'agit d'une société à vocation patrimoniale et familiale. Il paraît de ce fait mal à propos d'affirmer la pertinence d'un principe d'égalité, lequel semble plus correspondre à un postulat qu'à une réalité. Cette hypothèse est d'autant plus réfutable qu'il n'est pas non plus possible de justifier l'affirmation d'un tel principe en recourant aux principes généraux du droit des sociétés.

B. Inefficacité du recours aux principes généraux du droit des sociétés/éléments constitutifs du contrat de société

La recherche du fondement potentiel d'un principe d'égalité en droit des sociétés peut être menée à travers les principes généraux qui encadreraient sa création³⁹³ : l'intérêt des parties (1) et l'*affectio societatis* (2), issus des articles 1832 et 1833 du Code civil³⁹⁴. Cependant, cet examen se révèle tout aussi inefficace pour justifier l'existence d'un quelconque principe d'égalité.

1. Inadéquation de l'égalité aux intérêts des parties

L'adhésion au contrat de société, qu'elle se fasse par acquisition ou souscription de titres, met en évidence différents protagonistes : la société d'une part (a) et les associés d'autre part (b). À certains égards, les intérêts de ces parties sont antagonistes. Néanmoins, en ce qui concerne la question de l'égalité, un constat similaire peut être réalisé : celle-ci ne répond pas nécessairement aux attentes de chacun, voire même constituerait un obstacle dans la réalisation de leurs objectifs.

³⁹³ Pour le fondement de l'égalité dans la notion d'*affectio societatis* v. *supra*, n°42 et s. Pour ce qui est de l'égalité qui trouverait son fondement dans l'intérêt des parties v. notamment M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 30^{ème} éd., Lexis Nexis, 2017, p. 248, §556 ; Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 21^{ème} éd., Dalloz, 2017, p. 90, §70 : « l'intérêt commun implique l'égalité des associés ».

³⁹⁴ La pluralité d'associés, la mise en commun d'apports ne seront pas étudiés ici – seules les caractéristiques « subjectives » retiennent notre intérêt.

a. *L'intérêt social : pérennité de la structure et inégalités bénéfiques*

93. L'intérêt social, qui ne concerne pas directement les relations entre associés, commande de manière générale, et au-delà des querelles doctrinales qui entourent sa définition³⁹⁵, la pérennité de la structure³⁹⁶. C'est d'ailleurs la définition qui en a été retenue dans le cadre du rapport VIÉNOT rendu en juillet 1995 : « *l'intérêt social peut ainsi se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même (...) qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise* »³⁹⁷. Or, l'inégalité qui pourrait être instaurée entre les associés peut servir cet intérêt spécifique là où, à l'inverse, le respect d'une égalité proportionnelle ou encore sa mise en place artificielle pourrait être dommageable.

94. Ainsi, GUYON, procédant à un examen du dividende majoré, issu de la loi du 12 juillet 1994, permettant la mise en place d'une dotation supplémentaire de 10% pour les actionnaires stables, justifie celui-ci par son adéquation avec l'intérêt social et la pérennité de la société, alors même que cette majoration conduit à une altérité de traitement entre les actionnaires. En effet, alors que le versement de cette prime de fidélité fait débat notamment en ce qu'elle « *porterait atteinte au principe d'égalité entre actionnaires en favorisant indument les actionnaires de contrôle ou de soutien, qui sont par hypothèse stables* », GUYON indique que « *la stabilisation de l'actionnariat par l'attribution d'un dividende majoré est conforme à l'intérêt de la société car, sans actionnaire fidèles, la gestion n'aura pas la continuité nécessaire à la réalisation d'objectifs à long ou moyen terme, qui sont les sources les plus sûres*

³⁹⁵ Pour un rappel des différentes définitions retenues en doctrine v. par ex. : M. COZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op.cit., loc.cit.* ; Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Sociétés commerciales, op.cit., loc.cit.* ; J-P. BERTEL, « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Droit et patrimoine*, avril 1997, p. 42 et s. ; A. CONSTANTIN, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Études offertes à B. MERCADAL*, EFL, p. 317 et s.

³⁹⁶ V. notamment G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social », *RTD Com*, 2004, p. 35, §12 : « *De la lecture des dispositions générales relatives aux sociétés, il ressort que la société est liée à l'idée de durée. Ainsi, l'intérêt de la société tient à sa pérennité et à sa continuité. On peut y ajouter l'idée de prospérité qui ressort de l'article 1832 du code civil. Toutefois, à la différence de la conception contractuelle de l'intérêt social, cette prospérité se conjugue à la pérennité. Il ne s'agit pas de privilégier le profit à court terme, mais une politique de long terme, conjuguant la distribution des dividendes et la constitution de réserves afin de renforcer les capitaux propres de la société* » ; C. SERLOOTEN, « L'intérêt commun, fondement de l'évolution de l'usufruit des droits sociaux », *Revue des Sociétés*, 2013, 7, §13 : « *l'intérêt social, cette "boussole" qui permet d'assurer la protection de la société lorsqu'un acte menace son bon fonctionnement, sa pérennité ou sa prospérité* » ; D. PORACCHIA et D. MARTIN, « Regards sur l'intérêt social », *Revue des Sociétés*, 2012, p. 475, §4 : « *Face à cette financiarisation dénoncée, la restauration du système économique supposerait que les sociétés développent plus largement une politique de long terme seule à même, dit-on, d'assurer de manière pérenne une création de valeur synonyme de respect de l'intérêt social* ».

³⁹⁷ V. Rapport du groupe de travail de l'Association Française des Entreprises Privées et du Conseil National du Patronat Français présidé par M. VIÉNOT, *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, juillet 1995, p. 8 : http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot1_fr.pdf

de la rentabilité »³⁹⁸. Une observation similaire est exprimée à l'égard de la légitimité du droit de vote double lorsqu'il est attribué à l'actionnaire stable. Est alors mise en évidence la possible inadéquation d'une égalité dans les droits de vote avec l'intérêt social. « *Entre l'actionnaire stable et l'actionnaire d'un jour, entre l'investisseur de long terme et l'agioteur sans autre perspective de son profit immédiat, l'égalité ne [sert] que les intérêts des plus égoïste* ». Ainsi, « *l'intérêt social [peut] trouver son parti de l'inégalité entre actionnaires* »³⁹⁹. Il semble, en effet, plus en accord avec l'exigence de pérennité de la structure d'accorder un pouvoir plus fort aux actionnaires fidèles et aux investisseurs stables, que d'ouvrir ce droit à tous les actionnaires potentiels de la société, puisque tous n'auront pas le même degré d'implication dans le fonctionnement de la structure.

Ceci doit notamment être rapproché de l'idée développée par RIPERT et précédemment évoquée quant au caractère inadapté d'un fonctionnement démocratique dans une société commerciale où tous les acteurs n'ont pas les mêmes capacités et désirs d'investissement personnel⁴⁰⁰. En effet, offrir un droit de vote double, et donc un pouvoir décisionnel accru à un actionnaire qui n'entend pas nécessairement s'investir sur le long terme dans la structure sociale peut être inadéquat à au moins deux égards. D'une part, ce pouvoir pourrait ne pas être exercé en raison du manque de volonté de son bénéficiaire à s'impliquer dans la société. Le défaut de mise en œuvre de cette prérogative n'aura aucun retentissement négatif ou positif pour la société, mais anéantira l'intérêt du recours à cet aménagement des droits. D'autre part, et cela pourrait être dommageable pour l'intérêt social, l'aménagement de ce droit de vote au profit de tout actionnaire pourrait avoir pour effet que celui-ci soit exercé par une personne qui entraînerait la prise de résolutions contraires à l'intérêt social entendu dans son sens de pérennité, soit parce qu'elle n'envisage la rentabilité de la société qu'à très court terme, soit qu'elle ait, de par son manque d'implication ou d'ancienneté, un manque de discernement quant aux décisions nécessaires et en accord avec la pérennité de la structure.

³⁹⁸ Y. GUYON, « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré », *Revue des sociétés*, 1995, p. 1, §2.

³⁹⁹ A. COURET, « Le retour du débat sur le droit de vote double », *Droit des sociétés*, 2013, n°11, ét. 22 : « *Le principe d'égalité entre actionnaires est un principe que chacun s'efforce de saluer respectueusement tout en songeant aux manières de le contourner. À vrai dire, dans la pratique le besoin de créer l'inégalité l'emporte largement sur les avantages attachés à la sacro-sainte égalité. (...) S'agissant des sociétés cotées sur les marchés réglementés, l'égalité reste indubitablement une valeur sûre pour les actionnaires. Mais il a fallu prendre en considération le fait qu'entre l'actionnaire stable et l'actionnaire d'un jour, entre l'investisseur de long terme et l'agioteur sans autre perspectives que son profit immédiat, l'égalité ne servait que les intérêts des plus égoïstes et que l'intérêt social pouvait trouver son parti de l'inégalité entre actionnaires* ».

⁴⁰⁰ V. *supra*, n°92 et s.

De fait, il est de nouveau possible de faire un parallèle avec l'analyse de RIPERT quant aux potentiels bienfaits d'une habile dictature sur le fonctionnement de la société, et il convient de considérer que l'intérêt social ne commande pas nécessairement l'égalité des associés si celle-ci a pour effet de mettre à mal le caractère pérenne de la société.

Cette démonstration n'est d'ailleurs pas uniquement cantonnée à la question de l'exercice du droit de vote dans les sociétés par actions mais peut se décliner à l'égard d'un panel important de droit des associés dans différentes formes sociales. Ainsi, un bénéfice accru dans le cadre d'une SARL peut avoir pour effet de susciter une vigilance plus importante d'un associé gérant : cela peut conduire à une meilleure gestion et, par ricochet, une stabilité durable de la société en accord avec l'exigence du respect de l'intérêt social. À l'inverse, le maintien d'une égalité arithmétique du droit de vote dans une société civile peut avoir pour effet, par exemple, un blocage décisionnel récurrent affectant la capacité de fonctionnement normal et donc le maintien de la structure, l'exposant alors à une éventuelle liquidation pour juste motif. Ceci va à l'encontre de l'objectif poursuivi par la notion d'intérêt social. L'intérêt social peut donc prescrire la mise en place d'inégalités bénéfiques⁴⁰¹.

b. L'intérêt commun : recherche de maximisation du profit et inégalités consenties

95. L'intérêt commun peut être défini comme la recherche de la maximisation du profit commun afin qu'à titre individuel, chacun des associés retire un bénéfice plus important de la structure sociale⁴⁰². Les inégalités acceptées peuvent en réalité avoir pour effet de maximiser le

⁴⁰¹ Il est important de noter ici qu'il s'agit uniquement d'une possibilité et non d'un devoir et qu'à l'inverse rien n'interdit de mettre en place des inégalités de traitement qui ne soient pas commandées par l'intérêt social : ainsi, il sera tout à fait possible d'accorder un droit sur les bénéfices plus important à un associé sans que cela ait nécessairement de répercussions bénéfiques sur la pérennité de la société (cf. *supra*, n°81). *Contra* v. notamment Ph. LEDOUX, « La nature de la préférence », *art.cit.*, : « Cette obligation de respecter l'intérêt social rappelle, elle aussi, que "l'attribution de la préférence est une sorte de contrepartie et en suppose une à son tour" et "qu'assortir des actions d'une certaine préférence c'est attendre de l'actionnaire un engagement plus important qu'à l'ordinaire" ».

⁴⁰² En ce sens v. la thèse de Monsieur SCHMIDT, notamment l'extrait suivant publié dans diverses revues: D. SCHMIDT, « Prolégomènes », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°4, p. 469 et s. ainsi que D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », *JCP E*, 1994, n°48, 404, §4 : « les faveurs ainsi consenties contribuent au développement de la société et à l'enrichissement collectif, de sorte que la part qui reviendra à chacun sera plus importante que si ces faveurs avaient été refusées. Une rupture d'égalité peut donc servir l'intérêt de tous : l'inégalité acceptée manifeste la force de la communauté d'intérêt » et *contra* quant à la nécessité d'une égalité M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », *JCP E*, 1996, n°40, p. 14 : « dans un premier temps, l'intérêt commun s'apparente à un intérêt recherché également par tous. Dans un second sens, l'intérêt commun est la recherche de la maximisation de la valeur boursière (...). Mais il est des limites qui méritent d'être notée (...) l'intérêt commun implique en effet l'égalité des actionnaires ».

profit et donc s'avérer avantageuses. Il pourra être bénéfique pour un associé de « sacrifier » l'égalité à laquelle il pouvait prétendre dans l'objectif d'atteindre cet intérêt. Ainsi, si la condition *sine qua non* d'un futur associé à son adhésion au pacte social est l'obtention d'un dividende majoré, au détriment nécessaire de ceux qui lui accorderont, et que celui-ci est en outre un apporteur indispensable⁴⁰³, il sera préférable que les autres associés lui concèdent ce droit préférentiel. L'intérêt commun étant la maximisation du profit, le sacrifice instantané peut en réalité engendrer un bénéfice global plus important pour la société. Par voie de conséquence, même si le pourcentage qu'en retireront chacun des associés sera nécessairement moindre que celui correspondant à leur détention de capital, la somme qu'ils se verront allouer pourra être plus importante que s'ils n'avaient pas consenti ces aménagements, et en tout état de cause, plus avantageuse que si chacun avait été seul. Cet intérêt commun consistant à la maximisation du profit global se retrouve déjà chez DOMAT, pour qui les sociétés permettent aux associés de se voir attribuer des « *avantages qu'aucun ne pourroit avoir de luy seul* »⁴⁰⁴.

96. De fait, plutôt que de justifier l'égalité⁴⁰⁵, cet intérêt commande plutôt d'éviter les excès d'inégalité qui, s'ils peuvent satisfaire l'exigence de maximisation du profit global, ne peuvent répondre à la nécessité d'un profit individuel de tous les associés. L'intérêt commun peut donc souvent justifier les inégalités de traitement acceptées par les associés sous couvert d'un but égoïste : maximiser le profit général en vue de maximiser leur profit personnel. Cette acceptation des inégalités résulte d'un calcul personnel des associés entre les sacrifices qu'ils sont prêts à accepter et le bénéfice qu'ils en tireront à plus ou moins long terme. L'intérêt commun peut en fait s'analyser comme le fruit d'une négociation au terme de laquelle les différents protagonistes accepteront de placer le curseur de leurs droits : aucun ne sera pleinement satisfait, mais tous y trouveront un bénéfice qu'ils n'auraient pu individuellement obtenir sans réaliser de façon commune des petits sacrifices. Dans cette négociation, l'égalité

⁴⁰³ Que ce soit pour des raisons financières, intellectuelles ou encore de notoriété par exemple. Encore une fois, il convient de noter que la question de contrepartie n'est pas une condition légale ou jurisprudentielle à la mise en place d'un régime préférentiel (sauf pour les droits subordonnés à une clause de stage qui peuvent être considérés comme étant accordés en contrepartie de la fidélité de l'actionnaire dans l'absolu).

⁴⁰⁴ J. DOMAT, *Œuvres complètes, Nouvelle édition*, 1828, Titre VIII, Section II, art. 1 et 2, p. 293 : « *Et l'usage de ces sortes de sociétés est de faciliter l'entreprise, l'ouvrage, le commerce, ou autre affaire pour laquelle on entre en société: et de faire que chacun des associés retire de ce qu'il contribue, joint au secours des autres, les profits, et les autres avantages qu'aucun ne pourroit avoir de luy seul* ».

⁴⁰⁵ Comme cela est notamment avancé par Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, op.cit.*, p. 90 : « *l'intérêt commun implique l'égalité des associés* ».

n'a pas sa place. Seul le profit estimé entre dans le calcul réalisé par les différents acteurs ; profit qu'ils peuvent personnellement retirer des aménagements qu'ils concèdent ou obtiennent.

L'intérêt des différents protagonistes de la structure sociale ne réside donc pas nécessairement dans la mise en place d'une égalité, quelle qu'en soit la forme, dans leurs relations. Au contraire, ces intérêts trouveront souvent satisfaction dans l'établissement d'inégalités dynamiques, que ce soit pour assurer la pérennité de la société ou en vue d'une optimisation financière. Ce premier critère du contrat de société ne justifie donc pas l'affirmation d'un principe d'égalité. Le même constat peut être fait à l'égard de l'élément subjectif et flou⁴⁰⁶ du contrat de société qu'est l'*affectio societatis*.

2. Impossible justification par l'*affectio societatis*

97. L'*affectio societatis*, en tant qu'élément caractéristique et distinctif du contrat de société, a fait l'objet de nombreuses tentatives de définitions par la doctrine avant même que l'expression soit employée en tant que telle. DOMAT, sans jamais faire référence à l'*affectio societatis*, distingue le contrat de société par la volonté commune et réciproque des parties de s'associer⁴⁰⁷. De la même manière, POTHIER distingue la société des autres contrats de communauté par la volonté, le consentement des parties à la formation de ce contrat spécial⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Parfois même qualifié de « *concept fumeux* » : en ce sens v. P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, *op.cit.*, p. 29, §26.

⁴⁰⁷ J. DOMAT, *Œuvres complètes*, *op.cit.*, p. 263-264 : « 1. La société ne peut se contracter que par le consentement de tous les associés, qui doivent se choisir et s'agrée réciproquement pour former entre eux une liaison qui est une espèce de fraternité. 2. Ce n'est pas assez, pour former une société, que deux ou plusieurs personnes aient quelque chose de commun entre elles, comme les cohéritiers d'une même succession, les légataires, donataires ou acquéreurs d'une même chose. Car ces manières d'avoir quelque chose de commun entre plusieurs ne renfermant pas le choix réciproque des personnes, ne les lient point en société ».

⁴⁰⁸ R-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français – Traité du contrat de société*, 1824, Premier Appendice – Du quasi-contrat de communauté, p. 525, n°182 : « La principale différence entre la société et cette espèce de communauté, c'est que la société est un contrat, et que la communauté qui en résulte est formée par la volonté et le consentement des parties. Au contraire, cette espèce de communauté n'est pas un contrat, et elle se forme sans le consentement et la volonté des parties. Par exemple, la communauté, que forme une succession échue à plusieurs héritiers, ou un legs fait à plusieurs légataires, est certainement formée sans qu'il intervienne aucun contrat entre ces héritiers ou ces légataires ; et ce n'est pas leur consentement qui la forme avant même qu'ils aient eu connaissance de la succession ou du legs, et souvent sans même qu'ils se connaissent ».

À l’instar des écrits d’ULPIEN⁴⁰⁹, aucun renvoi à la notion d’égalité n’est nécessaire pour nos anciens juristes pour distinguer la société d’autres contrats voisins : seule la volonté réciproque des parties de mettre en place entre elles une collaboration est recherchée. L’expression sera utilisée, *a priori*, pour la première fois par PONT dans son *Traité des sociétés civiles et commerciales*⁴¹⁰. Faisant alors référence au critère distinctif du contrat de société retenu par POTHIER, à savoir la volonté des parties, PONT relève que ce qui distingue réellement celle-ci de la communauté est « *quelque chose de plus, l’*affectio societatis*, selon l’expression d’Ulpian* »⁴¹¹ qu’il définit comme « *la poursuite d’une pensée de lucre par la mise en communauté de la chose commune* »⁴¹² et « *la volonté de s’unir* »⁴¹³.

98. Le terme d’égalité dans la définition de l’*affectio societatis* apparaît chez THALLER. Pour lui, l’élément intentionnel du contrat s’entend de « *l’estime mutuelle des membres, qui se considèrent comme des égaux* »⁴¹⁴. L’égalité ressort également de la tentative de définition de la notion réalisée par PIC pour qui l’*affectio societatis* suppose une « *collaboration active, consciente et égalitaire de tous les contractants en vue de la réalisation d’un bénéfice à partager* »⁴¹⁵. Cette égalité est plus précisément définie par l’auteur comme « *un droit de contrôle et de libre critique par lequel s’affirme leur qualité d’associé* »⁴¹⁶. Ce droit de contrôle et de critique qui serait le propre de l’égalité découlant de l’*affectio societatis* est mis en relation par PIC avec l’absence de lien de subordination nécessaire entre les parties pour qu’il soit

⁴⁰⁹ *Corpus juris civilis*, Traduction française par H. HULOT, J-Fr. BERTHELOT, A. TISSOT et A. BÉRENGER, Metz, 1803 – *Digeste, Livre XVII, Titre II, De l’action qui naît de la société*, p. 511, §44 : « *Si margarita tibi vendenda dedeo, ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem : si pluris, quod excedit, tu haberes, mihi videtur, si animo contrahende societatis id actum sit, pro socio esse actionem : si minus, praescriptis verbis* » / « *Je vous ai donné des pierreries pour les vendre suivant la somme que je vous ai fixée, sous la condition de me donner ce que vous auriez reçu si vous les vendiez cette somme, et de garder le reste pour vous si vous les vendiez davantage. Il me paroît qu’il doit y avoir en ce cas à l’action de la société si les parties ont eu l’intention de s’associer ; autrement il y aura lieu à l’action générale qui vient des conventions innommées, et qu’on appelle action expositive de la convention* ».

⁴¹⁰ En ce sens v. notamment P. DIDIER, *Droit commercial – L’entreprise en société – Les groupes de sociétés*, 3^{ème} éd., PUF, 1993, p. 34

⁴¹¹ P. PONT, *Commentaire – Traité des sociétés civiles et commerciales*, 2^{ème} éd., 1884, p. 55, §75.

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ P. PONT, *op.cit.*, p. 60, §84 : « *Quel sera donc le criterium qui servira à discerner, parmi ces conventions, celles qui constituent vraiment une société ? À notre avis, c’est la volonté des parties contractantes : lorsque les éléments essentiels du contrat se trouvent réunis, si la volonté de s’unir, l’*affectio societatis*, apparaît également, il y a certainement société* ».

⁴¹⁴ E-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1898, p. 122, §165 – La même définition sera reprise dans l’édition E-E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^{ème} éd., 1931, p 190, §238.

⁴¹⁵ P. PIC, « *De l’élément intentionnel dans le contrat de société* », *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1906, p. 154.

⁴¹⁶ P. PIC, *art.cit.*, p. 161 : « *Il ne suffit pas pour qu’il y ait contrat de société, que tous les intéressés coopèrent activement à une entreprise commune ; encore faut-il que cette collaboration affecte un certain caractère égalitaire. Sans doute cette égalité peut n’être pas absolue (...); mais tous, du moins, ont un droit de contrôle et de libre critique, par lequel s’affirme leur qualité d’associé* ».

possible de considérer leurs relations comme relevant d'un contrat de société. En effet, celui-ci indique que la relation entre un patron et ses subordonnés, à qui il permettrait de participer aux bénéfices, ne peut être considérée comme un contrat de société, en ce sens qu'il conserve son pouvoir de direction exclusif. En revanche, si la clause d'intéressement est telle que le lien de subordination qui les unissait jusqu'alors disparaît, il faudrait admettre l'existence d'un contrat de société entre les ex patrons et commis⁴¹⁷.

Ainsi, l'égalité dont il est question semble trompeuse dans les termes employés, puisqu'il s'agit seulement de l'absence de lien de subordination dans les relations entre les associés, chacun ayant potentiellement un pouvoir de contrôle et de critique sur les actes des autres. C'est cette même acception de la notion qui se retrouve chez LYON-CAEN pour qui « *l'intention de s'associer est révélée par le fait que les contractants ont entendu se placer dans la situation d'égalité que la qualité d'associé implique et ont voulu jouer un rôle actif soit que tous soient appelés à faire les opérations, soit que ceux qui ne les font pas aient, au moins, un droit de surveillance sur la gestion* »⁴¹⁸.

99. Cette absence de subordination dans les liens entre les associés n'est qu'un des aspects de la définition de l'*affectio societatis* qui est encore aujourd'hui retenue⁴¹⁹. Et si la Chambre commerciale a défini en 1986 cette notion en faisant référence à l'égalité – *nécessité pour les associés de collaborer de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité*⁴²⁰ – celle-ci ne doit pas être entendue dans son sens commun, elle ne postule aucunement d'un traitement uniforme des associés et ne saurait en aucun cas fonder l'existence d'un principe d'égalité en droit des sociétés. Au contraire, l'absence de lien de subordination dont il est question dans l'expression « *sur un pied d'égalité* » devant être analysé comme une capacité pour les associés de participer au contrôle et à la gestion de la société, le poids de

⁴¹⁷ P. PIC, « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *art.cit.*, p. 162-163 : « *en thèse générale, le seul fait de la part d'un patron de faire participer certains de ses subordonnés aux bénéfices généraux de l'entreprise ne saurait être considéré comme impliquant l'affectio societatis : un chef de maison ne devant jamais être présumé (...) avoir abdiqué le pouvoir de direction exclusive qui lui appartenait auparavant (...). Mais l'on devrait admettre l'existence d'une société véritable entre le patron et son commis, si à la clause de participation aux bénéfices venaient s'adjoindre des stipulations accessoires impliquant disparition de ce lien de subordination qui caractérise le louage de service, par exemple un large pouvoir de contrôle de l'ex-commis sur les opérations du gérant, supprimant le droit de révocation ad nutum du patron et imposant en retour, à l'ancien employé, l'obligation de verser dans la caisse sociale une commandite exposée aux risques* ».

⁴¹⁸ Ch. LYON-CAEN, *Traité de droit commercial*, 1908, p. 57.

⁴¹⁹ V. par exemple Y. GUYON, *Affectio societatis*, J-Cl. Sociétés, Fasc. 20-10, §27 : « *Dans les sociétés, les associés ne sont pas subordonnés les uns aux autres (...). L'affectio societatis postule qu'un associé, en tant que tel, ne reçoit d'ordres d'un autre associé. Cette incompatibilité s'étend aux ordres précis, générateurs d'un lien de subordination* ».

⁴²⁰ Cass. Com., 3 juin 1986, n°85-12.118, *Revue des sociétés*, 1986, p. 585, note Y. GUYON.

chacun étant différent dans la société, il ne s'agit en aucun cas d'une égalité mathématique mais plutôt d'un simple rappel du droit des associés de participer aux décisions sociales par le biais desquelles ils pourront mettre en œuvre leur pouvoir⁴²¹. Ainsi, le minoritaire est nécessairement dans une situation de faiblesse par rapport aux majoritaires. Si le droit, en tentant de minimiser les excès de la majorité⁴²², tend à conserver une absence de subordination complète, l'égalité n'est définitivement pas le maître mot des relations entre associés. En effet, même si l'associé ne se voit jamais totalement exclu du pouvoir décisionnel, le rôle joué par chacun peut s'avérer très différent. Il est même possible, dans certains cas, que les associés acceptent d'être dans un certain lien de subordination à l'égard d'autres dans l'espoir de maximiser leur profit comme cela a déjà été abordé⁴²³. L'*affectio societatis* comme critère de distinction du contrat de société ne peut donc pas être vu comme fondement d'un principe d'égalité.

La notion de principe d'égalité semble donc peu cohérente avec le fonctionnement et l'organisation de la société « commerciale » : que ce soit de manière conceptuelle ou fondamentale, l'égalité ne trouve pas de justification claire en droit des sociétés. Néanmoins, toutes les règles qui sont appelées classiquement au soutien de l'existence d'un tel principe ne peuvent être purement et simplement mises de côté au prétexte d'un défaut de qualification. Il faut dès lors s'attarder sur leur nature et leur importance afin de leur attribuer leur exacte portée.

SECTION II : LES TERMES DE LA DISQUALIFICATION

Le problème premier rencontré avec ce qui est dénommé « *principe d'égalité* » est qu'il met potentiellement un frein très important à la préférence. « *Égalité* » et « *préférence* » sont deux notions antagonistes dont la concomitance semble délicate⁴²⁴. De quelle manière peut-on concilier la nécessité théorique d'un traitement égalitaire si souvent avancée en doctrine et le besoin pratique de mettre en place de régimes diversifiés ? L'expression reçoit peu de soutiens tant théoriques que pratiques, de sorte qu'il est tentant de remettre en cause de manière assez définitive le concept d'égalité. Néanmoins, l'égalité n'est pas totalement exclue des rapports entre associés tels que définis par le droit. Ainsi, seule la qualification de principe doit être écartée à l'égard de certaines règles égalitaires (§1). D'autres dispositions appelées au soutien

⁴²¹ En ce sens v. P. DIDIER, *Droit commercial, op.cit.*, p. 36.

⁴²² Par le biais de la théorie de l'abus de droit par exemple, ou en imposant l'accord de l'unanimité pour les modifications importantes du pacte social.

⁴²³ V. *supra*, n°95.

⁴²⁴ Cf. *supra*, n°2.

de l'existence de ce principe doivent, en revanche, être clairement dissociées de la notion d'égalité, à laquelle elles ne sont assimilées qu'en raison d'une confusion conceptuelle (§2).

§1. Abandon de la qualification de principe pour les dispositions de nature égalitaires éparses ou supplétives

La multiplicité des dispositions et principes avancés par les auteurs comme légitimant l'existence d'un principe d'égalité interdit de rayer la question de l'égalité d'un trait de plume. En s'interrogeant sur la pertinence de l'expression « *principe d'égalité* », il semble possible de donner une signification au mythe montré du doigt par les auteurs. C'est en raison de l'existence de dispositions égalitaires tantôt impératives mais rares, tantôt supplétives, et donc très hétérogènes, qu'un mythe s'est construit. Ainsi, le caractère mythique ne porte pas sur le terme d'égalité mais sur la valeur accordée à la notion de principe.

100. Il existe en droit un lien étroit entre les principes, les règles et les exceptions. La terminologie retenue pour qualifier les dispositions auxquelles ces termes sont appliqués reflète plus d'une équation qualitative que quantitative. La dualité de qualification dans le couple classique règle-exception ne se résout pas en effectuant une comparaison numérique⁴²⁵. Les exemples de règles uniques connaissant un grand nombre d'exceptions sont nombreux sans pour autant que la qualification puisse être retenue. De la même manière, il semble que la qualification de principe tient moins aux occurrences d'application de la norme en cause qu'à son importance idéologique. Il s'agit alors de se demander si le législateur a voulu que la société soit plutôt gouvernée par l'égalité ou par son pendant, la liberté. De cette mise en balance découlera la pertinence de la qualification de principe pour les normes égalitaires. Néanmoins, en dépit de la nécessité de s'attacher plus à la qualité substantielle de la norme qu'à ses occurrences, la rareté d'une norme impérative ou son caractère supplétif est un indicateur de son importance idéologique. Il semble que la nécessité ressentie par le législateur d'imposer parfois l'égalité ou de la proposer à défaut d'autre choix par les associés tend à remettre en cause la qualification de principe initialement retenue. Ainsi, à l'égard de ces dispositions égalitaires, la qualification de principe semble un peu forte, soit en raison de leur caractère impératif mais isolé (A), soit en raison de leur nature supplétive (B).

⁴²⁵ V. sur ce sujet la thèse de P. MORVAN, *Le principe de droit privé, op.cit.*, p. 293 et s.

A. Inadéquation de la qualification de principe pour les règles égalitaires isolées

L'affirmation d'un principe d'égalité en droit des sociétés, même si celui-ci n'apparaît dans aucun texte, tient notamment à l'existence de différentes normes ayant un caractère égalitaire. Il existe d'une part des normes de nature égalitaire communes à toutes les formes sociales, mais dont la portée et les effets tendent à retenir la qualification de règle plutôt que de principe (1). D'autre part, le droit des sociétés est parsemé de règles égalitaires spécifiques à chaque forme sociale, mais le même constat peut être réalisé et la dénomination de principe ne semble pas pouvoir être retenue (2).

1. Égalité commune à toutes les formes sociales : des règles plancher plus qu'un principe

101. Certaines dispositions, parfois appelées « *droits propres de l'associé* »⁴²⁶ en ce sens que chaque associé en bénéficie en raison de cette qualité, quelle que soit la forme sociale considérée, semblent de prime abord établir une égalité qui pourrait justifier la qualification de principe parfois retenue à leur égard. Ces règles, au titre desquelles se retrouvent l'intangibilité des engagements des associés (a), le droit d'information (b) et le droit de participation aux décisions collectives (c), ont toutes un rapport avec le droit de l'associé d'intervenir dans les affaires sociales. Elles constituent le fondement de prérogatives incompressibles et indissociables de la qualité d'associé. L'identité de ces prérogatives justifie la qualification égalitaire. Une personne qui en serait privée ne pourrait être considérée comme étant associé et toute personne associée se verra attribuer cet ensemble de prérogatives. Il s'agit de s'interroger sur le contenu de ce panel de droits que se voient attribuer tous les associés afin de déterminer s'il s'agit de dispositions justifiant la qualification de principe de par l'idéologie qu'ils poursuivent, ou au contraire de dispositions nécessaires, mais ne constituant qu'un minimum au-delà duquel il est possible de mettre en place des discriminations importantes. Dans cette dernière hypothèse, il conviendra de considérer qu'il s'agit de règles. L'étude de ces différentes dispositions d'apparence égalitaire et communes à toutes les sociétés révèle leur relativité et démontre que celles-ci constituent plus des garanties plancher dans l'attribution des

⁴²⁶ Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, p. 86 ; J. DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, *Les droits propres des actionnaires*, Thèse, Poitiers, 1937.

prérogatives des associés qu'un principe d'égalité, ce qui amène à considérer que la dénomination de « règle d'égalité » est plus juste à leur égard.

a. L'intangibilité des droits des associés sans accord personnel et exprès

102. L'interdiction d'augmentation des engagements des associés sans accord individuel de ceux-ci⁴²⁷ est évidemment un droit égalitaire⁴²⁸. Chaque associé devra consentir, à titre individuel, à la modification statutaire qui emportera augmentation de ses engagements. De la sorte, tous les associés, quelles que soient leurs quotes-parts de droits dans la société, sont placés dans une situation équivalente et comparable, donc égale d'un point de vue de l'exercice de leur droit d'accepter ou non la modification envisagée. Ce droit s'oppose à ce qu'un associé soit soumis à une aggravation de son engagement à l'égard de la société sans son consentement. En d'autres termes, il s'agit pour l'associé d'être protégé et de ne pas être engagé au-delà de ce qui était initialement prévu, sauf accord exprès de sa part.

Ceci ne constitue pas une règle spécifique au droit des sociétés. Il s'agit simplement pour ces dispositions de mettre en application le droit classique des obligations⁴²⁹, en vertu duquel le changement de la teneur initiale du contrat est subordonné à un consentement des parties⁴³⁰. L'objet de ces dispositions, bien que s'appliquant à tous les associés, ne peut pas fonder un principe d'égalité spécifique au droit des sociétés : il s'agit d'une règle contractuelle classique, générale, ce qui s'oppose à la qualification de principe⁴³¹.

⁴²⁷ Pour la qualification de droit propre v. par exemple : Y. GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », *Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA, Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 143 : « D'abord, de même que la Constitution et les principes généraux de la République garantissent les droits fondamentaux des citoyens, de même le droit des sociétés accorde aux associés un certain nombre de droits propres, auxquels la majorité ne saurait porter atteinte. Ainsi, selon une règle traditionnelle, reprise par l'article 1836 al. 2 du Code civil et par l'article 153 de la loi du 24 juillet 1966, l'assemblée extraordinaire ne peut pas augmenter les engagements des actionnaires ».

⁴²⁸ Consacré par l'article 1836 alinéa 2 du Code civil et aux articles L. 223-30 alinéa 5 et L. 225-96 alinéa 1^{er} ou encore à l'article L. 236-5 du Code de commerce.

⁴²⁹ Ancien art. 1134 du Code civil, aujourd'hui codifié aux art. 1103 et 1193 sur l'intangibilité des contrats.

⁴³⁰ En ce sens v. notamment M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », *Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, LGDJ, 1999, p. 401 et s. « Ainsi a-t-on transformé en droit de ne pas voir augmenter ses engagements ce qui est simplement le fait de ne pas être engagé au-delà de ce à quoi on s'est engagé. Ce prétendu droit n'est donc que la face cachée de la liberté de s'obliger ou de ne pas s'obliger. (...). La conséquence de cet état de fait est que la renonciation aux droits propres est une modification du cœur du contrat de société par l'usage du droit contractuel le plus classique ».

⁴³¹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op.cit., p. 291.

103. D'ailleurs, l'examen des effets liés à l'interdiction de l'augmentation des engagements démontre que l'égalité est toute relative : il ne s'agit pas de permettre aux associés de donner leur avis sur les modifications statutaires en tout état de cause, mais uniquement à l'égard de la situation très spécifique de l'augmentation de leurs engagements. Les associés ne sont pas égaux : ils bénéficient uniquement d'une règle leur assurant un droit minimum de regard sur la modification substantielle de leur engagement initial. Ce droit plancher a, de fait, surtout un rôle de protection⁴³² à l'égard de l'assemblée générale. Celle-ci peut modifier les statuts dans des conditions de majorité qui ne sont pas à même de garantir l'adhésion de tous, mais voit son pouvoir limité à cette condition d'intangibilité des engagements des associés sans accord individuel des intéressés. Pour le reste, l'assemblée extraordinaire garde une latitude d'action assez importante, et bien que la jurisprudence semble entendre assez largement la notion d'augmentation des engagements en ne différenciant plus celle-ci avec la diminution des droits des associés⁴³³, la protection des associés n'est pas totale. Ainsi, ne constitue pas une augmentation des engagements nécessitant un accord individuel des associés une décision ayant pour effet de priver certain d'entre eux « *de leur intérêt à participer à la société* »⁴³⁴.

b. Le droit d'information minimum des associés

104. Le droit d'information des associés, consacré tant par le Code civil que le Code de commerce⁴³⁵, est présenté comme étant de nature égalitaire et semblable dans toutes les formes sociales. L'assiette et la récurrence de ce droit ne sont pas les mêmes selon la forme sociale

⁴³² En ce sens v. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne, op.cit.*, p. 281 : considère que l'interdiction de l'augmentation des engagements fait partie des mesures (avec le droit préférentiel de souscription) qui ont été édictées « *le jour où l'on a compris que le capital devait être protégé contre le chef d'entreprise devenu en fait tout-puissant* » ; F. RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD Com.*, 2000, p. 27, §2 : « *En définitive, la disposition contenue à l'article 1836, alinéa 2 du code civil relève d'une finalité protectrice des intérêts des associés, dont on ne peut aggraver les engagements sociaux sans une nouvelle expression de leur volonté en ce sens* ».

⁴³³ Y. GUYON, *Assemblées d'actionnaires*, Répertoire des sociétés, Dalloz, §299 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 102, §143 et s.

⁴³⁴ Cass. Com., 26 octobre 2010, n°09-71.404, *JCP G*, 2010, 1211, note P. MOUSSERON. L'assemblée de la société en cause avait décidé à la majorité de filialiser une partie de ses activités. L'un des associés, ayant émis un vote négatif à l'égard de cette résolution, voyait son activité principale vidée de toute substance. La Cour rejette sa demande d'annulation de la résolution fondée sur l'intangibilité des engagements au motif que si cette dernière affecte l'utilité de la participation de l'associé à la société, elle ne constitue pas en elle-même une augmentation de ses engagements.

⁴³⁵ Art. 1855 C. Civ. pour les sociétés civiles ; Art. L.221-7 C. Com. pour les sociétés en nom collectif ; Art. L. 222- 7 C. Com. pour les sociétés en commandite simple, Art. L.223-26 C. Com. pour les SARL ; Art. L.225-115 pour les sociétés par actions or le cas de la SAS pour lesquelles l'art. L.227-1 n'impose pas de se reporter à cette disposition et donc permet aux associés d'organiser librement l'accès aux informations.

considérée. En revanche, le principe que sous-tend ce droit est commun à toutes : il s'agit de permettre aux associés de prendre des décisions éclairées en leur communiquant, de manière régulière, des informations sur la gestion ainsi que l'activité de la société. L'attribution de ce droit est indépendante de la fraction de capital détenue par les associés. Ils recevront tous la même information, de manière égalitaire, sans que l'attribution à l'un n'entame la part que recevra l'autre⁴³⁶. De ce point de vue, il s'agit de dispositions dont l'égalité induite ne fait pas de doute⁴³⁷.

105. C'est tout le moins le cas pour le droit d'information « *de base* » consacré par ces textes. En effet, ce droit inhérent à la qualité d'associé et attribué de manière égalitaire dans une forme sociale considérée, est en réalité un droit plancher : rien n'empêche à ce que les associés prévoient dans les statuts que certains d'entre eux recevront une information plus conséquente que celle qui est prévue par les textes, que ce soit en quantité ou en fréquence. Les textes imposent la transmission de certaines informations aux associés de sorte qu'il ne sera pas possible de prévoir une information moindre, mais aucun ne s'oppose à ce que cette information soit plus complète, que ce soit au profit de tous les associés ou même au profit de certains d'entre eux seulement⁴³⁸. Au contraire, leurs formulations incitent même à aller au-delà de ce droit plancher. À ce titre, l'article 1855 du Code civil relatif au droit de se voir communiquer des documents par les associés de sociétés civiles prévoit que cette communication doit avoir lieu « *au moins une fois par an* ». Un plancher légal est prévu et la formule choisie par le législateur démontre la latitude laissée aux associés au-delà de ce minimum. De la même manière, les textes relatifs aux sociétés commerciales énoncent les documents devant être communiqués aux associés ainsi que les dates butoirs pour les leur communiquer en amont des assemblées mais n'imposent qu'un minimum. Rien ne s'oppose à ce qu'un plus grand nombre d'informations soient portées à la connaissance des associés ou à certains d'entre eux

⁴³⁶ P. DIDIER, Rapport, in « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », *art.cit.*, p. 21 : « *l'égalité d'information est presque plus qu'arithmétique car, dans le partage arithmétique, le bien commun est divisé en parts égales. Ici aussi il est divisé en parts égales, mais tout le monde l'a en entier, car c'est la même information totale qui est due à tout le monde* ».

⁴³⁷ Ainsi, Cl-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, *op.cit.*, p. 52 : affirme qu'à l'égard du droit à l'information on a « *une véritable égalité entre les actionnaires. En ce sens il faut constater que le droit à l'information est accordé de la même manière à tout actionnaire, quelle que soit sa part dans le capital social. L'égalité entre les actionnaires dans le droit d'information est indépendante de toute proportionnalité* » et S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 122, §6 : « *L'égalité in abstracto entre les associés n'est plus respectée pour répartir les droits de vote. En revanche, la loi l'applique au droit à l'information accordé aux associés* ».

⁴³⁸ En ce sens v. S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art.cit.*, p. 122, §7.

seulement ; ni même que ces mêmes informations supplémentaires fassent l'objet d'une diffusion dont la périodicité serait plus abrégée que celle prévue au minimum par les textes.

Il est donc possible de porter atteinte l'égalité arithmétique d'accès à l'information consacrée les textes par des prévisions statutaires. Ainsi, on ne peut pas parler au sujet de ce droit d'un principe d'égalité, mais seulement d'une règle d'égalité instaurant un plancher minimum d'informations au profit des associés, à moins de considérer que le principe égalitaire trouve son fondement dans le fait de faire bénéficier d'une information aux associés, quelle qu'en soit la substance.

c. Le droit de participation aux décisions collectives

106. Le droit de participation aux décisions collectives est également considéré comme un droit propre de l'associé, dont chacun bénéficie de manière égalitaire dès lors qu'il revêt cette qualité⁴³⁹. Ce droit, présenté comme un droit d'ordre public tant par la doctrine que la jurisprudence⁴⁴⁰, trouve son fondement général dans les alinéas premier et quatrième de l'article 1844 du Code civil, en vertu desquels tout associé, en raison de cette qualité, peut participer aux décisions collectives sans qu'aucune disposition statutaire ne puisse y faire échec.

Néanmoins, si chaque associé peut participer aux décisions collectives, faisant que cette prérogative est donc théoriquement pleinement égalitaire (α), la mise en œuvre de ce droit par l'exercice du droit de vote met en évidence une pratique moins égalitaire (β). Ce constat justifie qu'il faille encore une fois considérer que ce droit ne constitue qu'une règle de protection commune à tous les associés et non un principe d'égalité.

⁴³⁹ S. SCHILLER, *art.cit.*, p. 123, §8 : « *A l'inverse du droit de vote et du droit à l'information, un autre droit politique, le droit de participer aux décisions collectives, est aujourd'hui attribué en respectant une égalité arithmétique entre les associé* ».

⁴⁴⁰ V. notamment en ce sens l'arrêt dit « *De Gaste* » du 4 janvier 1994 (Cass. Com., 4 janvier 1994, précit.) qui consacre de manière très claire l'impossibilité de priver la personne ayant la qualité d'associé de participer aux décisions collectives, quand bien même cette personne serait privée de son droit de vote conformément à une prévision légale ou statutaire licite ; C. BARRILLON, « Tout copropriétaire indivis de parts sociales ou d'actions a le droit de participer aux décisions collectives », note sous Cass. Com., 21 janvier 2014, n°13-10.151, *Gaz. Pal.*, 2014, n°166-168, p. 23-27 ; Fl. DEBOISSY et G. WICKER, « Lors même que les statuts prévoient une répartition dérogatoire des droits de vote, cette répartition dérogatoire est sans effet s'agissant d'apprécier le quorum fixé par les statuts à un pourcentage des actions ayant droit de vote », note sous Cass. Com., 5 mai 2009, n°08-17.831, *JCP E*, 2009, n°31, p. 40.

α) Un socle commun à toutes les formes sociales

107. D'emblée, en ce qui concerne la teneur de ce droit, et notamment la notion de « *décision collective* » une difficulté doit être soulevée. Le texte de droit commun fait référence, sans distinction aucune, au « *droit de participer aux décisions collectives* », de sorte que le droit incompressible de l'associé est celui de participer à toutes les décisions collectives. En revanche, la disposition de droit spécial contenue à l'article L. 225-113 du Code de commerce laisse planer le doute sur l'étendue de ce droit dans le cadre des sociétés anonymes⁴⁴¹. Aux termes de ce texte, « *tout actionnaire peut participer aux assemblées générales extraordinaires* », aucune clause statutaire contraire n'étant, ici encore, en mesure d'être efficace. Le droit de participer aux assemblées pour tout associé est donc bien consacré en droit commun et en droit spécial, mais le droit spécial ne l'affirme formellement qu'à l'égard des assemblées générales extraordinaires. Il s'agit donc de se demander si cette prérogative, indissociable de la qualité d'associé, connaît le même contenu dans toutes les formes sociales. Deux solutions sont alors envisageables.

Il est en premier lieu possible de considérer, lorsque l'on compare ces deux textes, que le droit des associés est plus important, et donc la règle d'aménagement de ce droit beaucoup moins souple, dans les sociétés pour lesquelles l'*intuitus personae* est présumé être prépondérant. Ainsi, il y aurait un noyau dur d'égalité de participation aux assemblées ayant le pouvoir de modifier les statuts⁴⁴², commun à toutes les formes sociales. Ce minimum commun s'explique aisément, car quelle que soit la société concernée, la notion d'associé commande que ce dernier ait au moins un droit de regard sur les décisions ayant pour objet ou effet d'atteindre le contenu du contrat par la signature duquel il a obtenu cette qualité. Par ailleurs, ce droit serait encore plus fort dans les sociétés de personnes, où la prise en compte de l'associé est nécessaire. En effet, la règle incompressible concerne l'ensemble des décisions collectives. Cette solution est en accord avec l'esprit des sociétés concernées, car si l'associé doit être pris en compte avant les titres, il est nécessaire que celui-ci ait des prérogatives politiques plus étendues. Trois raisons portent néanmoins à remettre en cause la pertinence de cette approche et à retenir une autre solution.

⁴⁴¹ Et en commandite par actions, qui sont assujetties à ce texte par renvoi.

⁴⁴² Prérogative réservée à l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés par actions.

108. Tout d'abord, la première objection tient à l'existence même du texte de l'article L. 225-113 du Code de commerce. Celui-ci faisait en effet partie d'un ensemble indissociable avant la loi sur les Nouvelles Régulations Économiques du 15 mai 2001. Antérieurement, deux textes régissaient la tenue des assemblées d'actionnaires dans les sociétés par actions : l'article L. 225-112 octroyait la possibilité aux statuts de subordonner l'accès aux assemblées générales ordinaires à la détention d'un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix⁴⁴³, et l'article L. 225-113 précisait que pour les assemblées générales extraordinaires, aucun actionnaire ne pouvait voir son droit de participation écarté. Cette dernière disposition faisait donc partie d'un couple classique en droit de règle-exception. Il était possible statutairement de restreindre l'accès aux assemblées générales ordinaires à certains actionnaires en raison du nombre de titres détenus, mais il n'était pas possible de remettre en cause ce droit en ce qui concerne les assemblées ayant le pouvoir de modifier les statuts. La possibilité de limiter le droit d'accès aux assemblées générales ordinaires fût abrogée en 2001 afin de permettre aux petits porteurs de mettre en œuvre leur droit d'information⁴⁴⁴. En effet, comme vu précédemment, tout actionnaire dispose d'un droit minimum à recevoir des informations en amont des assemblées générales. Or, le fait de pouvoir empêcher les petits actionnaires d'assister aux assemblées générales ordinaires privait ce droit de portée réelle à leur égard : avoir des informations mais ne pas avoir le pouvoir de s'en servir était, selon la commission parlementaire en charge du projet de loi, peu cohérent. La règle prévue par l'article L. 225-112 du Code de commerce a donc été abrogée. Cependant, la loi du 15 mai 2001 n'a pas apporté de modification pour l'article L. 225-113, et ainsi d'un couple indissociable ne reste dans le droit positif que l'exception pour les assemblées générales extraordinaires. Or, il n'est pas possible de considérer qu'en abrogeant l'article L. 225-112 le législateur ait eu pour intention d'offrir

⁴⁴³ Art. L.225-112 C. Com. Abrogé par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 115 : « *Les statuts peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires. Plusieurs actionnaires peuvent se réunir pour atteindre le minimum prévu par les statuts et se faire représenter par l'un d'eux ou par le conjoint de l'un d'eux.* ».

⁴⁴⁴ Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, Avis n°10 (2000-2001) de M. J-J. HYEST, fait au nom de la commission des lois, déposé le 5 octobre 2000 : « *Article 63 (art. 95, 161-1 et 165 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966, devenus les articles L. 225-25, L. 225-107 et L. 225-112 du code de commerce) : Élargissement de l'accès des actionnaires aux assemblées générales et de l'accès des salariés au conseil d'administration*
Cet article vise à remédier à l'absentéisme des actionnaires aux assemblées générales :
- en permettant la participation par visioconférence ou moyens technologiques adaptés ;
- et en supprimant d'une part les seuils de détention du capital social donnant accès à l'assemblée générale ordinaire, d'autre part les restrictions à la participation des salariés au conseil d'administration.
2° Suppression d'une restriction à l'accès aux assemblées générales ordinaires :
Le paragraphe 2° du présent article tend à abroger l'article 165 de la loi du 24 juillet 1966 (article L. 225-112 du code de commerce), qui permet aux statuts d'exiger un nombre minimal d'actions ouvrant le droit de participer aux assemblées générales ordinaires, ce nombre ne pouvant être supérieur à dix. Les actionnaires peuvent se réunir pour atteindre le minimum prévu par les statuts. L'article 165 (article L.225-112) prive les petits porteurs de l'usage individuel du droit d'information dont dispose tout actionnaire ».

encore plus de liberté aux actionnaires en n'indiquant plus les seuils maximums de détention de titre autorisés pour limiter l'accès aux assemblées générales ordinaires. L'objet de cette abrogation était justement de permettre à tous les actionnaires de mettre en œuvre leur droit d'information par le biais de leur participation aux décisions collectives. À ce premier égard, on doit considérer que la précision relative aux assemblées générales « *extraordinaires* » relève plus d'une erreur législative que d'une volonté de faire perdurer la distinction entre les deux types d'assemblées en ce qui concerne le droit d'accès des actionnaires.

109. Ensuite, un second texte porte à mettre en doute la coexistence de deux règles différentes en la matière. En effet, l'article L. 242-9 du Code de commerce, concernant les infractions relatives aux assemblées d'actionnaires, puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende 9.000 euros « *le fait d'empêcher un actionnaire de participer à une assemblée d'actionnaires* ». Ce texte n'opérant pas de distinction entre assemblée ordinaire ou extraordinaire, il ne semble pas exister de possibilité de restreindre l'accès à certaines d'entre elles en se fondant la formulation retenue par l'article L. 225-113, car cela serait constitutif d'un délit d'entrave⁴⁴⁵.

110. Enfin, il convient de noter que l'article L. 225-113 n'est pas applicable aux sociétés par actions simplifiées, l'article L. 227-1 l'écartant expressément des dispositions applicables par renvoi. Ainsi, si la règle dans cette forme sociale, prévue par l'article L. 227-9 alinéa 1^{er}, est la liberté quant aux décisions qui doivent être prises collectivement par les associés et qu'il est ainsi possible dans une SAS de ne pas soumettre toutes les décisions à une assemblée d'actionnaires, pour ce qui est des autres assemblées pour lesquelles une décision collective est prévue, il convient de se reporter aux prévisions de l'article 1844 du Code civil. Il ne sera à ce titre pas possible d'empêcher un actionnaire de participer à la décision en cause par une prévision statutaire⁴⁴⁶. Corrélativement, s'il était admis que les prévisions de l'article L. 225-113 permettaient de réserver un sort différent aux actionnaires selon qu'il s'agisse d'une

⁴⁴⁵ En effet, le défaut de convocation d'un actionnaire à une assemblée semble pouvoir désormais être qualifié de délit d'entrave. En ce sens v. D. REBUT, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, §80 : « *Par ailleurs, la chambre criminelle avait considéré que le délit consistant à empêcher sciemment un actionnaire de participer à une assemblée d'actionnaires n'était pas caractérisé par un défaut de convocation à une assemblée et par un défaut de communication de documents (Cass. Crim., 26 mars 1998, n°97- 80043, Revue des sociétés, 1998, p. 609, note B. BOULOC). Mais cette solution a été rendue alors que ces deux faits faisaient l'objet de délits distincts qui ont été abrogés. Il n'y a donc plus d'obstacle à ce qu'un défaut de convocation ou de communication de documents soit qualifié d'entrave à la participation aux assemblées. Cette qualification supposerait néanmoins d'établir que ces faits ont été commis à dessein de faire obstacle à la participation de l'actionnaire en cause aux assemblées* ».

⁴⁴⁶ L'impossibilité d'écarter du vote l'actionnaire dont l'exclusion est envisagée est une bonne illustration de la nécessité de respecter les prévisions de l'article 1844 du Code civil dans le cadre des sociétés par actions simplifiées : Cass. Com., 23 octobre 2007, n°06-16.537, *Revue des sociétés*, 2007, p. 814, note P. LE CANNU ; *RTD Com.*, 2008, p. 566, note Cl. CHAMPAUD et D. DANET ; *D.*, 2007, p. 2726, note A. LIENHARD.

assemblée ordinaire ou extraordinaire, avec une liberté importante car non encadrée dans le cadre des assemblée ordinaires, cela reviendrait à admettre que les sociétés par actions « ordinaires » connaissent un régime plus souple que la SAS, dont l'esprit est pourtant d'offrir aux actionnaires une forme sociale plus flexible que les autres sociétés par actions. Il serait alors possible d'objecter à cet égard que la SAS, bien que plus flexible, est cependant considérée comme une forme sociale dans laquelle l'*intuitus personae* est plus fort que dans les autres sociétés par actions. De ce fait l'application d'une règle plus stricte à l'égard de l'accès aux assemblées des actionnaires est en adéquation avec la justification de la règle à l'égard des sociétés de personnes. Néanmoins, la faiblesse de l'argument est remarquable, puisque de nombreuses dispositions permettent d'instaurer un *intuitus personae* plus fort dans toutes les sociétés par actions, avec par exemple la possibilité d'insérer dans les statuts de celles-ci des clauses d'agrément.

Ces constatations portent à envisager la deuxième option comme étant la seule qu'il faille retenir : il existe un droit plancher incompressible, en vertu duquel, de manière égalitaire, si une décision collective est envisagée, tous les associés, en raison de cette qualité, devront pouvoir y assister, quelle que soit la forme sociale considérée. On relève donc bien une égalité commune à tous les associés à l'égard de cette prérogative⁴⁴⁷. Cependant, l'égalité dont il est question peut être relativisée.

β) Mais dont la portée est à relativiser en raison de la flexibilité du droit de vote

111. Le droit de participer aux décisions collectives, hors le cas spécifique du démembrement de propriété, se matérialise par l'exercice du droit de vote en assemblée. Ces deux prérogatives sont, en principe, indissociables. Certes, l'associé convoqué et présent à l'assemblée, mais privé de son droit de vote, aura l'avantage d'assister aux décisions collectives et ainsi d'obtenir directement des informations sur celles-ci. Mais ses intérêts ne pourront pas être défendus par l'exercice du droit de vote. L'intérêt pour un associé de pouvoir participer aux décisions collectives ne se concrétise réellement que s'il peut exprimer et faire valoir son avis. Ainsi, le bénéfice est assez relatif. Mais ce bénéfice relatif du droit de participer aux décisions collectives n'est pas le propre de l'associé privé de son droit de vote, puisque le même raisonnement d'une

⁴⁴⁷ Néanmoins, et bien que cela soit plus cohérent, il n'empêche qu'il persiste une ambiguïté des textes qui mériterait d'être rectifiée.

présence dénuée ou presque d'intérêt peut être tenu à l'égard d'un grand nombre d'associé, et ce en raison des règles qui encadrent l'attribution du droit de vote, et donc la portée du pouvoir de l'associé.

En effet, la seule règle impérative et qui ne connaît aucun aménagement possible quant à la dévolution du droit de vote se trouve à l'article L. 223-28 du Code de commerce, en vertu duquel les droits de vote attribués aux associés de SARL sont nécessairement et impérativement proportionnels à la détention de capital. Dans toutes les autres formes sociales, un aménagement de ce droit est possible, que ce soit par une simple clause statutaire dans la limite⁴⁴⁸ de la prohibition de supprimer totalement ce droit dans le cadre des sociétés à responsabilité illimitée et dans la SAS, ou par le biais des actions de préférence dans les autres sociétés⁴⁴⁹. De la même manière, les conditions de majorité d'un certain nombre de décisions peuvent être telles que la voix de certains associés n'aura qu'une valeur consultative.

Par conséquent, que ce soit en raison d'une faible détention de capital ou d'un aménagement statutaire de cette prérogative, qu'il s'agisse de sa détention ou de sa mise en œuvre, la portée du droit de vote peut être considérablement réduite. Par suite, il convient de considérer que s'il appartient à tout associé de pouvoir participer aux décisions collectives et que cette prérogative est consubstantielle de la notion d'associé, l'impact de la participation de chacun peut largement être relativisée par le poids politique accordé aux associés par le biais du droit de vote. La participation aux décisions collectives est une composante du socle avéré des prérogatives sans lesquelles il est impossible de parler d'associé, mais pas une réelle prescription égalitaire.

2. *Les règles égalitaires isolées*

En dehors des dispositions précédemment évoquées qui consacrent des règles égalitaires communes à toutes les formes sociales, le droit des sociétés connaît, tout au moins, deux vraies règles égalitaires propres à certaines formes sociales : la proportionnalité du droit de vote à la détention de capital dans les sociétés à responsabilité limitée, hors le cas de la société par actions simplifiée (a) , et le droit préférentiel de souscription commun aux sociétés par actions (b). Ces règles constituent cependant des dispositions isolées pour lesquelles la qualification de

⁴⁴⁸ Qui peut être interrogée. Sur cette question v. *infra*, n°295.

⁴⁴⁹ Une étude approfondie de la liberté d'aménagement du droit de vote sera réalisée *infra*, n°395 et s.

principe n'est pas opportune. L'égalité impérative n'est de mise qu'à l'égard du droit de vote dans le cadre de la SARL. Les autres dispositions reçoivent de nombreuses exceptions dont la portée (rapport qualitatif et non quantitatif) amène à considérer que le principe n'est pas l'égalité mais une liberté encadrée par des règles égalitaires.

a. Proportionnalité du droit de vote dans les sociétés à responsabilité limitée hors SAS

Alors que la règle de proportionnalité est impérative dans les SARL (α), le législateur a prévu une liste d'exceptions dans le cadre des sociétés soumises aux dispositions relatives à la société anonyme (β).

α) L'égalité proportionnelle impérative de la SARL

112. Seule forme sociale au sein de laquelle la règle est impérative, la société à responsabilité limitée se voit contrainte par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 223-28 de faire correspondre strictement droits de vote et participation de l'associé au capital social. Toute clause contraire est réputée non écrite, en vertu du 5^{ème} alinéa de ce texte. Le rapport égalitaire ne peut connaître aucune exception, les statuts ne peuvent prévoir un droit de vote minoré ou plural. Cette règle est prévue depuis la loi du 7 mars 1925⁴⁵⁰ ayant instauré la SARL⁴⁵¹. Il s'agit en réalité de la seule règle d'égalité impérative à l'égard des prérogatives des associés. Mais si en théorie il ne sera alors

⁴⁵⁰ Art. 28 de la loi du 7 mars 1925 : « *Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, tout associé peut prendre part aux décisions. Chaque associé a un nombre de voix égal au nombre de parts sociales qu'il possède* ».

⁴⁵¹ L'expression « *société à responsabilité limitée* » avait été auparavant employée dans le cadre de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée mais dont les caractéristiques de la forme sociale proposée alors n'ont rien à voir avec la SARL actuelle puisqu'il s'agissait à ce moment-là pour le législateur d'instaurer une société anonyme (donc par actions) au capital restreint sur le modèle de la société à responsabilité anglaise en supprimant, sous certaines conditions, l'obligation d'autorisation administrative jusqu'alors nécessaire pour les sociétés par actions (v. par exemple J-B. ROMIGUIÈRE, *Commentaire de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée promulguée le 23 mai 1863*, 1863 : notamment l'introduction qui explique la simple traduction littérale du mot « *limited* » pour la dénomination de la société à responsabilité limitée française en 1863 ; L. TRIPIER, *Commentaire de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée : suivi de la traduction en français de la législation anglaise sur les sociétés à responsabilité limitée*, 1863) – en revanche, la SARL actuelle est issue d'une importation d'un modèle allemand utilisé dans les départements d'Alsace et de Lorraine depuis la loi du 29 avril 1892 ayant créé la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (v. J. PERCEROU, « La société à responsabilité limitée », *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1925, p. 91, §1-2 ; M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, op.cit.* p. 221, §1775 ; P. DIDIER, *Droit commercial, T. 2 – L'entreprise en société – Les groupes de sociétés*, 3^{ème} éd., PUF, 1999, p. 70).

pas possible de se dégager d'une attribution proportionnelle du droit de vote dans cette forme sociale, deux raisons tendent à remettre en cause l'importance de cette disposition.

Premièrement, l'examen des fondements de cette règle ne révèle aucune justification à son égard. En effet, en dépit d'une affirmation résolue du caractère impératif de l'attribution proportionnelle des voix aux parts détenues dans les travaux préparatoires de la loi du 7 mars 1925⁴⁵², aucune justification n'est exprimée. Une ébauche d'explication est avancée par des auteurs s'interrogeant sur la possibilité d'attribuer un droit de vote privilégié aux parts de la sociétés à responsabilité limitée à l'instar des possibilités offertes par l'article 34 du Code de commerce en matière de sociétés anonymes. Ces auteurs relèvent qu'au moment de l'adoption de la loi du 7 mars 1925, « *il se produisait au Parlement une réaction certaine contre les abus créés par l'émission d'actions à droit de vote privilégié* »⁴⁵³. Cette disposition a donc pour objet de permettre « *à tout associé, quelque faible que soit sa part de capital, ne possédait-il qu'une part de 100 francs, le droit de concourir par son vote à la gestion de la société et d'exprimer sa volonté* »⁴⁵⁴ tout en prohibant le droit de vote plural. Néanmoins, il convient de noter qu'une controverse est alors née quant à la nécessaire proportionnalité capitalistique du droit de vote. Si l'article 28 imposait bien une proportionnalité de ce droit au nombre de parts détenues, l'article 6 de la même loi n'imposait pas une uniformité de valeur nominale des titres, mais uniquement que ceux-ci soient représentatifs d'un multiple de 100⁴⁵⁵. Par conséquent, certains auteurs⁴⁵⁶ considéraient qu'il était possible de contourner la proportionnalité du droit de vote

⁴⁵² Sénat, Rapport du Sénateur F. CHAPSAL, 18 déc. 1924, n°712, p. 30 : « *D'après l'article 28, qu'il s'agisse de résolutions ordinaires ou extraordinaires, tout associé a le droit de prendre part au vote, et est investi d'un nombre de voix égal au nombre de parts qu'il possède ; aucune limitation n'a été apportée à ce nombre. Cette disposition a un caractère impératif et il ne serait pas possible aux statuts de conférer à un ou plusieurs associés un chiffre de voix supérieur ou inférieur au nombre de parts sociales* ».

⁴⁵³ B. AUGER et R. MICHEL, *Traité et formulaire des sociétés à responsabilité limitée*, 1929, 3^{ème} éd., p. 56 : « *Une question demeure extrêmement délicate à résoudre, celle de savoir s'il peut être créé des parts à droit de vote privilégié (...) c'est l'article 34 du Code de commerce qui constitue le texte fondamental en vertu duquel les actions à droit de vote privilégié sont valablement émises (...) et cet article n'a pas été reproduit dans la nouvelle loi. (...) dans le doute né de l'interprétation du texte lui-même, cette explication a une force indéniable, surtout si on songe qu'au moment où la loi était votée, il se produisait au Parlement une réaction certaine contre les abus créés par l'émission d'actions à droit de vote privilégié, et qu'il appert que les paroles du rapporteur traduisaient bien la volonté mal exprimée du Parlement* ».

⁴⁵⁴ B. AUGER et R. MICHEL, *op.cit.*, p. 76, §355.

⁴⁵⁵ Art. 6, loi du 7 mars 1925 : « *(Le capital social) se divise en parts sociales de 100 francs ou de multiples de 100 francs* », n'imposant pas l'égalité de valeur nominale des parts dans une SARL (en ce sens v. F. CHAPSAL, *Des sociétés à responsabilité limitée*, Payot, 1926, p. 35-36 – aujourd'hui l'art. L.223-2 impose l'égalité des parts sociales en ce qui concerne leur valeur nominale).

⁴⁵⁶ B. AUGER et R. MICHEL, *op.cit.*, p. 76, §356-358 : « *Mais il en sera ainsi quelle que soit la valeur nominale des parts : une part de cinq cents francs n'aura pas plus de voix qu'une de cent, ce qui permet de tourner la loi (...). Ces capitalistes devront donc s'opposer à la division dans les statuts du capital en parts d'une valeur nominale inégale* ».

au détriment de ceux qui auraient le plus apporté, en attribuant le même poids politique aux titulaires d'une part de 100 francs qu'à ceux qui seraient titulaires d'une part de 500 francs par exemple⁴⁵⁷. Ainsi, la raison qui aurait conduit le législateur à adopter une telle disposition, seule règle d'égalité impérative à l'égard des droits et obligations des associés, serait une réaction aux excès constatés dans les sociétés commerciales pouvant émettre des titres privilégiés. La mesure paraît excessive, car elle implique l'égalité alors qu'elle a vocation à lutter non contre les inégalités, mais contre les excès. Ceci ne constitue pas un argument probant en ce sens que les excès pouvaient être contrés d'une autre manière⁴⁵⁸, et d'autant moins convaincant que les dispositions de la loi elles-mêmes permettraient potentiellement son contournement en ce qui concerne la puissance décisionnelle des minoritaires en détention de capital. Ce ne sera qu'avec le décret-loi du 14 juin 1938 que le législateur imposera une valeur nominale égale pour les titres de SARL en modifiant l'article 6 de la loi du 7 mars 1925 en ces termes : le capital social de cette forme sociale « *se divise en parts sociales d'une valeur nominale égale, laquelle ne peut être inférieure à 100 fr.* »⁴⁵⁹. La lecture de l'exposé des motifs de ce décret pris dans le cadre de la loi du 13 avril 1938⁴⁶⁰ n'apporte qu'une justification mesurée à l'imposition d'une valeur nominale égale et – par voie de conséquence – à la proportionnalité impérative du droit de vote à la quotité de capital⁴⁶¹. Il est en effet expliqué que les modifications apportées au texte de la loi de 1925 ont pour objet de mettre fin aux abus liés à l'absence d'un capital social suffisant et au défaut d'obligation des gérants en cas de pertes importantes dans le montant de ce capital. Ainsi, l'objet de ce décret était d'imposer un capital minimal stable, et cette obligation se trouve pérennisée par celle portant sur le montant minimal et égal des titres. Or, le même effet pouvait être atteint par d'autres moyens. Rien ne permet alors de considérer que l'égalité de la valeur des titres ainsi que la proportionnalité du droit de vote est

⁴⁵⁷ Contra J. PERCEROU, « La société à responsabilité limitée », *art.cit.*, p. 98 : « *La formule de l'art. 28 n'est pas heureuse (...). Ce n'est évidemment pas cela qu'entend la loi. Elle veut dire que chaque associé aura une voix pour 100 francs de capital qu'il possède* ».

⁴⁵⁸ Avec par exemple l'instauration d'un nombre maximum de voix ou une procédure de vérification des privilèges qui seraient octroyés à l'image de la procédure de vérification des avantages particuliers.

⁴⁵⁹ Art. 1^{er} du décret-loi du 14 juin 1938 remplaçant les art. 6 et 36 de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée, JO, 17 juin 1938, p. 6875.

⁴⁶⁰ Loi du 13 avril 1938 tendant au redressement financier.

⁴⁶¹ *Rapport du Président du conseil sur le décret du 14 juin 1938*, Dalloz, Jurisprudence générale, 1938, p. 313 : « *La forme de société instituée par la loi du 7 mars 1925 (...) a été largement utilisée dans la pratique et rend les plus grands services dans le commerce et dans l'industrie. Mais ce succès n'est pas allé sans quelques abus. Beaucoup de ces sociétés n'ont qu'un capital insuffisant (...). Les précisions du présent décret tendent à apporter sur ce point à la loi du 7 mars 1925 les retouches nécessaires. Les mesures envisagées qui perfectionnent une institution utile à l'activité commerciale sont par là même favorables au développement de la production et rentrent par conséquent dans la mission que la loi du 13 avril 1938 a assigné au Gouvernement* ».

fondamentalement justifiée, ni même recherchée dans son effet égalitaire. Il ne s'agissait que d'un moyen parmi d'autres.

Deuxièmement, en dehors de cette absence de justification fondamentale, si de manière théorique aujourd'hui tous les associés ont un droit de vote proportionnel à leur détention de capital, la mise en œuvre de ce droit n'est pas nécessairement égalitaire en pratique, puisqu'il sera loisible aux associés d'aménager, dans une certaine mesure, les modalités de majorité des décisions collectives. Ainsi, la proportionnalité qui, de prime abord, offrait la possibilité à tous les associés d'être titulaires d'un poids décisionnel proportionné à leur investissement, pourra voir son influence modelée de sorte que le poids réel de chacun soit sans commune mesure avec leur détention capitalistique. Ainsi, l'article L. 223-29 du Code de commerce prévoit que les décisions ordinaires sont prises à la majorité absolue des associés sur première convocation et, à défaut, sur seconde convocation à la majorité simple. De ce fait, un associé détenant 51% des parts de la société devrait avoir un pouvoir très important puisqu'à lui seul, il dispose du pouvoir décisionnel. Néanmoins, il est possible de prévoir des conditions de majorité plus fortes puisqu'aucun texte ne s'y oppose⁴⁶². Si les statuts portent cette majorité aux $\frac{3}{4}$ sur première convocation, l'associé majoritaire en capital n'a pas à lui seul le pouvoir de prendre des décisions. Il n'a donc plus le même poids dans la société : si son avis positif reste indispensable, il n'est plus suffisant.

β) L'égalité proportionnelle : règle et exceptions pour les SA et SCA

113. Sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions connaissent également une règle d'égalité proportionnelle à la détention de capital à l'égard de la répartition des droits de vote. Néanmoins, l'article L. 225-122 I du Code de commerce qui consacre cette règle n'a pas le caractère impératif et strict de l'article L. 223-28 et prévoit, même s'il s'agit d'une liste exhaustive, des exceptions à la proportionnalité du droit de vote. Dans les SA et les SCA, si la règle est que « *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* »,

⁴⁶² En effet, si l'article L. 223-30 C. Com. répute non écrite toute clause statutaire ayant pour objet de porter la majorité requise pour les modifications statutaires au-delà des $\frac{3}{4}$ des parts sociales, l'article L. 223-29 dispose uniquement que « les décisions sont adoptées par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié des parts sociales ». Partant, rien ne s'oppose à un renforcement de la majorité pour l'adoption des autres décisions. Dans le même sens v. notamment Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 260, §165.

c'est sous réserve de la mise en œuvre des exceptions prévues par le texte. Or, au-delà du nombre de ces exceptions, celles-ci sont de nature à remettre en cause la qualification de principe généralement retenue⁴⁶³ en ce qui concerne la règle proportionnelle.

114. En effet, au titre des exceptions prévues à l'article L. 225-122 I, il est tout d'abord loisible aux actionnaires de prévoir statutairement l'octroi droit de vote double pour toutes les actions détenues nominativement depuis plus de deux ans, sachant que cette attribution est de droit depuis la réforme du 29 mars 2014 dans le cadre des sociétés admises sur un marché réglementé⁴⁶⁴ et pour lesquelles il sera lors nécessaire de prévoir une clause contraire pour que la proportionnalité soit respectée. La clause de stage prévue par le législateur pour qu'il soit possible de faire entorse à la règle de proportionnalité est telle qu'il convient de considérer, et ceci est d'autant plus remarquable dans les sociétés cotées, que son attachement à l'égalité ne peut fonder un principe. Ensuite, il est également possible de limiter le droit de vote des actionnaires puisque l'article L. 225-125 du Code de commerce prévoit que « *les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées* »⁴⁶⁵. Et même si le texte prévoit que cette limitation doit être imposée « *à toutes les actions sans distinction de catégorie* », cela permet de se dégager de la répartition proportionnelle des droits de vote puisque la limitation du nombre de voix n'aura pas nécessairement le même retentissement sur les voix dont disposent les actionnaires en proportion de leur détention de capital. Enfin, si le recours aux actions de préférence par la société anonyme ne permet pas d'attribuer un droit de vote majoré ou minoré en dehors des deux cas précédemment évoqués, il sera possible par leur truchement de mettre en place des actions privées de droit de vote, dès lors que celles-ci ne représentent pas plus de la moitié du capital social, hors le cas des sociétés cotées pour lesquelles le seuil maximum est abaissé au quart du capital⁴⁶⁶.

115. D'ailleurs, la Commission européenne a commandité une étude ayant pour objet de s'interroger sur la « *démocratie actionnariale* ». Le rapport de cette étude, rendu le 17 mai 2007⁴⁶⁷, fait apparaître, au vu des enquêtes menées auprès des différents acteurs économiques

⁴⁶³ Ainsi, Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, op.cit.*, p. 390, §362 : dans un paragraphe consacré au droit de vote attaché aux valeurs mobilières intitulé « *le principe de proportionnalité* » indique « *a capital égal, vote égal* », laissant ainsi penser que le principe est l'égalité (alors qu'il semble qu'il faille plutôt considérer qu'il s'agit d'une règle compte tenue de la qualité des exceptions prévues à cette disposition).

⁴⁶⁴ Art. L.225-123 C. Com.

⁴⁶⁵ Pour une étude plus approfondie de cette liberté v. *infra*, n°398.

⁴⁶⁶ Art. L.228-11 C. Com. Pour une étude plus détaillée des aménagements possibles v. *infra*, n°401.

⁴⁶⁷ *Report on the Proportionality Principle in the European Union*. Cette étude est disponible sur le site de la Commission Européenne : http://ec.europa.eu/internal_market/company/shareholders/indexb_fr.htm

européens, qu'il « *ne semble pas justifié d'imposer un système de proportionnalité obligatoire, et (que) la notion de « démocratie actionnariale » paraît relever plus du slogan que d'un véritable principe* »⁴⁶⁸. Ainsi, le projet d'imposer un principe « une action – une voix » a été rapidement abandonné⁴⁶⁹, ce qui manifeste le manque d'intérêt qu'a suscité cette proposition de réforme sur le plan européen. Il n'existe pas d'attrait particulier des acteurs économiques pour l'égalité, fût-elle proportionnelle, les dérogations à celle-ci n'apparaissant pas contraires au fonctionnement optimal du marché⁴⁷⁰.

En définitive, en dehors du cas de la SARL où la règle de proportionnalité est impérative, il existe de nombreux mécanismes permettant de s'en affranchir. De ce fait l'idéologie générale du droit de vote dans les sociétés à responsabilité limitée semble plus relever de la liberté que de l'égalité, laquelle n'intervient qu'à titre de rempart aux éventuels excès.

b. Droit préférentiel de souscription

116. Le droit préférentiel de souscription, prévu par l'article L. 225-132 du Code de commerce applicable à toutes les sociétés par actions, a pour finalité de prévenir la dilution des droits pécuniaires et politiques des associés lors d'une augmentation de capital envisagée par leur société. Par le biais de ce mécanisme, lors d'une augmentation de capital, tous les actionnaires présents dans la société ont le droit de souscrire à un certain nombre d'actions nouvelles déterminé par la proportion de capital qu'ils détiennent⁴⁷¹.

117. Ainsi, si les bénéficiaires de ce droit ne sont pas obligés de l'exercer et peuvent même le céder, ils sont initialement tous égaux en termes de protection de leur pourcentage de détention de capital. Par ricochet, si une répartition proportionnelle des droits a été choisie, ils

⁴⁶⁸ Ch. CLERC, « Réflexions sur la démocratie actionnariale », *RTDF*, 2007, n°3, p. 94.

⁴⁶⁹ Sur cet abandon, v. par ex. B. LECOURT, « Proportionnalité entre capital et contrôle dans les sociétés cotées », in *5^{ème} conférence du droit des sociétés et du gouvernement d'entreprise*, Berlin, 28 juin 2007, Remise de l'étude externe réalisée pour la Commission européenne, Rapport de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, mai 2007, *Revue des sociétés*, 2007, p. 642.

⁴⁷⁰ Par exemple, sur l'absence d'incidences négatives des actions à droit de vote double sur le marché, dont l'étude est réalisée suite au rapport remis à la Commission européenne v. A. REYGROBELLET, « Proportionnalité entre capital et contrôle : faut-il interdire toute dérogation au principe "une action = une voix" ? », *RTDF*, 2007, n°3, p. 105, §26 et s.

⁴⁷¹ Une discorde existe cependant quant à la portée du texte depuis l'ordonnance 2004-604 du 24 juin 2004 ayant supprimé l'alinéa 2 de la disposition jusqu'alors en vigueur qui prévoyait que « toute clause contraire est réputée non écrite » : il est alors possible, dans l'absolu, de considérer qu'il est loisible aux associés de se départir d'une répartition proportionnelle – sur cette question, v. *infra*, n°389.

sont également égaux en matière de protection de leurs prérogatives dans la structure sociale. Ce droit a une fonction égalitaire⁴⁷². Néanmoins, si cette disposition a pour effet de protéger les droits des actionnaires présents dans une société, le droit préférentiel de souscription peut se révéler être un frein lorsque certaines opérations sont envisagées. Par exemple, si les actionnaires conservent la possibilité de souscrire prioritairement à une augmentation de capital, l'entrée projetée d'un nouvel actionnaire dans la société pourrait être un échec alors même que celle-ci était nécessaire à la survie de l'entité. Pour pallier ces difficultés, le législateur a donc prévu des cas limitativement énumérés dans lesquels ce droit pourra être supprimé.

118. Il sera possible pour l'assemblée générale extraordinaire de supprimer cette prérogative essentielle de l'actionnaire pour tout ou partie d'une ou plusieurs augmentations de capital déterminées⁴⁷³. De plus, la conversion d'actions de préférence en actions ordinaires ou en actions de préférence d'une autre catégorie emporte renonciation automatique à ce droit⁴⁷⁴. En outre, et ceci constitue la seule exception expresse à la suppression statutaire de ce droit, l'article L. 228-11 alinéa 5 du Code de commerce permet la suppression du droit préférentiel de souscription pour une catégorie particulière d'actions de préférence : les actions émises originellement sans droit de vote et offrant « *un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation* ».

119. Ces exceptions démontrent bien que l'intention du législateur n'est pas d'imposer une égalité en tant que principe⁴⁷⁵, mais plutôt de proposer une règle protectrice des intérêts initiaux des actionnaires et pour lesquels ceux-ci conservent un choix. Il s'agit encore une fois pour les actionnaires d'accepter ou non la modification de leurs engagements initiaux. Néanmoins, les modifications leurs seront parfois imposées et dans la pratique, il arrivera que ceux-ci renoncent au droit préférentiel de souscription pour des raisons financières. L'égalité n'est ici qu'une règle qui peut être écartée.

⁴⁷² En ce sens M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op.cit., p. 491, §1195.

⁴⁷³ Art. L.225-135 C. Com.

⁴⁷⁴ Art. L.225-132 al. 5 C. Com.

⁴⁷⁵ *Contra* v. J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés », art.cit., p. 402 : « *Le législateur impose pareillement l'égalité dans les droits patrimoniaux (...) l'égalité impérative des actionnaires dans l'octroi du droit préférentiel de souscription* ».

B. Inadéquation de la qualification de principe pour les règles supplétives

120. Tant le Code civil que le Code de commerce contiennent des dispositions égalitaires qui ont vocation à s'appliquer à défaut d'expression d'une volonté contraire des parties dans les statuts. Ces dispositions supplétives sont parfois appelées au soutien de la démonstration de l'attachement du législateur à une certaine égalité en droit des sociétés⁴⁷⁶, par le biais d'un raisonnement aux termes duquel l'égalité supplétive est le principe instauré par le législateur, avec pour exception une liberté qui peut être exercée par le truchement d'une clause statutaire contraire. Cependant, il ne semble pas que le législateur ait été guidé par la volonté d'imposer une égalité par le biais de ces règles. L'étude de la signification de la supplétivité des règles de droit conduit plutôt à considérer qu'il s'agit d'une question d'opportunité de retenir une solution à l'égard des prérogatives concernées (1), considération qui peut être appuyée par l'objet des règles supplétives en cause (2).

1. Signification de la supplétivité

121. Est supplétif ce « *qui est destiné à venir en aide à ce qui est incomplet ou insuffisant; qui sert de supplément* »⁴⁷⁷. De cette définition courante de la supplétivité, il ressort qu'une règle supplétive est une règle qui aura vocation à s'appliquer à titre de support, en cas de lacune prévisionnelle. Néanmoins, c'est une fonction plus importante qui lui est parfois allouée. Ainsi, aux termes d'une définition retenue en doctrine, la règle supplétive n'est pas uniquement un support mais elle est également un idéal, car sa « *fonction de suppléance [qui] manifeste la valeur éminente du modèle proposé à défaut de volonté contraire* ». Pour un auteur, « *la règle supplétive revêt [même] un caractère obligatoire en ce sens que l'absence de volonté contraire des intéressés impose nécessairement son application* »⁴⁷⁸. Or, du moins du point de vue du droit des sociétés et plus particulièrement des dispositions supplétives relatives à l'attribution des prérogatives de l'associé, ces définitions peuvent être, si ce n'est précisées, au moins nuancées.

On peut en effet considérer que la règle supplétive promet en réalité comme règle de référence celle dont le contenu sera négocié et défini par les parties au contrat qui régit leurs

⁴⁷⁶ V. en ce sens par ex. J. MESTRE, *art.cit., loc.cit.*

⁴⁷⁷ Trésor de la Langue Française Informatisé, v. *Supplétive* : <http://www.cnrtl.fr/definition/supplétive>

⁴⁷⁸ C. PERÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, T. 421, 2004, p. 135.

prérogatives, à savoir les statuts. La règle supplétive n'aura alors vocation à s'appliquer qu'à défaut de prévision expresse, contraire ou non. Si les définitions précédemment énoncées font référence au défaut d'expression de volonté contraire, il paraît plus juste de considérer que l'expression d'une volonté correspondant au contenu de la règle supplétive constitue néanmoins l'expression d'une volonté et non une application par défaut de la règle supplétive. Que la règle supplétive soit exprimée ou non dans les statuts, elle n'est jamais impérative.

122. Il est en effet possible que les associés se prononcent dans son sens ou gardent le silence sur la répartition de la prérogative considérée. Pour autant on ne peut pas considérer que la règle appliquée est la règle supplétive. Il s'agit de la volonté des parties. Si elle fait l'objet d'une expression, il y a simplement appropriation de la règle supplétive. En cas de silence, nul n'étant censé ignorer la loi⁴⁷⁹, l'expression de volonté se voit substituer à une présomption de volonté et la règle supplétive fait tout de même l'objet d'une appropriation par les parties. Il n'est pas possible de considérer que la règle s'impose à eux. En effet, « *il y a une présomption de droit : les parties sont censées connaître la loi en cause, censées savoir qu'elles seraient en droit de l'écartier. Suit un argument raisonnable : si elles ne le repoussent pas, c'est qu'elles l'adoptent* »⁴⁸⁰. Si cette théorie a connu ses détracteurs en droit général des obligations par des auteurs qui considèrent qu'il n'existe pas de contrat complet dans lequel les parties auraient envisagé toutes les possibilités⁴⁸¹, celle-ci doit continuer à s'appliquer dans le cadre du contrat de société à l'égard des règles supplétives. En effet, il n'est pas possible d'admettre que les futurs associés n'aient simplement pas pensé à se prononcer sur les droits en cause. Tout au plus est-il envisageable de considérer qu'ils n'ont pas réussi à trouver un accord sur la répartition de ces droits et que, de fait, ils sont contraints de s'en remettre à l'égalité. Ainsi, la règle supplétive n'est appelée en tout état de cause à entrer en application qu'en second lieu et à titre présomptif en cas de silence des statuts, contrairement à la règle à laquelle il est possible de déroger par le recours aux exceptions prévues par le législateur et qui peut être qualifiée de principe dans un couple classique « règle-exception ».

Dans le cadre d'une règle supplétive, la règle est la liberté, et ce n'est qu'à défaut d'usage de cette liberté qu'elle sera appelée en renfort. Le caractère égalitaire de la règle ne peut pas être analysé comme un principe. En effet, l'idéologie recherchée par la disposition supplétive

⁴⁷⁹ « *Nemo legem ignorare censetur* », v. par ex. sur cette question R. LIBCHABER, « Connaissance de la loi, connaissance du droit », *RTD civ.*, 2002, p. 173.

⁴⁸⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II, Les biens – Les obligations*, PUF, 2004, p. 1983, §952.

⁴⁸¹ V. notamment E. PUTMAN, « L'introuvable contrat complet », *RRJ*, 2008, n°5, p. 2477 ; E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2008, §1347 et s.

n'est pas une égalité avec la permission de s'en affranchir par exception, mais une égalité qui sera la seule solution de partage des droits envisagés possible à défaut d'expression de volonté des parties. Contrairement à ce qui est affirmé par la doctrine quant à la portée de la règle qui s'appliquera faute de choix des parties, l'égalité contenue à titre supplétif dans les dispositions n'est pas un idéal⁴⁸². Elle ne fonde pas un principe, mais une nécessité qui ne peut s'analyser que comme une opportunité parmi les solutions qui étaient possibles. En effet, les règles en cause concernent des droits et obligations indissociables de la qualité d'associé⁴⁸³. De par l'importance qu'auront ces prérogatives dans le fonctionnement de la société, il était inopportun pour le législateur de ne pas prévoir de règle palliative si d'aventure les associés ne se prononçaient pas sur ce droit⁴⁸⁴. Un expédient était souhaitable. Et l'égalité était le seul mode de partage envisageable à titre supplétif. Il n'est pas possible de prévoir une autre répartition arbitraire des droits et obligations des associés et il n'est pas possible d'envisager que les associés aient eu à l'idée un autre partage qu'égalitaire s'ils ne se sont pas prononcés sur le droit en question⁴⁸⁵. L'égalité découlant d'une disposition supplétive constitue une présomption et non un principe : à défaut de prévision spécifique à l'égard de la prérogative en cause, la loi présume une égalité⁴⁸⁶, qu'elle soit proportionnelle ou arithmétique, en accord avec l'aspiration à l'égalité que l'on présume chez l'homme comme idéal recherché. En effet, quel autre choix aurait pu être retenu par la loi que celui d'une présomption d'une volonté d'attribution égalitaire

⁴⁸² Dans le même sens v. C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, op.cit., p. 570 : la règle supplétive « est, à la fois modèle et ordre. Modèle en tant qu'elle représente un type idéal à reproduire traduisant les valeurs auxquelles l'ordre juridique marque son attachement en les érigeant en devoir-être, exprimant une normalité axiologique. Ordre, en ce que la liberté de principe qu'elle présuppose au bénéfice des sujets de droit n'est pas absolue mais relative, le modèle supplétif devant être réintégré à l'encontre de la volonté individuelle exprimée lorsque celle-ci franchit un seuil inacceptable et porte atteinte à la règle supplétive elle-même ».

⁴⁸³ Cf. *infra*, n°123.

⁴⁸⁴ Mais il n'aurait pas été impossible de ne rien prévoir : dans la société par actions simplifiée, certaines prérogatives sont laissées à la libre détermination des parties sans qu'aucune règle supplétive n'ait été prévue.

⁴⁸⁵ Ce recours obligatoire à l'égalité à défaut de prévision spécifiques des parties au contrat de société se retrouve déjà chez DOMAT : J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre nature*, T. 1, 2nde éd., 1697, p. 294 et. s : « Si les portions de pertes et gains n'étoient pas réglées par la convention, elles seront égales : car si les associés n'ont pas fait de distinction qui donne plus à l'un et moins à l'autre, leurs conditions n'étant pas distinguées, celle de chacun doit être la même que celle des autres ».

⁴⁸⁶ En ce sens, à l'égard de la répartition des bénéfices et des pertes v. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Égalité et discrimination en droit interne et en droit international*, R. HOUIN, p. 233 : « Dans une société, la participation aux bénéfices et aux pertes peut-être librement fixée par les statuts et ce n'est que lorsque ceux-ci sont muets que la loi présume une égalité proportionnelle de type capitalistique ».

du droit en cause ? Il n'existe pas d'autre base de solution – sauf à ne rien prévoir –, et c'est l'emploi naturel de l'égalité, même si celle-ci ne correspond pas aux aspirations du marché⁴⁸⁷.

Si un principe doit être recherché dans les règles supplétives relatives aux droits et obligations des associés en droit des sociétés, il semble plutôt qu'il faille retenir celui de la liberté. L'égalité peut jouer comme point de repère au moment des négociations entre les futurs associés pour la répartition de leurs prérogatives, mais elle n'a pas vocation à s'imposer à eux. Au contraire, la formulation des règles supplétives par le législateur incite plus les associés à réfléchir à leurs besoins et aspirations qu'à opter pour un modèle « *prêt-à-porter* » de répartition de leurs prérogatives.

2. Les règles égalitaires supplétives

123. Il convient dès lors de rappeler que doivent être considérées comme supplétives non seulement les règles qui affichent expressément ce caractère en vertu d'une formulation de type « *sauf clause contraire* »⁴⁸⁸, mais également celles qui ne sont pas impératives et dont les associés peuvent se détacher par simple prévision statutaire. Cette conception des dispositions légales est en accord avec le principe en vertu duquel tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis, repris par l'article 6 du Code civil, et récemment rappelée dans le cadre de la réforme du droit des obligations. En effet, le rapport fait au Président de la République précise que « *dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception* »⁴⁸⁹. À cette précision, tout à fait utile à l'égard du contrat de société qui, bien que spécial, reste un contrat soumis au droit commun des obligations, il convient

⁴⁸⁷ En effet, comme on l'a déjà vu (*supra*, n°115), la Commission européenne a établi en 2007 un rapport sur la question de la proportionnalité du droit de vote (*Report on the Proportionality Principle in the European Union*) aux termes duquel l'égalité n'apparaît comme facteur permettant d'affirmer la supériorité d'un système normatif sur un autre (partant, l'égalité est une solution, mais n'est pas nécessairement la meilleure ni la seule) : http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/study/final_report_en.pdf

⁴⁸⁸ Il existe en effet des variantes à cette formulation : « sauf disposition contraire des statuts », « à moins que les statuts n'en disposent autrement » etc.

⁴⁸⁹ Cf. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n°25 : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>

d'ajouter que la jurisprudence se prononce également sur le caractère impératif ou supplétif de certaines dispositions. Ainsi, devront être envisagées ici toutes les règles égalitaires, quelle que soit la forme d'égalité proposée, qui ne sont appelées à jouer dans les rapports entre associés que faute de choix exprès de leur part sur les prérogatives concernées dans les statuts. Cet inventaire a pour objet de montrer l'importance fonctionnelle des règles en cause, donc l'inopportunité pour le législateur d'être resté muet à l'égard de celles-ci, et le défaut concomitant d'attachement à un idéal égalitaire.

124. La première règle supplétive rencontrée dans les dispositions communes à toutes les formes sociales dans le Code civil est contenue dans l'article 1836. En vertu de ce texte, « *à défaut de clause contraire des statuts* », ces derniers ne pourront être modifiés qu'à l'unanimité. Ainsi, ce n'est que si les statuts n'ont pas prévu une règle de majorité différente que le pacte social sera modifié avec l'accord de tous les associés, de manière égalitaire. Ici, il est évidemment inconcevable que le législateur n'ait pas prévu de règle pour pallier le défaut de prévision statutaire. L'égalité unanime était de manière tout aussi évidente la seule prise de position possible étant donné que la modification du pacte social concerne la volonté primaire des futurs associés.

125. La règle supplétive suivante est la plus illustre disposition supplétive à l'égard des prérogatives des associés. Il s'agit de la répartition proportionnelle des bénéfices et des pertes à la détention de capital social, prévue par l'article 1844-1 du Code civil, qui n'a vocation à s'appliquer que « *sauf clause contraire* ». Ici encore, il était nécessaire que le législateur se prononce, bien que la probabilité d'omission d'aborder le sujet par les futurs associés soit faible. Il est en revanche très facilement concevable soit que les associés n'aient pas entendu répartir autrement cette prérogative, soit qu'ils ne soient pas arrivés à un accord sur une solution différente. Et de la même manière, seule l'égalité pouvait être proposée à titre supplétif pour la répartition des bénéfices et des pertes. Le choix de l'égalité proportionnelle ne s'imposait en revanche pas au législateur⁴⁹⁰, mais la justice distributive semble, en matière de répartitions pécuniaires, plus appropriée qu'une distribution arithmétique. La disqualification s'impose d'autant plus lorsqu'on sait qu'il est possible, malgré une prévision statutaire ou une absence de prévision, de prévoir une répartition qui ne soit pas proportionnelle au moment de

⁴⁹⁰ Et donc la disposition ne justifie pas l'existence d'un principe égalitaire en la matière. Dans le même sens v. Cl. CHAMPAUD, « Participation aux bénéfices et aux pertes. Clauses léonines », *RTD Com.*, 1991, p. 395.

l'assemblée qui décide de la répartition des bénéfices⁴⁹¹. La même justification est applicable à l'article 1844-9 du Code civil, lequel prévoit une règle supplétive équivalente en matière de *boni* de liquidation⁴⁹².

126. En ce qui concerne ensuite les sociétés civiles, l'article 1852 du Code civil prévoit, de manière supplétive, une égalité unanime des associés pour l'adoption des décisions collectives. Là aussi, il était opportun pour le législateur de prévoir une règle. Et, sauf à prévoir une règle arbitraire sans fondement, seule l'égalité était envisageable pour suppléer l'expression de volonté des associés dans les statuts⁴⁹³. Une égalité supplétive est également prévue à l'égard du droit d'information des associés au travers de l'article 1855 du Code civil : il s'agit ici d'une supplétivité due à l'absence de texte interdisant d'accorder plus d'informations à certains d'entre eux et d'une prérogative pour laquelle, comme il l'a déjà été vu, la mise en place d'un droit plancher égalitaire était nécessaire⁴⁹⁴.

127. Le Code de commerce comprend lui aussi des dispositions par le biais desquelles une égalité supplétive est prévue. À ce titre, dans les sociétés en nom collectif, les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont normalement prises à l'unanimité, donc de manière égalitaire, mais les statuts peuvent prévoir une règle différente⁴⁹⁵. Sauf disposition contraire, chaque associé dispose d'une voix⁴⁹⁶. L'idée est toujours la même : il est opportun que le législateur prévoit une règle en ce qui concerne les modalités de prise de décision dans une société au cas où les futurs associés ne se seraient pas prononcés dans les statuts. Mais seule l'égalité pouvait être érigée comme palliatif au défaut de prévision statutaire. De plus, faute de précision légale ou statutaire quant à la répartition des voix entre les associés, seule l'égalité par tête avancée par la doctrine pouvait constituer la solution supplétive. La société en nom collectif étant une société de personnes, le choix de l'unanimité et du vote par tête comme règles égalitaires est en accord avec le rôle prépondérant de l'*intuitus personae* dans cette forme sociale. Toujours dans les sociétés en nom collectif, et de la même manière que dans les autres formes sociales, l'article L. 221-8 prévoit la communication de documents aux associés non gérants. Cette égalité est un minimum, et seule l'égalité était possible comme règle de base.

⁴⁹¹ Cass. Civ., 1^{ère}, 16 octobre 1990, n°87-15.467, *RTD Com.*, 1991, p. 395, obs. Cl. CHAMPAUD.

⁴⁹² Ici, la formulation retenue par le texte est « *sauf clause ou convention contraire* ».

⁴⁹³ La formulation diffère, montrant l'importance pour les associés de se prononcer sur cette question dans leurs statuts puisque le texte est rédigé ainsi : « *Les décisions (...) sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions* ».

⁴⁹⁴ V. *supra*, n°104 et s.

⁴⁹⁵ Art. L.221-6 C. Com.

⁴⁹⁶ En ce sens v. notamment Y. GUYON, *Droit des affaires*, T. 1, Economica, 12^{ème} éd., 2003, n°259.

Dans les sociétés en commandite simple, en matière de décisions collectives la règle établie par le législateur est encore une fois une égalité supplétive : en vertu de l'article L. 222-5 du Code de commerce, « *les décisions sont prises dans les conditions fixées par les statuts* ». Ainsi, les associés sont libres de déterminer les modalités de vote, et ce ne sera qu'à défaut de prévision statutaire qu'il faudra considérer que l'égalité s'applique car c'est la seule solution possible. Dans les sociétés par actions, le législateur a prévu que les actionnaires disposaient, proportionnellement au montant de leurs actions, d'un droit préférentiel de souscription. Cette égalité proportionnelle prévue par l'article L. 225-132 est supplétive depuis la suppression de la mention « *toute clause contraire est réputée non écrite* » en 2004⁴⁹⁷, et les actionnaires peuvent choisir un mode de répartition de ce droit qui ne soit pas proportionnel à leur détention de capital. Ici encore, si le fait de prévoir un tel droit n'était pas obligatoire, il était préférable que le législateur prévoie une clef de répartition de celui-ci à défaut de précision statutaire. L'égalité prescrite n'est donc pas le principe mais bien le palliatif au défaut d'expression des actionnaires.

À l'égard de ces dispositions, il semble donc plus opportun de parler de « règles » plutôt que de « principe » afin de ne pas tomber dans les affres révélées précédemment à l'égard d'une telle qualification. L'égalité proposée par le législateur n'est appelée à intervenir qu'à défaut pour les associés de s'être prononcés sur les prérogatives en cause. Cette proposition n'a pas pour objet d'inciter les associés à opter pour ce qui serait un idéal, mais uniquement de pallier un manque de prévisions à l'égard de droits et obligations essentielles des associés. L'égalité supplétive était le seul palliatif possible en ce sens que le législateur ne peut prévoir, en amont et de manière abstraite, que le recours à une répartition égalitaire des prérogatives en cause.

§2. Disqualification conceptuelle pour les dispositions ayant pour objet ou effet de contrer les excès

Lorsque les règles appelées au soutien de l'existence d'un principe d'égalité dont elles découleraient ont en réalité pour objet ou effet de contrer les abus, les excès d'inégalité, ne serait-il pas plus juste de parler d'un principe de contrôle de l'abus plutôt que d'égalité ? Parler de principe d'égalité à l'égard de ces dispositions amène à penser qu'elles imposent une forme d'égalité. Or elles sont en réalité formulées dans le but de permettre aux associés d'aménager

⁴⁹⁷ Ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004.

leurs droits et obligations comme bon leur semble, ou du moins en raison des négociations qu'ils mèneront, dans la limite de l'excès qui est prohibé. Par le biais de ces règles, qui sont le pendant des règles égalitaires supplétives, la liberté est soumise à un principe de nécessaire modération⁴⁹⁸. Il semble opportun de mettre fin aux confusions conceptuelles (A) à l'égard de ces dispositions qui, de par leur importance qualitative, sont essentielles dans les relations entre associés, mais de par leur nature, ne doivent plus être qualifiées d'égalitaire (B).

A. Confusion conceptuelle : limiter les excès n'est pas imposer une égalité

« La liberté tend à une certaine inégalité, mais si elle comporte le corollaire du maintien absolu d'une certaine sphère d'activité et laisse à chacun un certain avantage, l'inégalité a alors des limites qu'elle ne peut dépasser »⁴⁹⁹. Ce propos, emprunté à DEMOGUE s'interrogeant sur les notions fondamentales du droit privé, illustre parfaitement le rôle des dispositions pour lesquelles il est nécessaire de parler de modération plutôt que d'égalité. Contrer les excès d'inégalité par le truchement de règles venant encadrer la liberté offerte aux associés dans l'aménagement de leurs prérogatives, ne doit pas être confondu avec la volonté du législateur de démontrer son attachement à un objectif, et donc à un principe, d'égalité.

128. Cette distinction est classique. Dans sa décision du 9 novembre 1999⁵⁰⁰, le Conseil constitutionnel indiquait, à l'égard du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques⁵⁰¹, que seul un avantage excessif pouvait constituer une rupture d'égalité⁵⁰². Ainsi, ce qui est combattu n'est pas une disparité de traitement des citoyens au regard des modalités

⁴⁹⁸ Principe déjà largement éprouvé par le droit des obligations sous le vocable de principe « d'équilibre contractuel ». Celui-ci sera étudié *infra*, n°260 et s.

⁴⁹⁹ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé – 1911*, Éd. La Mémoire du Droit, 2001, p. 140.

⁵⁰⁰ Conseil Constitutionnel., 9 novembre 1999, n°99-419-DC, Pacte civil de solidarité, *D.*, 2000, p. 424, obs. S. GARNIER ; *RTD civ.*, 2000, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.*, 2000, p. 870, obs. Th. REVET.

⁵⁰¹ Prévu par l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et qui doit être assimilé au principe constitutionnel d'égalité.

⁵⁰² Conseil Constitutionnel, décision précit., cons. n°45 : « Considérant que l'avantage susceptible d'être tiré de l'imposition commune par les signataires d'un pacte civil de solidarité, par rapport à la situation où ils seraient imposés séparément comme le sont les personnes vivant seules, serait de nature à constituer, s'il était excessif, une violation de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (...); que, dans les autres cas, l'application combinée du quotient familial et des autres règles de calcul de l'impôt sur le revenu ne fait pas apparaître au profit des partenaires d'un pacte, par rapport à la situation où ils seraient imposés séparément, un avantage tel qu'il entraînerait une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ; qu'au surplus, cet avantage disparaît lorsque les revenus propres des deux partenaires sont faibles ou équivalents ; que, dans ces conditions, l'article 4 n'entraîne pas de rupture d'égalité entre les partenaires liés par un pacte civil de solidarité et les personnes vivant seules ».

d'imposition. L'objectif n'est pas d'imposer l'égalité, mais de contrer les atteintes graves à celle-ci que constitueraient des avantages excessifs⁵⁰³.

Cette assimilation de l'égalité à la problématique de lutte contre les excès a déjà spécialement été mise en valeur en droit des sociétés par certains auteurs qui, interrogés sur la réalité de l'égalité des actionnaires, se demandaient si les dispositions venant limiter la liberté des actionnaires plutôt que de découler d'un prétendu principe d'égalité ne manifestaient pas « *plutôt un souci d'équité qui tiendrait à limiter les risques des situations excessivement inégalitaires* »⁵⁰⁴. Quelles sont ces dispositions qui, luttant contre les excès, sont appelées de manière quelque peu trompeuse au soutien du principe d'égalité ?

B. Dispositions pour lesquelles la disqualification est requise

Pour illustrer le propos, deux dispositions encore en vigueur aujourd'hui, et parfois avancées comme preuves de l'attachement du législateur à un principe d'égalité, seront étudiées : la prohibition des clauses léonines à l'égard de la répartition des bénéfices et des pertes, règle écrite ayant pour objet de lutter contre les excès d'inégalité qui pourraient être mis en place dans la répartition de ces droits pécuniaires (1) et la procédure de vérification et d'approbation des avantages particuliers qui, bien que ne prévoyant pas d'interdiction formelle à l'égard d'aménagements excessifs, aura le même effet puisqu'elle tend à faire approuver des avantages au profit des actionnaires qui, de fait, ne devraient pas avoir de caractère excessif (2).

1. La prohibition des clauses léonines : la lutte contre les excès par les textes

129. La répartition des bénéfices et des pertes répond plus à une logique de liberté que d'égalité. En effet, à l'égard de ce droit pécuniaire des associés, l'égalité n'est qu'une règle supplétive et ne peut être le principe. La prohibition des clauses léonines, qui vient encadrer

⁵⁰³ D'ailleurs, cette décision du Conseil constitutionnel ne fait que consacrer l'approche classique de l'égalité en droit des contrats : les parties sont mises sur un pied d'égalité en ce que leur consentement doit être libre et éclairé, mais le contenu de leur convention ne doit pas nécessairement contenir des obligations équivalentes. Simplement, cette liberté contractuelle est limitée par le contrôle de l'excès. Sur ce point v. notamment Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations, op.cit.*, 2013, p. 53, §45. Pour une étude approfondie v. *infra*, n°260 et s.

⁵⁰⁴ Ph. BISSARA, in « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », *art.cit.*, p. 19

cette liberté, ne constitue quant à elle qu'une disposition ayant pour objet et effet de lutter contre les excès d'inégalité qui pourraient résulter des prévisions des associés à l'égard de cette prérogative. Dès sa première présentation au Conseil d'État le 5 janvier 1804, le projet du titre relatif au contrat de société du Code civil contient cette règle⁵⁰⁵ maintes fois interprétée comme preuve de l'existence d'un principe d'égalité au sein du droit des sociétés⁵⁰⁶. Elle est aujourd'hui contenue et codifiée dans l'article 1844-1 du Code civil⁵⁰⁷. Il s'agit alors de se demander si le législateur, en 1804, a entendu à ce que ce texte soit analysé comme une disposition égalitaire (a)⁵⁰⁸ et par suite, étudier la pertinence des analyses qui ont pu en être faites par la doctrine (b).

a. Explication de la prohibition dans les travaux préparatoires du Code civil de 1804

130. Suite à la première lecture devant le Conseil d'État le 5 janvier 1804, l'article 22 du projet est discuté par les membres du Conseil quant à la question de l'apporteur en industrie et de la proportion des droits qu'il doit se voir accorder. Mais le caractère supplétif de l'égalité proportionnelle consacrée par le texte qui sera adopté en la forme n'est pas remis en cause⁵⁰⁹. L'article 24 consacrant l'interdiction des clauses léonines ne sera pas non plus discuté⁵¹⁰. À ce stade du processus législatif, aucune affirmation d'un principe d'égalité n'est décelée.

⁵⁰⁵ Art. 22 du projet de loi du 18 mars 1804, qui sera codifié à l'article 1853 du Code civil de 1804 : « *Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fond de la société* ». Art. 24 du même projet, codifié à l'article 1855 du Code civil de 1804 : « *La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle. Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés* ». Elle n'est néanmoins pas nouvelle, on la trouve dès JUSTINIEN : *Corpus juris civilis, op.cit.*, p. 508 : §29. ULPYEN au livre 30 : « *Si on n'est point convenu de la part que chacun aurait dans la société, il est certain que les portions doivent être égales. Mais recevrait-on une convention qui porterait qu'un associé aurait deux ou trois parts, tandis on que l'autre n'en aurait qu'une ? (...) Ariston rapporte le sentiment de Casius, qui pensait qu'on ne pouvait pas contracter une société sous la condition qu'un des associés souffrirait seul la perte, et que l'autre aurait sa part seulement dans le profit. Casius avait coutume d'appeler cette convention une société léonine. Je suis aussi d'avis qu'une société est nulle, lorsqu'on convient qu'un des associés tirera tout le profit sans supporter la perte pour sa part : car une société qui fait supporter la perte en entier, sans procurer aucun avantage, est très injuste* ».

⁵⁰⁶ V. en ce sens P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires op.cit.*, p. 17.

⁵⁰⁷ Art. 1844-1 C. Civ. : « *La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire. Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites*. ».

⁵⁰⁸ Pour cela, il convient de se pencher sur les travaux préparatoires du Code civil compilés par P-A. FENET en 1836, contenant l'intégralité des rapports officiels et officieux de l'élaboration du texte : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 359 et s.

⁵⁰⁹ P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 375.

⁵¹⁰ *Ibidem*.

Tout au plus est-il possible de voir dans les propos tenus une préoccupation d'égalité là où le législateur, plutôt que d'imposer une égalité, prohibe l'excès inverse qui reviendrait à placer un associé dans une situation trop avantageuse par rapport aux autres membres de la société.

Le texte est ensuite communiqué à la section de législation du Tribunal. Alors que le Conseil d'État avait discuté l'article 22 du projet quant à la question de l'apporteur en industrie sans pour autant le compléter, le Tribunal a émis plusieurs remarques démontrant le caractère très relatif de l'attachement du législateur à l'égalité en ce qui concerne la répartition des résultats sociaux. On peut à ce titre lire que la section opte pour une fixation de la part des droits de l'apporteur en industrie égale à celle de celui qui aurait le moins apporté. Cette clef de répartition lui paraît d'autant plus juste qu'« *elle ne peut présenter aucun inconvénient, puisque tout l'article n'aura lieu que pour le cas où il n'y aura point de la part des parties une convention contraire qu'il ne dépendra que d'elles de stipuler* »⁵¹¹. Ainsi, pour le Tribunal, le principe de l'article 22 du projet est bien la liberté, et l'égalité n'est que supplétive de volonté des parties. Si l'attachement à l'égalité proportionnelle eut été plus grand, il est probable que la section n'aurait pas ainsi motivé sa position et aurait demandé à ce que soit imposée une répartition des droits pour l'apporteur en industrie égale à celui qui aurait le moins apporté sans possibilité d'y contrevenir. C'est d'ailleurs cette même supplétivité de la règle qui sera retenue à l'égard de l'apporteur en industrie par le Conseil d'État dans la rédaction définitive du projet. En effet, si le texte tel qu'il est définitivement adopté peut laisser penser que la règle de répartition des droits de l'apporteur en industrie est impérative puisque celui dispose qu'« *à l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté* »⁵¹²; l'examen de la discussion devant le corps législatif au jour de l'adoption du texte ne laisse aucun doute sur la volonté du législateur. Ce dernier, pour justifier cette règle, indique que celle-ci prévient le risque d'arbitraire en prévoyant cette répartition faite pour l'associé d'avoir préalablement accompli les diligences pour que son apport soit autrement évalué⁵¹³. Il

⁵¹¹ P-A. FENET, *op.cit.*, p. 381.

⁵¹² Art. 22 du projet, rédaction définitive du Conseil d'État suite à la conférence tenue avec le tribunal, 25 février 1804 : « *Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. À l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté* ».

⁵¹³ P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 422 : « *Cette justesse des lots, si elle n'est pas déterminée par le traité, s'établit ordinairement dans la proportion des mises ; et à cet égard la mise en industrie est comptée comme la moindre, parce qu'étant la plus susceptible d'estimation arbitraire, l'associé doit s'imputer à lui-même de n'en avoir pas fait d'avance stipuler le prix* ».

apparaît ici que les dispositions de l'actuel article 1844-1 ont été élaborées dans l'optique de contrer les excès d'inégalité et éviter l'arbitraire.

Au surplus, lorsque le texte est présenté par TREILHARD au Corps législatif le 8 mars 1804, ce qui ressort de l'exposé des motifs est l'essence de liberté qui semble irriguer l'acception retenue de la société plutôt que l'égalité imposée. Il est ainsi affirmé que « *tout ce qui est licite est [du domaine de la société]* » et que « *les parties sont libres d'insérer dans leurs traités toutes les clauses qu'elles jugent convenables ; rien de ce qui est honnête et permis ne doit être exclu* »⁵¹⁴. La société ne peut donc être vue comme entravée par un principe général d'égalité puisqu'il est affirmé dans les motivations mêmes du législateur que les associés doivent être libres d'organiser leur structure comme bon leur semble dans la limite de ce qui est permis. Or, l'égalité, même proportionnelle, n'est pas imposée. Le législateur n'a fait que prohiber les clauses léonines. La règle fondamentale exposée est celle de ne point favoriser l'intérêt d'un seul⁵¹⁵ ; règle caractérisée d'une part par l'article 2 de ce projet⁵¹⁶ qui se retrouve aujourd'hui exposée à l'article 1833 du Code civil⁵¹⁷ et d'autre part au travers de la prohibition des clauses léonines prévue par l'article 24 de ce même projet et repris aujourd'hui à l'article 1844-1 alinéa 2 du Code civil⁵¹⁸.

Après avoir discoursu sur la nature de la société, TREILHARD parle d'égalité, mais il semblerait plus juste de parler d'équité. En effet, l'expression paraît trompeuse à la lecture des propos : « *Il faut, pour que l'égalité ne soit pas violée, qu'il y ait entre les associés répartition des charges et des bénéfices, non qu'il soit nécessaire que toutes les mises soient égales ou de même nature, et que la part dans les profits soit la même pour tous ; mais il faut une proportion équitable entre la mise et le profit de chaque associé ; il faut que la différence dans la répartition des bénéfices, s'il en existe une, soit fondée ou sur une mise plus forte, ou sur des risques plus grands, ou sur de plus éminents services, ou enfin sur toute autre cause légitime en faveur de celui qui est le plus avantage* »⁵¹⁹. La motivation sous-tendue n'est pas celle d'une

⁵¹⁴ P-A. FENET, *op.cit.*, p. 394

⁵¹⁵ P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 395 : exposé des motifs par M. TREILHARD devant le corps législatif : « *Si la société n'est formée que pour l'intérêt d'un seul, la bonne foi ne serait-elle pas étrangement violée ? Il faut donc s'unir pour l'intérêt commun des parties qui contractent. C'est là la première règle, la règle fondamentale de toute société* ».

⁵¹⁶ Art. 2 : « *Toute société doit avoir un objet licite et être contractée pour l'intérêt commun des parties. Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie* ».

⁵¹⁷ Art. 1833 : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* ».

⁵¹⁸ Art. 1844-1 al. 2 : « *Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites* ».

⁵¹⁹ P-A. FENET, *op.cit.*, p. 398.

égalité, qui relève toujours plus ou moins d'une logique arithmétique. Au contraire, elle relève d'une logique équitable, dans laquelle ne sont pas seulement pris en compte des critères quantifiables, mais aussi des situations objectives qui, bien que non mesurables, placent un associé dans une situation différente, laquelle ne permet pas l'application d'une égalité proportionnelle dans la répartition des résultats. L'article 24 du projet relève de cette logique : ce n'est qu'à défaut de stipulations contraires des associés, qui n'auraient pas prévu la prise en compte d'autres critères que celui de la participation au capital, que la répartition des bénéfices et des pertes serait proportionnelle aux apports. Ceci est rappelé dans l'exposé des motifs : « *Si l'acte de société n'a pas déterminé les portions dans les bénéfices ou les pertes, elles sont égales* »⁵²⁰. Ainsi, il est tout au plus possible de parler d'une préoccupation d'égalité mise en avant dans l'exposé des motifs du texte.

C'est d'ailleurs ce qu'il ressort du discours prononcé par le Tribun GILLET devant le Corps législatif. Selon lui, la société doit à l'associé : « *un juste partage des bénéfices et des pertes. Cette justesse dans les lots, si elle n'est pas déterminée d'avance par le traité, s'établit ordinairement dans la proportion des mises (...). La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices serait la société du lion ; elle serait nulle* »⁵²¹. Ce qui veut être évité est l'arbitraire, la confiscation par un seul. Ce n'est donc pas l'égalité qui est prônée par le législateur mais la liberté dans la limite de l'excès⁵²². À l'égard de ces dispositions, la volonté du législateur semble donc d'éviter les situations excessives. La règle est la liberté pour les associés dans la détermination de leurs droits dans les bénéfices et pertes (article 22), à condition que cette répartition ne revête pas de caractère léonin (article 24). La loi sera promulguée en ces termes le 18 mars 1804 et les dispositions étudiées n'ont que très peu évolué depuis. Néanmoins, certains auteurs ont vu et voient encore aujourd'hui dans l'article 1844-1⁵²³ la preuve de l'existence d'un principe d'égalité en droit des sociétés.

⁵²⁰ P-A. FENET, *op.cit.*, p. 400.

⁵²¹ P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 422.

⁵²² C'est la même lutte contre les excès qui était déjà prônée sous JUSTINIEN : ULPIN, rapporté au Digeste, affirmait que les portions attribuées aux associés ne devaient pas être nécessairement égales, mais que la société qui ne procurerait aucun avantage à un associé serait « *très injuste* » (*Corpus juris civilis, op.cit., loc.cit.*).

⁵²³ Les articles 22 et 24 du projet de loi sont respectivement codifiés aux articles 1853 et 1855 du Code civil de 1804. Ces deux articles seront ensuite réunis par loi du 4 janvier 1978 au sein du nouvel article 1844-1. Jusqu'à cette loi, les dispositions n'avaient pas évolué depuis 1804 et restaient codifiées aux articles 1853 et 1855.

b. Réception doctrinale erronée de la prohibition des clauses léonines

131. En 1924, CORDONNIER réalise une relecture du titre consacré au contrat de société dans le Code civil de 1804⁵²⁴. À propos de l'article 1853 qui précise que « *Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou les pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société* », l'auteur indique qu'hormis le cas spécifique de l'apporteur en industrie, « *et sauf détermination différente par les statuts de la part de chaque associé, le législateur a donc considéré qu'il est de la nature du contrat de société que les parties soient soumises, quant au règlement de leurs intérêts pécuniaires, à un traitement uniforme, exclusif de tout privilège au profit de l'un ou l'autre des contractants* »⁵²⁵. Cette approche de la disposition peut être nuancée. Il est possible de retenir une autre lecture et considérer que le législateur n'avait pas entendu donner à la société une nature égalitaire. Au contraire, il ne prévoit cette égalité que dans un second temps, pour régler le cas du silence des parties sur la question de la répartition des bénéfices et des pertes, ce qui semble plutôt constituer une exception. CORDONNIER indique d'ailleurs dans le développement suivant que « *la répartition proportionnelle au montant des apports n'est pas de l'essence du contrat. Il est permis d'y déroger* »⁵²⁶. Il paraît alors peu cohérent d'affirmer dans un premier temps que le législateur « *a considéré qu'il est de la nature du contrat de société* » de soumettre les parties à un traitement égalitaire, pour ensuite affirmer que l'égalité proportionnelle dont il est question n'est pas de l'essence de ce contrat.

CORDONNIER, dans son étude de l'égalité, fait également référence à l'article 1854 du Code civil, en vertu duquel « *Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux, ou à un tiers, pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité* ». Il offre alors deux lectures possibles de cet article. Pour lui, le législateur a voulu soit « *mettre en garde les tribunaux contre une tendance trop facile à substituer la règle de l'égalité de traitement aux stipulations librement consenties* », soit « *mettre un frein aux différences de traitement entre associés ne résultant pas du contrat lui-même et qui s'écarteraient à tel point du principe de proportionnalité aux mises de l'art. 1853 qu'elles ne pourraient plus être considérées conformes à l'intention des parties* »⁵²⁷. La seconde explication proposée semble plus en adéquation avec les autres textes contenus dans le titre

⁵²⁴ P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires – Droit français et législation comparée*, Thèse, Paris, 1924, p. 14 et s.

⁵²⁵ P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, op.cit., p. 17.

⁵²⁶ P. CORDONNIER, op.cit., p. 18.

⁵²⁷ P. CORDONNIER, op.cit., p. 20.

relatif au contrat de société bien qu'il ne semble pas exact de parler de « *principe de proportionnalité* » mais plutôt d'une exception d'égalité. En effet, en ayant à l'esprit l'article 24 du projet de loi prohibant les clauses léonines, on peut estimer que la préoccupation du législateur n'était pas d'imposer au maximum la proportionnalité, mais bien d'empêcher la mise en place de situations excessivement inégalitaires.

132. L'étude du Code civil de 1804 par CORDONNIER s'achève par l'affirmation de l'existence d'un principe d'égalité dans le Code civil⁵²⁸. À l'appui de cette affirmation l'auteur indique que, même si les associés disposent d'une grande liberté dans la répartition de leurs droits respectifs et qu'ils peuvent « *établir entre eux les plus graves inégalités de traitement* »⁵²⁹, il n'en reste pas moins qu'à défaut de choix la règle est l'égalité proportionnelle. Cette règle ne trouvant ses sources ni dans le droit romain ni dans l'ancien droit, n'étant dictée par aucune obligation dans le cadre d'une société civile, le législateur a nécessairement entendu en faire un principe. Il semble néanmoins quelque peu péremptoire de placer au rang de principe une règle qui, aux termes des textes en vigueur, n'est que supplétive. Le législateur n'a effectivement pas exclu l'égalité du fonctionnement de la société en prévoyant que celle-ci devrait jouer à défaut de prévision contraire des parties. Il a également prévu par le biais des articles 1854 et 1855 qu'il ne pourrait être mis en place de situation extrême où les droits d'un associés se trouveraient réduits à une portion congrue au profit d'un autre. Mais il ne semble pas exact de considérer que la prohibition des situations excessives soit la marque de l'affirmation d'un principe d'égalité. Sur ce point, il est d'ailleurs possible de citer l'avis d'un auteur contemporain qui, à propos du principe d'égalité, indique très clairement que « *le Code civil de 1804 n'y fait qu'une place très limitée* »⁵³⁰. Il rappelle pour cela que l'article 1853 ne prévoit l'égalité proportionnelle dans la répartition des bénéfices et des pertes que dans le silence des statuts et que l'article 1855 ne fait que prohiber les clauses léonines. Pour lui, en 1804, le législateur n'institue donc pas réellement un principe d'égalité. On en déduit donc que, pour lui, contrairement à CORDONNIER au début du XX^{ème} siècle, l'égalité ne peut être recherchée dans les dispositions de l'article 1844-1 actuel.

133. Néanmoins, certains persistent à voir dans la prohibition des clauses léonines qu'institue cet article une disposition imposant l'égalité. Le législateur montrerait son attachement à

⁵²⁸ P. CORDONNIER, *op.cit.*, p. 23 : « *il n'est pas téméraire de conclure que le droit civil contient en germe le principe de l'égalité entre actionnaires* ».

⁵²⁹ *Ibidem*.

⁵³⁰ CI-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, Thèse, Paris, 1981, p. 2.

l'égalité par le biais de l'article 1844-1, puisque, s'il permet de prévoir une répartition des droits patrimoniaux autre que proportionnelle à la participation dans le capital, c'est dans « *la limite de la prohibition de la clause léonine, c'est-à-dire de la stipulation par essence inégalitaire* »⁵³¹. Pour d'autres, la prohibition des clauses léonines instaurée par l'article 1844-1 fait partie des « *principes égalitaires (qui) continuent de transcender* » toutes les catégories de titres émis par une société⁵³².

Cette lecture de l'article 1844-1 ne peut être retenue. Il semble plus cohérent de considérer que cet article, et notamment en ce qui concerne la prohibition des clauses léonines qu'il institue, promeut moins l'égalité que la liberté. La limite de celle-ci a pour objectif non pas de préserver un potentiel idéal d'égalité voulu par le législateur, mais plutôt d'empêcher des situations excessives, la dépossession d'un associé, ce qui n'est pas la même chose. Aucune confusion ne peut être réalisée entre l'interdiction d'attribuer la totalité des gains ou des pertes, ou l'exonération des mêmes droits pour un associé, et la nécessité d'imposer une égalité. Les deux notions sont philosophiquement proches. Empêcher de trop grandes inégalités manifeste une préoccupation égalitaire. Mais aucun argument qui tendrait à prouver que législateur a entendu consacrer une disposition égalitaire par le biais de l'article 1844-1 ne peut emporter conviction. Interdire les situations excessivement inégalitaires comme limite à la liberté de répartition des bénéfices et des pertes, ce n'est pas imposer l'égalité. C'est d'ailleurs la même critique qu'émet un auteur, alors qu'il réalise une étude sur le dividende majoré : « *Le principe d'égalité des actionnaires devant les gains et les pertes de la société est dans l'inconscient du juriste des sociétés un dogme, et assurément le dogme fondamental du contrat de société. Il en résulte une lecture et partant une application un peu mystique de l'article 1844-1 du Code civil*

⁵³¹ J-MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés – aspects de droit privé », *op.cit.*, p. 402 : « *Le législateur impose pareillement l'égalité dans les droits patrimoniaux. (...) Celui-ci (cet objectif d'égalité) se retrouve ensuite dans l'article 1844-1 du Code civil lorsqu'il dispose que « la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social ». Certes, la possibilité d'une clause contraire est alors réservée, mais avec cependant la limite de la prohibition de la clause léonine, celle qui, par exemple, exonère totalement un associé des pertes ou lui attribue, au contraire, l'exclusivité des bénéfices.* ».

⁵³² R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », in Dossier « Les actions de préférence », *Actes pratiques et Ingénierie sociétaires*, 2012, n°126, p. 7 : « *Que l'action de préférence confère un avantage ou un désavantage, la plupart des auteurs y voient un amoindrissement de la portée déjà affaiblie du principe d'égalité entre les actionnaires (...). Cependant, l'existence et même la multiplication de catégories d'actions dotées de caractéristiques diverses n'empêche pas que certains principes égalitaires continuent de transcender toutes ces catégories pour englober la totalité des actions émises par la société. C'est par exemple le cas du principe d'égalité des actionnaires en cas de réduction de capital, ou de la prohibition des clauses léonines.* ».

(...). *L'ordre public visant à prévenir la spoliation d'un associé se transforme en égalitarisme, tel n'est cependant pas le fondement du contrat de société* »⁵³³.

2. *La procédure encadrant la mise en place d'avantages particuliers : la lutte contre les excès par les associés*

134. La procédure n'a pas pour objet de mettre en place un mécanisme de surveillance en amont du respect de l'égalité des actionnaires, mais de permettre un consentement éclairé de ceux-ci, ce qui a nécessairement pour effet de lutter contre les aménagements excessifs qu'ils ne sauraient accepter à leurs dépens. Une lecture toute aussi dogmatique que celle retenue pour la répartition des bénéfices et des pertes est néanmoins réalisée par certains auteurs concernant la procédure de vérification et d'approbation des avantages particuliers. On peut observer cette confusion notionnelle dès l'origine de leur mise en place dans le Code de commerce par le biais de la loi du 24 juillet 1867 (a) et dans l'acception actuelle de la procédure réalisée par certains auteurs (b).

a. *Les avantages particuliers en 1867*

135. Les avantages particuliers ont été formellement prévus pour la première fois par le législateur à l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867. L'objet de ces avantages est de pouvoir dissocier l'attribution des droits de la détention de capital, au-delà même de la répartition des bénéfices et des pertes comme cela était déjà permis par l'article 1853 du Code civil. Cet article 4 prévoit alors la possibilité pour les associés de stipuler à leur profit des avantages particuliers. Cette faculté s'accompagne d'une procédure de vérification et d'approbation en deux étapes, au cours desquelles les intéressés aux avantages en cause n'ont pas de voix délibérative. Dans un premier temps une assemblée doit statuer sur la cause des avantages stipulés. Ensuite, une seconde assemblée doit les approuver au vu d'un rapport que les associés

⁵³³ Fr. PELTIER, « L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable », *Bull. Joly Sociétés*, 1993, n°5, p. 551.

devront avoir eu à leur disposition au moins cinq jours avant l'assemblée d'approbation⁵³⁴. En réalité, quel est l'objet de cette procédure ? Assurer un consentement éclairé des associés sur ces avantages et ainsi prévenir les abus ; mais non énoncer une règle d'égalité.

136. Cependant, certains auteurs ont vu dans cette disposition l'énonciation en filigrane d'un principe d'égalité par le législateur. Ainsi, pour PONT, « *ici encore la pensée de la loi se précise, sinon par ses termes mêmes, au moins par son objet et par le but vers lequel a tendu le législateur. Il s'agit du contrat de société, c'est-à-dire d'une convention dans laquelle l'égalité entre tous est le principe dominant et la loi même des parties* »⁵³⁵. Néanmoins, précisant sa pensée, l'auteur indique que par cette disposition contenue dans l'article 4 de la loi, le législateur a voulu permettre l'acceptation des avantages accordant une plus grande part des bénéfices à un associé par les autres associés en connaissance de cause⁵³⁶.

137. Deux arguments peuvent alors être objectés pour contrer l'idée de l'affirmation d'un principe d'égalité au-delà des termes du texte. D'une part, le fait de permettre aux associés de consentir aux avantages lors d'une assemblée ne signifie pas que le législateur accorde une place importante à l'égalité. Il suggère que les associés doivent accepter ces aménagements de façon à éviter les situations excessives par le biais d'un consentement éclairé. D'autre part, et comme précédemment développé, il est possible de moduler l'octroi des bénéfices sans recourir aux avantages particuliers de l'article 4, grâce à l'article 1853 du Code civil applicable aux sociétés commerciales selon le 1^{er} article du Code de commerce. Or, cet article ne contient pas l'affirmation d'un principe d'égalité, mais uniquement une égalité supplétive et une liberté

⁵³⁴ Art. 4 de la loi du 24 juillet 1867 : « *Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit, des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation. La seconde assemblée générale, ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages, qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires, cinq jours, au moins, avant la réunion de cette assemblée. Les délibérations seront prises à la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social, en numéraire. Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers, soumis à l'appréciation de l'assemblée, n'ont pas voix délibérative. À défaut d'approbation, la société reste sans effet, à l'égard de toutes les parties* ».

⁵³⁵ P. PONT, *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, T. 7bis, Delamotte fils et Cie, Paris, 1880-1884, p. 133.

⁵³⁶ P. PONT, *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, op.cit., p. 133 : « *Mais de tels avantages doivent être le prix de services réels; il importe donc de ne les concéder qu'en connaissance de cause. C'est à cela précisément que le législateur a voulu pourvoir. D'où il suit que l'avantage particulier qu'il a en vue dans l'art. 4, et à raison duquel il exige le contrôle de l'assemblée générale des actionnaires, s'entend de toute stipulation qui, en attribuant à tel ou tel associé une part plus grande dans les bénéfices, romprait, au profit de l'un des sociétaires, l'égalité qui, en principe, doit exister entre tous* ».

d'aménagement dans la limite des clauses léonines en application de l'article 1854 du Code civil. Le raisonnement de PONT n'emporte donc pas conviction⁵³⁷.

Pour CORDONNIER, la subordination de l'octroi des avantages « à une vérification et une approbation spéciales [...] paraît bien démontrer l'importance que les auteurs de la loi attachaient au principe d'égalité »⁵³⁸. De façon plus contemporaine, un auteur indique à propos de cet article que la loi de 1867 « n'énonce pas davantage la règle d'égalité » mais ajoute ensuite que « le principe d'égalité a commencé à être formulé implicitement par des textes qui permettent de créer des inégalités dans les droits attachés aux actions »⁵³⁹.

Il faut effectivement concéder à ces auteurs que le législateur en 1867 avait une préoccupation d'égalité : il n'octroyait pas la possibilité pour un associé de s'attribuer des avantages excessifs qui ne seraient pas approuvés par ses cocontractants. Mais, de là à affirmer la présence dans ces textes d'un principe d'égalité, la sentence paraît excessive. Encore une fois, prévenir les excès n'est pas affirmer une règle égalitaire. D'ailleurs, les discussions autour de l'adoption de cette disposition n'ont pas eu pour objet de débattre sur le principe d'égalité et sa potentielle atteinte par les avantages particuliers, qui en seraient alors une exception. Le débat a porté sur la nécessité ou non de prévoir plusieurs assemblées pour l'approbation de ces

⁵³⁷ Néanmoins, sa lecture du texte a été retenue par certains commentateurs du Code de commerce : en ce sens v. notamment J. MICHOT, *Code annoté des sociétés commerciales anonymes*, 1884, p. 67 citant le passage du traité des sociétés de PONT précité.

⁵³⁸ P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit.*, p. 76.

⁵³⁹ CI-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, *op.cit.*, p. 3.

avantages⁵⁴⁰. Aucune référence n'est faite à l'égalité ou à l'essence égalitaire du contrat de société comme semble l'indiquer PONT. La lecture des travaux préparatoires ne corrobore pas la thèse selon laquelle la procédure prévue est la preuve de l'existence d'un principe d'égalité. Il est peu concevable de considérer que le législateur en 1867 ait imposé un principe d'égalité en droit des sociétés par le biais de cette procédure.

b. La procédure et son acceptation actuelle

138. Quatre textes du Code de commerce sont aujourd'hui consacrés aux avantages particuliers et à la procédure de vérification et d'approbation qui encadre leur mise en place. Le premier texte est l'article L. 225-8 en vertu duquel, lors de la constitution d'une société anonyme, si de tels avantages sont stipulés au profit de personnes associés ou non, l'assemblée constitutive⁵⁴¹ doit statuer sur ceux-ci au vu d'un rapport réalisé par un commissaire dont la mission est de les évaluer et non d'en établir la légitimité⁵⁴². En effet, alors qu'en 1990 le garde des sceaux se voit poser la question de savoir « *quels sont les critères que doit retenir le*

⁵⁴⁰ L. TRIPIER, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, T. 1, 1867 – premier rapport de la commission, 3 mai 1867 par M. MATHIEU, député au corps législatif, p. 98 et s. : « *Le projet a emprunté, sur ce point, ses dispositions à l'article 5 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée, et il n'a été l'objet d'aucune contradiction au sein de la Commission. On aurait voulu simplifier le mécanisme créé par la loi; ne pas imposer à la première assemblée générale, si elle est suffisamment éclairée, la perte de temps et d'argent d'une appréciation faite par des tiers de la valeur de l'apport ou de la cause des avantages stipulés; on aurait voulu surtout éviter la convocation d'une seconde assemblée générale, destinée à approuver l'appréciation prescrite par la première. Mais la réflexion a déterminé votre Commission à maintenir ces restrictions salutaires. La loi s'est, avec raison, défîé des entraînements de la première heure. Il y a, dans les sociétés, comme en d'autres associations, une lune de miel, dont les ardeurs peuvent être dangereuses, si elles ne sont pas contenues. Une première assemblée générale serait trop disposée, en général, là même où tous les éléments en seraient sincères, à tout accepter en aveugle. L'intervention d'une sorte d'expertise, la nécessité d'une convocation spéciale et de l'approbation d'une assemblée nouvelle, tout cela laisse aux esprits le temps de se calmer, à la vérité le moyen de se faire jour et d'éviter de regrettables surprises. En somme, l'exagération et la fraude pourraient seules se plaindre de ces sages précautions; nul intérêt sérieux et légitime n'en peut souffrir. Elles réalisent, pour le cas auquel elles s'appliquent, un véritable progrès; elles font de la souscription des actions une adhésion purement conditionnelle aux statuts, et placent dans la double assemblée prescrite par l'appréciation des apports et des avantages, le consentement vraiment éclairé et définitif des actionnaires. Malgré cette prudence de la loi, le dol et la fraude peuvent réussir à se glisser dans le contrat; le projet, de même que la loi du 23 mai 1863, a cru nécessaire de dire que l'approbation, dans ce cas, ne ferait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action en dommages-intérêts. Les principes du droit commun suffisaient pour sauvegarder les droits des actionnaires, car la fraude fait exception à toutes les règles, et une approbation ne peut la couvrir qu'autant qu'elle a lieu en connaissance de cause; mais la disposition du projet prévient toute équivoque, et votre Commission a cru convenable de la maintenir.* ».

⁵⁴¹ Dans laquelle les intéressés aux avantages ne disposent pas de voix délibérative aux termes de l'article L. 225-10 du Code de commerce.

⁵⁴² Rép. Min., JOAN, Q, 3 décembre 1990, p. 5543 : « *La mission du commissaire aux apports consiste moins à juger du bien-fondé de l'octroi d'avantages, lesquels procèdent du consentement des associés exprimé dans le pacte social, qu'à en apprécier la consistance et les incidences éventuelles sur la situation des actionnaires, notamment si de tels avantages confèrent à certains d'entre eux un droit préférentiel sur les bénéfiques et le boni de liquidation* ».

commissaire aux apports pour apprécier le bien-fondé de l'octroi d'avantages particuliers », il n'est à aucun moment question de la recherche du respect d'un quelconque principe d'égalité mais uniquement de la consistance de ces avantages que les actionnaires doivent accepter ou refuser. La même procédure est prévue en cas de stipulation d'avantages similaires au cours d'une augmentation de capital par l'article L. 225-147 du Code de commerce. Les avantages sont également évalués de la sorte en cas de fusion ou de transformation en société anonyme d'une société d'une autre forme⁵⁴³. Aucun de ces textes ne fait référence à la nécessité de préserver l'égalité entre les actionnaires. Ils ont tous pour objet de permettre un consentement éclairé des actionnaires. Néanmoins, plusieurs auteurs voient dans cette procédure une marque de l'attachement du législateur à l'égalité des actionnaires. Ainsi, il est parfois avancé que la procédure prévue pour l'approbation des avantages particuliers constitue une « *réaction préventive ou a priori* » pour régir l'égalité des actionnaires⁵⁴⁴. Dans le même ordre d'idée, est exprimé que le fait de réserver l'approbation de ces avantages aux actionnaires qui n'en bénéficient pas « *a pour fondement le principe d'égalité entre actionnaires* »⁵⁴⁵.

139. Il est question d'égalité⁵⁴⁶, il est vrai, à l'égard des avantages particuliers en ce sens que ceux-ci portent nécessairement atteinte à un traitement uniforme des actionnaires lorsqu'ils sont stipulés. C'est d'ailleurs leur objectif. Mais est-il possible de considérer que la procédure encadrant leur approbation a pour objet de préserver l'égalité des actionnaires alors qu'au contraire, celle-ci tend à ce que ces actionnaires consentent à ces avantages ? Certes, les actionnaires peuvent s'opposer à ce qu'un potentiel traitement égalitaire d'origine soit ainsi modifié. Mais l'objet de la procédure n'est pas de les inciter à renoncer à une dérogation à

⁵⁴³ Respectivement aux articles L. 236-10 III et L. 224-3 du Code de commerce.

⁵⁴⁴ M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Études de droit privé offertes à Paul DIDIER*, Economica, 2008, p. 189 : « *Il existe deux manières pour le droit des sociétés de régir l'égalité des actionnaires. Une première manière est une réaction préventive ou à priori. Il s'agit de la procédure d'approbation des avantages particuliers* ».

⁵⁴⁵ Th. GRANIER, *Avantages particuliers*, Répertoire de droit des sociétés, §24 : « *la procédure de vérification des avantages particuliers a pour objectif d'informer les associés. La prérogative qu'elle accorde aux non-bénéficiaires de l'avantage a pour fondement le principe d'égalité entre les actionnaires. Même si ce principe a un caractère relatif (...), bien souvent à l'intérieur d'une même catégorie d'actions, encore faut-il avoir connaissance de la situation exacte de chacun des actionnaires. En ce sens, la vérification par un expert du contenu de l'avantage est bien une mesure d'information de l'actionnaire qui ainsi éclairé pourra prendre une décision en fin de procédure* ».

⁵⁴⁶ Ou ce qu'il en reste comme l'affirment Messieurs DONDERO et LE CANNU : B. DONDERO et P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, op.cit., p. 431, §646 : « *Les avantages particuliers, soumis à la même procédure que les apports en nature, sont normalement la contrepartie de services rendus lors de la constitution, ou lors d'une opération ultérieure touchant à la structure même de la société par actions. Dérogeant au principe de l'égalité entre actionnaires (ou ce qu'il en reste), ils doivent être mentionnés dans les statuts* ».

l'égalité. Il s'agit uniquement d'assurer que leur approbation ou leur refus soit éclairé⁵⁴⁷. Le fait que la procédure réserve l'approbation de ces avantages aux seuls actionnaires qui n'en bénéficient pas n'est pas la preuve d'un attachement à l'égalité, mais plutôt une manière de s'assurer de l'objectivité des parties. Une réponse ministérielle du 3 décembre 1990 est même venue préciser les contours de la mission de ce commissaire en indiquant que celle-ci « *consiste moins à juger du bien-fondé de l'octroi d'avantages, lesquels procèdent du consentement des associés exprimé dans le pacte social, qu'à en apprécier la consistance et les incidences éventuelles sur la situation des actionnaires, notamment si de tels avantages confèrent à certain d'entre eux un droit préférentiel sur les bénéfices et le boni de liquidation* »⁵⁴⁸.

140. De plus, il paraît difficile de considérer que cette procédure a pour objet de régir l'égalité entre actionnaires. En effet, l'article L. 225-8 prévoit que les avantages particuliers peuvent être stipulés au profit des associés mais également au profit de personnes qui ne le seraient pas. La procédure qui encadre leur approbation ne peut donc avoir pour objet et fondement le respect de l'égalité entre actionnaires, puisque des personnes tierces peuvent également y être soumises.

En définitive, il s'agit ici de deux dispositions qui, plutôt que de devoir être interprétées comme des preuves de l'importance d'un principe d'égalité, semblent témoigner de la nécessité d'éviter les excès d'inégalité. D'une part, la prohibition des clauses léonines s'oppose à la spoliation d'un associé. D'autre part la procédure de vérification et d'approbation des avantages particuliers, en encadrant la mise en place de la préférence au profit d'un ou plusieurs actionnaires, permet à ceux qui n'en bénéficient pas d'accepter la mesure dans laquelle ils consentent à ne pas être traités de la même manière, et évite ainsi les excès en ce sens qu'aucun actionnaire n'approuverait un avantage excessif au profit d'un autre et donc à son détriment.

Conclusion Chapitre Deuxième

⁵⁴⁷ En ce sens v. notamment J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers – Validité et intérêt – Utilisation et mise en œuvre », *Droit des sociétés Actes pratiques*, 1997, n°37, p. 8 : « *La procédure d'évaluation et d'approbation des avantages particuliers est destinée à permettre aux actionnaires, en premier lieu d'en avoir connaissance, en second lieu de les approuver ou de les refuser* ».

⁵⁴⁸ Rép. Min., JOAN Q, 3 décembre 1990, p. 5543.

Il n'est pas nécessaire de se demander si l'égalité est un *mythe* ou non : elle est bien présente au sein du droit des sociétés. Mais elle ne se manifeste pas au travers d'un principe d'égalité en tant que tel. Elle connaît en réalité deux types de manifestations. De manière positive, il existe d'un côté des dispositions la prévoyant directement et de l'autre des prérogatives pour lesquelles le législateur est resté silencieux et qui, faute de prévision des parties, se règlent par l'égalité. Dans ces deux cas, il est plus juste de parler de règles égalitaires. À ces manifestations positives de l'égalité s'ajoutent des dispositions ayant pour objet ou effet de limiter les excès d'inégalité, objectif qui ne peut être confondu avec un principe d'égalité. La seule disposition qui impose une égalité, sans possibilité d'y déroger par quelque moyen que ce soit, est l'égalité proportionnelle quant à la répartition des droits de vote dans le cadre de la SARL⁵⁴⁹. L'identification de la raison d'être de cette règle impérative s'avère en outre délicate, ce qui tend à considérer qu'elle pourrait un jour être remise en cause compte tenu du déclin progressif des règles égalitaires constaté dans le cadre du droit des sociétés⁵⁵⁰.

Conclusion Titre Premier

La tentative de recherche du principe d'égalité en droit des sociétés se révèle infructueuse à l'issue des développements précédents. Se renforce l'intuition que les relations entre associés relèvent plutôt d'un régime de liberté : il n'y a pas d'égalité, sauf exceptions ou sanction de certains excès. Les exceptions dans lesquelles l'impérativité de l'égalité se révèle confirment, de manière négative, le principe de liberté : il s'agit là d'une expression classique de la liberté contractuelle, avec la sanction de l'abus et l'existence de certaines règles impératives venant encadrer la liberté des parties. Ce principe de liberté contractuelle, dont la préférence est l'expression en droit des sociétés, peut être confirmé positivement.

⁵⁴⁹ Art. L.223-28 C. Com.

⁵⁵⁰ Pour rappel, ce déclin a notamment été mis en lumière par Madame Sophie SCHILLER, S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *Archives de philosophie du droit*, 2008, n°51, p. 119 et s.

TITRE DEUXIÈME

L'ÉMERGENCE D'UN PRINCIPE DE LIBRE PRÉFÉRENCE

La justification tant conceptuelle que fondamentale de l'existence d'un principe d'égalité en droit des sociétés n'est pas aisée, ce qui a conduit précédemment à sa disqualification à la lumière des règles égalitaires et des dispositions ayant pour objet de sanctionner les excès d'inégalité. Dans le même temps est ressortie de l'analyse des règles appelées au soutien de l'égalité une expression de la liberté contractuelle classique, consistant à encadrer la latitude des parties à organiser leurs relations par quelques règles impératives et la sanction de certains excès. De fait, l'exercice consistant à s'interroger sur la notion de préférence conduit à considérer que la liberté de préférer caractérise de façon certaine les relations entre associés.

Afin de mettre en évidence cette caractéristique intrinsèque de la matière, il convient, en suivant un cheminement de réflexion classique dans le cadre de la recherche de la portée d'une notion, de réaliser dans un premier temps un constat formel des multiples manifestations de la préférence à travers l'étude de sa consécration technique (**Chapitre Premier**). Il apparaîtra alors que chacun des instruments de préférence répertoriés, outre le trait commun d'offrir une liberté de choix aux associés, connaît une assise théorique commune (**Chapitre Deuxième**). Ainsi, la préférence existe en pratique, et elle est justifiée en théorie.

Chapitre Premier : Les assises techniques de la préférence

Chapitre Deuxième : Les assises fondamentales de la préférence

CHAPITRE PREMIER

LES ASSISES TECHNIQUES DE LA PRÉFÉRENCE

Préférer, c'est choisir entre plusieurs personnes ou plusieurs choses. Étymologiquement, préférer signifie « *aimer mieux* », « *porter en avant* »⁵⁵¹. La préférence induit donc une démarche de priorisation, la mise en place d'un traitement spécifique pour celui qui en bénéficie. Elle relève d'une logique potentiellement discriminatoire à l'instar de toutes les relations *intuitu personae*⁵⁵². Pour certains, préférer aurait alors pour conséquence d'exclure ce qui n'est pas choisi préférentiellement. Cette spécificité est d'ailleurs mise en lumière par certains, pour qui la préférence se définit comme « *tout avantage de priorité, d'antériorité qui permet au titulaire d'un droit plus fort d'exclure un concurrent* »⁵⁵³. La préférence fait à ce titre ressurgir la crainte de l'instauration de privilèges dont l'attribution serait assimilable au fonctionnement de l'Ancien Régime et combattus par l'œuvre révolutionnaire. En effet, préférer relève d'une démarche partielle, donc potentiellement arbitraire⁵⁵⁴. Il y aurait donc une

⁵⁵¹ Du latin *praeferre* : <http://www.cnrtl.fr/etymologie/préférer>

⁵⁵² Sur les rapports entre préférence et *intuitu personae* v. notamment J-P. DÉSIDÉRI, *La préférence dans les relations contractuelles*, Thèse, PUAM, 1997, p. 21 et s. : « *La préférence ressemble à l'intuitu personae du fait que tous deux expriment une inclination unilatérale d'une personne à l'égard d'une autre* » ; J-B. RACINE, « Contrat et discrimination en matière internationale », *Revue des contrats*, 2010, n°4, p. 1458 : « *toute relation intuitu personae est discriminatoire : en accordant de l'importance à la personne on rejette l'autre* ».

⁵⁵³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, v. « préférence ».

⁵⁵⁴ En effet, la mise en place d'une préférence ne répond pas forcément à une logique scientifique. Or, est arbitraire ce « *Qui dépend uniquement d'une décision individuelle, non d'un ordre préétabli, ou d'une raison valable pour tous* » (v. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010).

défiance du droit à l'égard de la préférence⁵⁵⁵. Cette affirmation, appliquée au droit des sociétés et pour laquelle il faut retenir une définition plus large de la notion de préférence, en y intégrant également l'amointrissement des prérogatives des associés⁵⁵⁶, ne se trouve cependant pas confirmée par la lecture des textes et l'utilisation qui peut en être faite. Une étude tant contemporaine que diachronique de la matière amène en effet à constater que le législateur n'a eu de cesse de consacrer la liberté de préférer, avec l'instauration d'instruments ouvertement dédiés à la préférence (**Section I**). La préférence n'est que l'expression de la liberté contractuelle en droit des sociétés (**Section II**).

Section I : La préférence consacrée directement par des instruments spécifiques

Section II : La préférence, expression de la liberté contractuelle en droit des sociétés

SECTION I : LA PRÉFÉRENCE CONSACRÉE DIRECTEMENT PAR DES INSTRUMENTS SPÉCIFIQUES

La préférence la plus manifeste est celle qui est directement prévue en tant que telle par le législateur. Elle se révèle par le biais de dispositions qui, n'ayant pas vocation à être mises en œuvre à l'égard de l'ensemble des associés ou des titres détenus par eux⁵⁵⁷, prévoient des

⁵⁵⁵ Voir en ce sens V. MAGNIER, « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », *D.*, 2004, p. 2559 : « la préférence est le fait de se déterminer en faveur d'une personne plutôt que d'une autre. Et même si la nature humaine manifeste une inclination naturelle à son égard, elle n'en suscite pas moins la méfiance qu'inspire tout traitement inégal des personnes. Lors de l'admission d'une préférence venant s'insérer dans les rapports entre deux personnes au sein d'un groupe de personnes, on ne peut manquer, en effet, de s'interroger sur la résurgence en filigrane de ces privilèges tant redoutés qui se dressent tel un obstacle de fait à l'idéal vers lequel doit tendre toute norme juridique [De fait, la consécration par le législateur des actions de préférence relance la vieille opposition entre partisans de l'égalitarisme et ceux plus enclins au libéralisme économique. Selon la célèbre formule de J-J. Rousseau « ... c'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité que la force de la législation doit tendre à la maintenir »]. Le droit des sociétés est d'ailleurs traditionnellement réticent à consacrer des préférences et la jurisprudence hésite à les admettre, au nom du sacro-saint principe d'égalité des actionnaires » ou encore, J-P. DESIDÉRI, *op.cit.*, p. 18 et s. : « la première contribution des révolutionnaires de 1789 a été d'abolir les privilèges, et d'inscrire au fronton de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 que les hommes naissent libres et égaux en droits. Depuis lors, l'idéal d'égalité constitue l'un des principes les plus généraux et transversaux de notre droit (...). Il existe donc dans notre société une affirmation croissante et continue de l'exigence d'égalité », p. 22 : « Dans ce contexte, la possibilité offerte aux personnes de faire de leurs préférences l'objet d'un contrat suscite inéluctablement des réserves. Car elle fait craindre une certaine résurgence de privilèges arbitraires, alors que de tels privilèges sont devenus incompatibles avec la sacralisation de l'égalité des chances ».

⁵⁵⁶ V. définition de la préférence *supra*, n°11.

⁵⁵⁷ Il ne s'agit pas ici de s'intéresser au droit préférentiel de souscription, lequel confère aux associés une préférence manifeste en raison des termes utilisés par le législateur. Il s'agit d'un droit automatiquement attribué à l'ensemble des associés et pouvant être aménagé. Il ne s'agit pas un mécanisme équivalent de préférence, puisque ce n'est pas son attribution qui est laissée à la libre détermination des parties mais son aménagement lors des augmentations de capital.

mécanismes de différenciation des prérogatives offertes dans la société. Ces mécanismes préférentiels sont d'autant plus évidents que le vocable retenu par le législateur pour les désigner ne laisse subsister aucun doute quant à leur objet. À ce titre, le Code de commerce prévoit deux instruments au dessein ouvertement préférentiel et dont le recours est tributaire d'un choix des associés, lesquels acceptent par leur biais de conférer une situation spécifique aux titres émis ou à leurs souscripteurs: les avantages particuliers (§1) et les actions de préférence (§2) que peuvent prévoir ou émettre les sociétés par actions.

§1. Admission des avantages particuliers

141. Expression apparue dans la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite⁵⁵⁸ et promue à l'égard de toutes les sociétés commerciales par la loi du 24 juillet 1867⁵⁵⁹, les avantages particuliers, accordés à la personne de leur titulaire, sont un moyen d'instaurer une préférence personnelle qui s'éteindra normalement lors de la transmission, à quelque titre que ce soit, de l'action. En principe, dans les sociétés par actions, le titre prime sur la personne de son détenteur puisque « *l'action, part sociale des sociétés de capitaux, ne saurait représenter autre chose que les fonds, les biens ou les contrats mis en société, à l'exclusion des soins et des capacités de la personne qui les y a apportés* »⁵⁶⁰. Avec ce moyen de préférence attribuée à titre personnel, le législateur a réintroduit dans les sociétés par actions une certaine dose potentielle d'*intuitus personae*. La définition de ce mécanisme de concession de préférence à la personne détentrice du titre ne s'avère pas évident : le sens des mots de l'expression « avantage particulier » doit être déterminé (A), et leur recours n'est pas neutre puisque l'attribution *intuitu personae* donne une limite temporelle inéluctable à l'existence des avantages consentis (B).

⁵⁵⁸ Art. 4 de la loi du 17 juillet 1856 : « *Lorsqu'un associé fait, dans une société en commandite par actions, un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, l'assemblée générale des actionnaires en fait vérifier et apprécier la valeur* ».

⁵⁵⁹ Art. 4 de la loi du 24 juillet 1867 : « *Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés* ».

⁵⁶⁰ R. TUNC, *Des avantages particuliers dans les sociétés par actions*, Thèse, Paris, 1936, p. 9.

A. Définition complexe de la notion : des prérogatives favorables de toute nature

L'article L. 225-8 alinéa 1^{er} du Code de commerce prévoit que, lors de la constitution de la société anonyme⁵⁶¹, il peut être stipulé des « *avantages particuliers au profit des personnes associés ou non* ». Il n'est néanmoins pas spécifié par le législateur ce qu'il faut entendre par « *avantages particuliers* ». Présentée déjà en 1927 comme l'une des notions les plus obscures du droit des sociétés en raison de l'absence de délimitation de ses contours par le législateur⁵⁶², les avantages particuliers n'ont eu de cesse de faire l'objet de tentatives de définitions claires. En effet, la sanction en cas de non-respect de la procédure attachée à leur stipulation consistant en leur nullité ou encore en celle de l'acte social auquel ils se rattachent, la prudence impose son observation en cas de doute de qualification⁵⁶³. Le risque encouru peut alors avoir un effet dissuasif sur la mise en place de certains aménagements auxquels sont parfois liés « *la prospérité et le développement de l'entreprise* »⁵⁶⁴. Au regard des enjeux attachés à leur définition, une délimitation nette entre l'avantage concerné par la procédure et celui qui lui échappe doit être tracée. Deux questions doivent être envisagées : faut-il entendre par avantage les seuls aménagements offrant à leurs bénéficiaires une faveur par rapport aux autres associés ou faut-il également englober dans la notion les aménagements qui feraient peser une charge spécifique sur ceux à qui ils seraient attribués ? (1) En outre, est-il cohérent d'appliquer cette qualification aux avantages de toute nature ou est-elle circonscrite aux aménagements pécuniaires ? (2)

1. Caractère privilégié de l'aménagement

142. La terminologie retenue par le législateur doit conduire à exclure les aménagements défavorables aux personnes pour qui ils sont prévus : il est question d'une part d'« *avantage* » et d'autre part de « *profit* »⁵⁶⁵. Ce point de vue pragmatique peut être conforté par la lecture des commentaires qui ont été faits dès l'origine à l'égard des dispositions relatives aux avantages particuliers qui constituent une faveur pour le bénéficiaire et, corrélativement, une charge pour les autres associés et la société. Néanmoins, l'enjeu de la qualification repose sur l'applicabilité

⁵⁶¹ Et donc par renvois les autres sociétés par actions.

⁵⁶² H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantages particuliers », *Journal des sociétés*, 1927, n°2, art. 3292, p. 65.

⁵⁶³ H. BOSVIEUX, *art.cit.*, p. 66.

⁵⁶⁴ H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantages particuliers » *art.cit.*, *loc.cit.*, et v. *infra*, n°208 et s.

⁵⁶⁵ Art. L. 225-8 al. 1^{er} C. Com.

ou non de la procédure de vérification qui y est attachée. De fait, il est possible de se demander si l'avantage doit nécessairement être entendu dans son sens courant et consister en une faveur, ou s'il faut englober dans l'expression tous les aménagements qui placeraient l'associé bénéficiaire dans une situation particulière par rapport aux détenteurs d'actions ordinaires⁵⁶⁶.

La réponse semble devoir être négative. Selon la lettre du texte, la procédure ne doit trouver à s'appliquer qu'en cas de stipulation d'un aménagement favorable au profit d'une personne désignée. Or, si le fait de diminuer les droits de certains a généralement pour effet de procurer indirectement un avantage à ceux qui ne pâtissent pas de l'aménagement en cause – ce qui pourrait constituer un argument en faveur de l'application de la procédure dès lors qu'un aménagement *intuitu personae* des droits est envisagé – ce raisonnement doit être écarté. D'une part, le désavantage ne constitue pas un « avantage particulier », cela va de soi. D'autre part, l'avantage conféré indirectement aux autres n'est pas particulier mais collectif, seuls en étant exclus ceux pour qui l'aménagement « négatif » a été mis en place. Tel serait le cas de la mise en place d'un plafonnement du taux de dividendes pour une catégorie de titres : ceux qui ne subissent pas les effets de ce plafonnement seront indirectement avantagés, mais aucun avantage n'est procuré à des personnes désignées. Les effets positifs de ce plafonnement profitent à tous les associés non plafonnés dans leur droit aux dividendes, sans que ces derniers ne soient désignés en tant que bénéficiaires d'un avantage dans la clause de plafonnement. L'avantage ne doit s'entendre que dans son sens littéral, en tant qu'aménagement favorable à son bénéficiaire. De fait, les auteurs affirment de manière unanime que seuls les aménagements présentant un caractère privilégié doivent faire l'objet de la procédure⁵⁶⁷.

2. *Nature controversée de l'avantage*

143. La lecture des travaux préparatoires de la loi du 17 juillet 1856 ne permet pas de cerner les contours de la notion, le législateur s'étant abstenu de spécifier la nature des avantages particuliers. Cependant, il est possible de considérer, au regard des débats ayant eu cours lors de l'adoption de la loi du 24 juillet 1867, que le législateur n'entend alors pas restreindre la portée du texte en limitant cette notion aux avantages de nature pécuniaire. En effet, il est

⁵⁶⁶ En ce sens v. A. COURET et A. DARGENT, « Le domaine d'application de la procédure d'approbation des avantages particuliers », *Actes pratiques*, sept.-oct. 1999, p. 24.

⁵⁶⁷ V. par ex. Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, op.cit.*, p. 315, §307 ; Th. GRANIER, *Avantages particuliers*, Répertoire des sociétés, Dalloz, §13 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 431, §646 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 311, §721.

notamment affirmé au cours de la séance du Corps législatif du 31 mai 1867, tandis qu'est en discussion l'article 4 de la loi relatif à la procédure de vérification des avantages particuliers, que celui-ci « *ne s'occupe pas seulement des apports qui peuvent se traduire par une évaluation en argent ; il s'applique aussi aux avantages de toute sorte qui peuvent être stipulés au profit de ceux qui font des apports* »⁵⁶⁸. Néanmoins, en dépit de cette affirmation pourtant claire⁵⁶⁹, le doute subsiste et les défenseurs d'une conception extensive, de prime abord en accord avec le texte, s'opposent aux partisans d'une conception restrictive.

Ainsi, certains auteurs restreignent la notion aux avantages ayant pour objet une ponction sur « *le fonds commun ou ses produits* »⁵⁷⁰. Cette analyse est d'ailleurs confortée en 1935 par un arrêt rendu par la Cour de cassation, laquelle a précisé le concept de façon négative en indiquant que l'avantage particulier ne peut pas être celui qui n'a « *aucune influence relativement aux droits des autres actionnaires sur le fonds social et sur ses produits* »⁵⁷¹. Il en résulte, selon la Haute juridiction à cette époque, que l'avantage particulier ne peut consister qu'en un avantage de nature pécuniaire.

Pour autant, la conception retenue en 1935, qui aurait dû mettre un terme à la controverse, n'a pas eu pour effet de clore le débat sur la nature nécessairement pécuniaire ou non des avantages particuliers. Ainsi, dès 1936, dans une thèse dédiée à la notion d'avantages particuliers, un auteur remet clairement en cause la légitimité de cette définition, qu'il juge « *arbitraire* », car ne « *repos(ant) sur aucun texte* »⁵⁷². Et alors qu'il était préalablement partisan d'une conception restrictive de la notion, appuyant son raisonnement sur son

⁵⁶⁸ L. TRIPIER, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, Travaux préparatoires*, p. 503, §1642 : propos du magistrat Antoine Louis Auguste Fabre – d'autres affirmations équivalentes se retrouvent dans les travaux préparatoires de la loi de 1867, celle-ci étant la plus synthétique.

⁵⁶⁹ *Contra* R. PERCEROU, « La notion d'«avantage particulier» », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Études de droit commercial offertes à Joseph HAMEL*, 1961, p. 172-173 : « *Il est, au surplus, logique qu'une telle conception de la notion d'avantage particulier se soit dégagée car elle est indéniablement conforme à l'esprit du législateur de 1867. La procédure de vérification de l'article 4 avait pour raison d'être, selon l'optique de l'époque, la recherche du maintien strict du principe de l'égalité entre associés (...). Dès lors il apparaît normal de ne considérer comme soumis à la vérification que l'avantage pécuniaire rompant l'égalité entre associés (...) en excluant du cadre de ce concept les avantages non pécuniaires* ».

⁵⁷⁰ Expression empruntée à R. PERCEROU, « La notion d'«avantage particulier» », *art.cit.*, p. 17. V. dans le même sens P. MILLET, *Les avantages particuliers dans les sociétés par actions, Thèse*, 1931, p. 22 et s. ; R. TUNC, *Des avantages particuliers dans les sociétés par actions, op.cit.*, p. 26 ; E-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^{ème} éd., 1925, p. 358, n°533 qui ne fait état que de la possibilité d'avantages de nature pécuniaire; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, T 2, 1889, p. 515 et s., n°708 : dont la formulation laisse sous-entendre que seuls des avantages de nature pécuniaire seraient possible tout en laissant le doute subsister.

⁵⁷¹ Cass, Civ., 6 mars 1935, *DH*, 1935, p. 265.

⁵⁷² R. TUNC, *op.cit.*, p. 26.

adéquation avec la nécessité de préserver une égalité entre associés, PERCEROU déduit de l'évolution du droit des sociétés dans le sens d'une protection accrue de l'intérêt social, la nécessaire extension de la notion à tous les engagements pris par la personne morale au profit d'un associé⁵⁷³. Ainsi, pour cet auteur, il faut considérer que l'avantage particulier doit être entendu comme « *tout droit, toute allocation ou rétribution ayant pour effet de rompre l'égalité entre associés* »⁵⁷⁴. Il suggère même d'étendre cette procédure aux avantages qui pourraient être accordés à des personnes ne revêtant pas la qualité d'associé, certains engagements de la personne morale à leur égard pouvant constituer une charge dénuée de contrepartie⁵⁷⁵. Le déclin de la théorie restrictive atteint son paroxysme avec la grande réforme opérée par la loi du 24 juillet 1966⁵⁷⁶ laquelle, étendant la possibilité de stipuler de tels avantages au profit de tiers, vient confirmer la thèse naguère défendue par PERCEROU sur l'évolution du droit des sociétés. Ainsi, un demi-siècle après la définition restrictive retenue par la Cour de cassation, la jurisprudence désigne cette notion comme « *toute faveur de nature pécuniaire ou autre attribuée à titre personnel à un associé ou à un tiers* »⁵⁷⁷.

144. Cependant, au regard des lenteurs associées au respect de cette procédure et des critiques qui lui sont portées en raison de son inadaptation aux aménagements non pécuniaires dont les retombées ne sont pas évaluables de manière précise, certains auteurs ont tenté de faire prévaloir à nouveau une lecture restrictive de la notion⁵⁷⁸. À l'appui de cette recherche de nouvelle restriction de la notion, les auteurs font référence à une réponse ministérielle du 3 décembre 1990, dans le cadre de laquelle la mission du commissaire amené à intervenir dans la procédure a été définie comme consistant « *moins à juger du bien-fondé de l'octroi d'avantages, lesquels procèdent du consentement des associés exprimé dans le pacte social, qu'à en apprécier la consistance et les incidences éventuelles sur la situation des actionnaires* »⁵⁷⁹. Si la critique est appuyée sur des arguments intéressants – puisqu'effectivement il semble moins aisé de

⁵⁷³ En ce sens v. R. PERCEROU, *art.cit.*, p. 171 et s.

⁵⁷⁴ R. PERCEROU, *art.cit.*, p. 171.

⁵⁷⁵ R. PERCEROU, *art.cit.*, p. 175.

⁵⁷⁶ En ce sens v. par ex. M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », *art.cit.*, p. 194, §7.

⁵⁷⁷ T. Com., Roubaix, 6 mai 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 651, note P. LE CANNU.

⁵⁷⁸ M. GERMAIN, *art.cit.*, p. 194 : « Cette tentative se comprend, car la pratique estime souvent que le respect de pareille procédure retarde abusivement les opérations entreprises et voudrait au moins libérer de cette contrainte les avantages immatériels comme les avantages de pouvoirs ou d'information qui tendent à se multiplier » ; Ph. REIGNÉ et Th. DELORME, « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », *Bull. Joly Sociétés*, 2002, n°11 ; p. 1117 ou encore J.-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *art.cit.*, p. 4.

⁵⁷⁹ Ph. REIGNÉ et Th. DELORME, *art.cit.*, §16 citant Rép. Min., n°31295, JOAN, 3 décembre 1990, p. 5543.

quantifier les incidences d'un avantage non financier – à défaut de définition précise par le législateur, il convient en tout état de cause d'appliquer la qualification aux aménagements favorables de toute nature⁵⁸⁰. En effet, la sécurité juridique est alors en jeu⁵⁸¹ ; et ce d'autant plus que cette procédure a pour objet la protection du consentement des associés, préoccupation dont l'importance n'amène pas à spéculer dans le sens d'une conception restrictive de la notion d'avantage qui pourrait être retenue par les juges en cas de contestation.

B. Attribution d'avantages intuitu personae et conséquences

Une fois la notion d'avantage explicitée, il convient de s'interroger sur la portée du caractère « *particulier* » de ceux-ci. En effet, la spécificité de cet instrument de préférence permettant d'aménager des droits de toute nature dans un sens favorable tient à ce que ces prérogatives sont attribuées à titre personnel (1), avec pour conséquence nécessaire l'encadrement temporel des avantages ainsi octroyés (2).

1. Des droits accordés en raison de la personne

Outre le fait que l'avantage est attaché à la personne et non au titre (a), il ressort des textes que cette personne doit être parfaitement déterminée, de sorte que l'attribution à une catégorie de personnes semble exclure la qualification d'avantage particulier (b).

a. Le caractère intuitu personae des avantages particuliers

145. Le caractère personnel des avantages est consacré directement par la loi. En effet, les avantages, prévus dans leur principe par l'article L. 225-8 du Code de commerce, sont, aux termes de ce texte, stipulés au profit de personnes, qu'elles soient associées ou non. Ainsi, « *ce n'est que si la considération de la personne des bénéficiaires entre en ligne de compte pour*

⁵⁸⁰ En ce sens J-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », *art.cit.*, p. 216 ; Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, op.cit.*, p. 315, §307 ; Th. GRANIER, *Avantages particuliers, Répertoire des sociétés*, Dalloz, §13 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 431, §646 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 311, §721 ; Ph. ENGEL et P. TROUSSIÈRE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *art.cit.*, §34.

⁵⁸¹ En ce sens Th. GRANIER, « Définition des avantages particuliers », *Droit des sociétés*, 2003, n°12, ét. 12.

l'octroi de l'avantage que la procédure de vérification des avantages particuliers aurait à être suivie »⁵⁸². L'avantage dont il est question doit donc être attribué à la personne, et non au titre, pour que la qualification d'« *avantage particulier* » soit retenue. Toute prérogative qui se verrait attachée à l'action ne peut recevoir cette qualification. Le principe paraît simple : est particulier l'avantage attaché à la personne de son titulaire. C'est d'ailleurs ce qui distingue l'avantage particulier de la catégorie d'action. Si le droit particulier qui est attribué peut être le même dans les deux cas, dans le cadre de l'avantage particulier, celui-ci est accordé en considération de la personne et non *intuitu rei*⁵⁸³. Cette interprétation stricte du texte, subordonnant la qualification à une attribution personnelle, se retrouve d'ailleurs déjà chez BOSVIEUX. Pour lui, la nécessité de respecter la procédure de vérification des avantages particuliers, lorsque ceux-ci seraient attribués aux titres et non en fonction de la personne, se heurterait aux prévisions du texte et irait à l'encontre de la création de catégories de titres qui se verraient, de manière quasi-systématiques, refusées par les associés n'en profitant pas⁵⁸⁴.

146. Cependant, il existe des cas de figure dans lesquels il n'est pas aisé de déterminer si l'aménagement est réellement accordé en raison de la personne ou des titres détenus par elle. Il en est ainsi lorsque le privilège est octroyé à une catégorie d'actions qui serait possédée par un seul actionnaire⁵⁸⁵. Dans cette hypothèse, il y a une dissociation statutaire de l'attribution de l'avantage avec d'une part, la détermination des droits attribués aux actions de la catégorie considérée et d'autre part, la souscription de l'intégralité de ces titres par un seul actionnaire. Doit-on alors considérer que l'avantage est accordé *intuitu personae* et faire l'objet d'une approbation spécifique, ou bien *propter rem* et échapper ainsi à ladite procédure? Une interrogation similaire naît lorsqu'il est prévu statutairement l'octroi d'un avantage au profit des titres détenus par des personnes dont la fonction est déterminée. Doit-on alors considérer que l'avantage leur est accordé en raison de leurs titres ou de leur fonction? Et partant, la détermination de la fonction est-elle suffisante pour considérer que l'octroi est *intuitu personae*? Autrement dit, que faut-il entendre par caractère *intuitu personae* : doit-il s'agir

⁵⁸² A. VIANDIER, « Les actions reflet », *RJDA*, 2001, p. 5, §19.

⁵⁸³ Cette distinction, reprise ensuite par de nombreux auteurs, a été notamment clairement expliquée par JEANTIN : M. JEANTIN, « Observation sur la notion de catégorie d'actions », *D.*, 1995, p. 88.

⁵⁸⁴ H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantage particulier », *art.cit.*, p. 80 et s.: « *le fait pour les fondateurs de créer, indépendamment des actions ordinaires, des actions de priorité (...) ne saurait pas lui-même et en l'absence de toute clause des statuts désignant les bénéficiaires de ces actions, constituer au profit des souscripteurs futurs un avantage particulier* ».

⁵⁸⁵ Question soulevée par M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op.cit.*, p. 311, §721.

d'une personne nommément désignée ou le fait qu'elle soit simplement déterminable suffit à déclencher la qualification d'avantage particulier ?

b. Caractéristiques nécessaires de l'attribution intuitu personae

Le caractère nécessairement personnel de l'avantage, exprimé par la loi en tant que « *stipulation (...) au profit de personnes associées ou non* »⁵⁸⁶, porte en effet à s'interroger sur la question de savoir si le bénéficiaire doit être nominativement identifié ou si son caractère identifiable suffit à retenir la qualification d'avantage particulier attribué *intuitu personae*.

147. Dans son *Traité de droit commercial*, paru en 1898, THALLER préconisait à cet égard la plus grande prudence⁵⁸⁷. En effet, s'il ne fait aucun doute que la qualification doit être retenue à l'égard de personnes déterminées, l'incertitude est retenue par l'auteur concernant l'attribution impersonnelle de ces avantages en les attachant à une fonction. D'un côté, l'intervention législative pour la mise en place d'une procédure d'approbation préalable des avantages particuliers par les associés avait pour objet d'assurer un consentement collectif non vicié, en écartant du vote de leur approbation ceux au profit desquels ils sont stipulés⁵⁸⁸. Or, il ne peut être retenu à l'égard de toutes les personnes qui se verront attribuer ultérieurement la fonction ouvrant droit à ces avantages d'être à l'origine d'un traitement préférentiel. À cet égard, la qualification d'avantage particulier devrait être écartée. Néanmoins, d'un autre côté, l'incertitude jurisprudentielle à l'égard de cette situation commande selon lui de retenir la qualification d'avantage particulier au même titre qu'une attribution *ad hominem*⁵⁸⁹. Ultérieurement, s'interrogeant sur les « *conditions que doit réunir un avantage particulier pour être soumis à vérification* », BOSVIEUX précise la notion et met en évidence que, faute d'être nommément désignés, les bénéficiaires de ces avantages doivent être individualisés « *d'une manière non équivoque et suffisamment précise pour qu'ils puissent être reconnus* »⁵⁹⁰. Ainsi, l'attribution d'un avantage à une catégorie d'actionnaires déterminée par sa fonction ou des caractéristiques précises devrait suffire pour retenir la qualification d'avantages particuliers.

⁵⁸⁶ Art. L.225-8 C. Com.

⁵⁸⁷ E-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial, op.cit.*, p. 358, §533.

⁵⁸⁸ V. travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1867 compilés par L. TRIPIER, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés op.cit.*, p. 115-116 ; ou encore E-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial, op.cit.*, p. 355, §530.

⁵⁸⁹ En ce sens E-E. THALLER, *op.cit.*, p. 359, §533 *in fine*.

⁵⁹⁰ H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantage particulier », *art.cit.*, p. 77.

C'est « *la spécificité de la situation même de l'actionnaire* »⁵⁹¹ à qui l'avantage est attribué qui justifie son rattachement à la catégorie des avantages particuliers.

148. Néanmoins, ce critère de distinction est-il certain et suffisant ? Le fait que le caractère simplement déterminé des personnes à qui les avantages profiteront suffise à les rattacher à la catégorie des avantages particuliers peut être remis en cause au travers de trois écueils. Tout d'abord, la rédaction de l'article R 224-2 5^o⁵⁹² laisse douter de la possibilité de qualifier d'avantage particulier une faveur dont le bénéficiaire ne serait pas clairement dénommé puisqu'aux termes de ce texte les statuts doivent indiquer « *l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers* ». Il serait donc possible d'exclure de cette qualification un avantage accordé par exemple en raison de la fonction de son bénéficiaire, compte tenu du fait que cette fonction peut être attribuée simultanément ou successivement à différentes personnes aux identités distinctes. Néanmoins, et ce second écueil peut apporter une clarification à ce premier problème, la question du contournement de la procédure par l'attribution à une personne identifiable et non identifiée, a fait l'objet d'une discussion dans le cadre de l'introduction des actions de préférence. En effet, la nouvelle rédaction de l'article L. 228-15⁵⁹³, en vertu duquel la procédure des avantages particuliers s'applique « *lorsque les actions [de préférence] sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés* »⁵⁹⁴, laisse entendre qu'il est nécessaire que les actionnaires soient clairement identifiés et non simplement identifiables pour que la qualification soit retenue dans le cadre de l'émission d'actions de préférence⁵⁹⁵. Il est donc paru opportun de se demander si, et dans quelle mesure, cette spécificité devait avoir une résonance sur la caractérisation de l'attribution personnelle des avantages particuliers, la réponse ayant un attrait en dehors même de l'émission d'actions de préférence. Ainsi, en vertu de l'article L. 228-15, l'attribution d'une préférence à une catégorie de personnes dont les caractéristiques seraient déterminées, mais dont une liste nominative ne pourrait être définie,

⁵⁹¹ M. JEANTIN, « Observation sur la notion de catégorie d'actions », *art.cit., loc.cit.*

⁵⁹² Applicable à toutes les sociétés par actions.

⁵⁹³ Issue de l'ordonnance du 24 juin 2004, n°2004-604.

⁵⁹⁴ La question du cumul ou non des procédures sera étudiée *infra*, n°345 et s., l'objet ici est uniquement de cerner les difficultés relatives à la définition de l'avantage particulier.

⁵⁹⁵ Il est d'ailleurs possible de noter dès lors une nouvelle difficulté qui sera abordée plus tard dans le cadre du cumul des procédures (*infra*, n°345 et s.): en effet, alors qu'il est admis que la procédure des avantages particuliers s'applique aux avantages entendus en tant que faveur, en revanche, les actions de préférence permettent en réalité de mettre en place une différence de traitement des actions par rapport aux actions ordinaires, que ce soit par l'octroi d'un avantage ou d'une charge, or, aux termes de ce texte, la procédure doit être suivie lorsque la préférence est accordée à un actionnaire nommément désigné : ainsi, la procédure des avantages particuliers, qui ne concerne normalement pas les désavantages, trouvera à s'appliquer à des aménagements des prérogatives dans le sens de leur amoindrissement s'il s'agit d'aménagements dans le cadre d'une action de préférence.

ne serait pas constitutive d'une stipulation d'avantages particuliers. C'est en tout cas la position retenue par certains auteurs⁵⁹⁶. De fait, il serait possible de contourner la procédure attachée à la stipulation d'avantages particuliers par le biais de l'émission d'actions de préférence au profit de personnes non nommément désignées mais simplement caractérisées. Néanmoins, d'autres auteurs estiment que ce montage aurait pour seul but de contourner une obligation légale et recommandent de suivre la procédure même en l'absence d'identification nominative des bénéficiaires des avantages en cause⁵⁹⁷. Il convient donc, eu égard à la formulation des textes, de considérer de manière générale et au-delà de la controverse relative aux avantages particuliers dans le cadre des actions de préférence, que constituent des avantages particuliers toute faveur, quelle qu'en soit sa nature, attribuée à une personne identifiée ou identifiable.

149. D'autre part, il n'en reste pas moins que cette qualification s'avère insuffisante pour déterminer si un aménagement doit être considéré comme attribué à la personne et non au titre. Dans l'hypothèse où une personne se verrait attribuer l'intégralité d'une catégorie d'actions à laquelle seraient attachées certaines faveurs, faut-il considérer que l'avantage est consenti *intuitu rei* en raison de son attribution statutaire à la catégorie de titres, ou bien *intuitu personae* en prenant en compte l'attribution de la catégorie en fonction de la personne ? En d'autres termes, il s'agit de se demander si la catégorie d'action dans cette situation est déterminée par le titre en lui-même ou par l'actionnaire qui la détient. Cette question a fait l'objet de nombreux débats⁵⁹⁸, aux termes desquels la solution apportée semble cependant faire l'unanimité : c'est en raison du caractère non-transmissible de l'avantage attribué *intuitu personae* que l'avantage doit être qualifié de particulier⁵⁹⁹. Ainsi, dès lors que la faveur accordée en considération directe ou indirecte de la personne s'éteint par la sortie du capital ou, l'arrivée de son terme si le

⁵⁹⁶ En ce sens v. par ex. J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCHIO, *Le Lamy Sociétés commerciales*, éd. 2018, n°4779 ; Fr. MONOD et R. ARAKELIAN, « Les actions de préférence : comment utiliser la, procédure des avantages particuliers ? », *LPA*, 2004, n°219, p. 8 et J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », *RLDA*, 2005, n°78.

⁵⁹⁷ En ce sens v. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 743, §1150 : « l'évitement de la procédure devient très facile, alors qu'il serait délicat de montrer que la décision d'accorder un avantage par catégorie objective n'a eu d'autre finalité que de se dispenser du respect de la procédure des avantages particuliers ».

⁵⁹⁸ Ainsi, il est possible de citer M. JEANTIN, « Observation sur la notion de catégorie d'actions », *art.cit.*, p. 88 et s. ; Cl. CHAMPAUD, « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », *art.cit.*, p. 161 ; A. COURET et A. DARGENT, « Le domaine d'application de la procédure d'approbation des avantages particuliers », *art.cit.*, p. 25 et s., J-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », *art.cit.*, p. 213 et s.

⁵⁹⁹ En ce sens v. J-J. DAIGRE, « Actions catégorielles et avantages particuliers », *art.cit.*, p. 216 ; J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *art.cit.*, p. 4 ; Ph. ENGEL et P. TROUSSE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *art.cit.*, §42 et s. ; M. JEANTIN, « Observation sur la notion de catégorie d'actions », *art.cit.*, *loc.cit.* ; Th. GRANIER, « Définition des avantages particuliers », *art.cit.*, §16 ou encore Fr-D. POITRINAL, « Clauses statutaires de répartition des bénéfices », *Droit et patrimoine*, 1998, n°4, p. 37.

bénéficiaire n'était pas associé, il faut considérer qu'il s'agit d'un avantage particulier. Encore faut-il tirer toutes les conséquences d'un tel critère de qualification.

2. Conséquences des critères qualification : une préférence éphémère

150. C'est le caractère non transmissible du privilège qui, *in fine*, caractérise l'avantage particulier. Le recours aux avantages particuliers donne donc la possibilité aux associés d'accorder la préférence, au sens littéral du terme, à toute personne déterminée ou déterminable, sous la condition suspensive de la conservation du titre par la personne ou de toute autre considération à l'égard de l'associé ou du tiers qui en bénéficie. Ceci permet, dans une certaine mesure, de mieux contrôler les aménagements en cause. En effet, ceux-ci n'ont pas vocation à subsister au-delà d'un terme prédéfini dont l'arrivée, si la date n'est pas certaine, est inéluctable en raison de l'attribution *intuitu personae*. À ce titre, si le législateur n'a directement prévu aucune règle d'encadrement de la durée de la préférence ainsi octroyée, la solution découle, dans la plupart des hypothèses, du critère de son attribution, lequel constitue une condition suspensive à l'existence de l'avantage⁶⁰⁰. Il est alors nécessaire de se référer aux indications statutaires, et la durée pourra dans certains cas se déduire des caractéristiques de la préférence attribuée lorsque celle-ci est fonction de l'identité du détenteur associé, d'un contrat conclu ou de l'attribution d'une qualité⁶⁰¹. En effet, attribués à la personne et non au titre, ils n'ont pas vocation à être transmis avec ce dernier. Ainsi, sauf délibération spéciale de l'assemblée pour que les droits particuliers accordés au cédant soient conservés par le biais d'une modification statutaire⁶⁰², le cessionnaire ne pourra pas bénéficier des mêmes prérogatives que son prédécesseur. Ce dernier se verra attribuer des prérogatives ordinaires si le rachat ne concerne pas des actions de préférence. De fait, en cas d'attribution à un associé dénommé dans les statuts, la cession aura pour effet de mettre fin à la faveur accordée, sauf délibération spéciale pour attribuer les mêmes droits au cessionnaire. De même, si l'avantage est attribué statutairement à une personne en raison de la fonction occupée, dès lors que le mandat en cause prendra fin, qu'il s'agisse d'un associé ou d'un tiers, la faveur n'aura plus vocation à profiter à son ancien bénéficiaire. Pareillement, si la faveur est concédée par suite d'un contrat spécifique, celle-ci verra son terme arriver soit par la fin du contrat, soit par une modification des parties

⁶⁰⁰ En ce sens v. Ph. ENGEL et P. TROUSSIÈRE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *art.cit.*, §38 et s.

⁶⁰¹ *Ibidem*.

⁶⁰² En ce sens v. Fr-D. POITRINAL, « Clauses statutaires de répartition des bénéfices », *art.cit.*, *loc.cit.*

contractantes. Aussi, en cas d'attribution à un tiers, la faveur octroyée ne pourra pas faire l'objet d'une transaction et perdurer dans les mains d'une autre personne.

151. En tout état de cause, tout privilège dont la pérennité est subordonnée, non à l'existence d'un titre, mais à des caractéristiques liées à la personne de son bénéficiaire, doit être qualifié d'avantage particulier. Par conséquent, il faut considérer que ce mécanisme d'attribution d'une situation préférentielle est un instrument de préférence temporaire, sujet à un contrôle spécifique des associés au moment de son attribution statutaire. De cette spécificité découle d'ailleurs un devoir de vigilance des rédacteurs des statuts : la nature temporaire de la faveur octroyée va dépendre de l'expression retenue⁶⁰³. Si la rédaction a pour conséquence de rendre transmissible l'avantage, il est certain que la qualification d'avantage particulier doit être exclue. En revanche, et notamment dans le cadre de l'octroi de l'avantage à un tiers – où contrairement à l'attribution à un associé dans le cadre de laquelle en tout état de cause, la faveur prendra fin au plus tard à la sortie du capital à défaut d'accord de faire perdurer l'avantage au profit du cessionnaire – il sera nécessaire d'indiquer expressément le terme suspensif de la faveur, faute de voir celle-ci perdurer jusqu'à la disparition de son bénéficiaire⁶⁰⁴.

En outre, indépendamment du risque d'une rédaction lacunaire minimisant le caractère temporaire de la faveur accordée, la qualification n'est pas toujours évidente en raison du défaut de définition précise de la notion ainsi que de sa potentielle proximité avec les actions de préférence. Ceci ouvre le risque d'une requalification entraînant soit l'attachement de la prérogative au titre – avec la conséquence d'un potentiel transfert à une personne à laquelle les associés n'avaient pas entendu accorder les droits en cause –, soit son extinction pour défaut de respect de la procédure d'attribution.

⁶⁰³ Ph. ENGEL et P. TROUSSIÈRE, *art.cit.*, §28 : « La pérennité incertaine de l'avantage doit surtout inciter ses bénéficiaire à la vigilance au moment de l'attribution. La nature du privilège précisée dans une mention statutaire devrait donc comporter l'indication de son caractère révocable ou non et sa durée ».

⁶⁰⁴ J-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », *art.cit.*, p. 216 : « Il s'agit d'un droit préférentiel, de nature pécuniaire ou non, accordé intuitu personae à une ou plusieurs personnes dénommées actionnaires ou non, qui ne peut se transmettre et s'éteint, soit avec le retrait du bénéficiaire s'il était actionnaire, soit avec la disparition de celui-ci s'il était un tiers ».

§2. Promotion des actions de préférence

152. Introduites par l'article 31 de l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004, portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales, dont « *l'une des innovations les plus importantes est la création de nouveaux titres de capital, appelés "actions de préférence"* »⁶⁰⁵, les actions de préférence constituent une nouvelle catégorie de titres de capital dont le régime est édicté par les articles L. 228-11 et suivants du Code de commerce. En vertu de l'article L. 228-11 alinéa 1^{er}, « *Lors de la constitution de la société ou en cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent (...)* ». L'innovation ne tient pas tant dans la possibilité pour les sociétés françaises d'émettre des titres particuliers, puisque la licéité de cette pratique avait été reconnue par le législateur dès 1902 avec l'avènement des actions de priorité (A), mais dans l'opportunité offerte aux acteurs économiques de bénéficier de titres adaptés à la concurrence étrangère. En effet, alors que le droit français proposait plusieurs types de titres particuliers – à savoir les actions de priorité, les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, les certificats d'investissement et de droit de vote – ceux-ci, dont le manque de souplesse était décrié⁶⁰⁶, souffraient d'un désintérêt croissant⁶⁰⁷. Étant donnée la désuétude de ces instruments, le souhait a été émis que « *le droit français puisse reconnaître une catégorie de titres distincte (...) calquée sur le modèle américain des preferred shares* »⁶⁰⁸ dont la flexibilité est plus adaptée aux besoins des acteurs économiques. En réponse à cette demande, le législateur a donc promu un nouvel instrument de préférence, plus compétitif que les actions de priorité préexistantes : les actions de préférence (B).

⁶⁰⁵ Cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, JORF n°175 du 30 juillet 2004 page 13577, texte n°36.

⁶⁰⁶ Ainsi, les sociétés disposaient uniquement de la possibilité d'émettre un titre dans une catégorie prédéterminée dont elle devait respecter les règles sans pouvoir croiser les spécificités de chacune. En ce sens v. notamment A. VIANDIER, « Les actions de préférence », JCP E, 2004, n°40, 1440, §2.

⁶⁰⁷ V. par exemple J-M. MOULIN, « Les actions de préférence », LPA, 2005, n°189, p. 24.

⁶⁰⁸ X. VAMPARYS, « Retour sur un modèle : les preferred shares américaines », Bull. Joly Sociétés, 2006, n°11, p. 1314, §1.

A. Avènement des titres spéciaux

Alors qu'il semble exister une certaine réticence de la pratique à moduler les droits et obligations des associés par doute de la licéité de tels aménagements en dépit de l'existence de dispositions *a priori* permissive (1), le législateur, après avoir consacré la possibilité de stipuler des avantages particuliers au profit des associés, met définitivement fin aux incertitudes en proclamant la possibilité d'émettre des actions dites de priorité, par le biais desquelles l'aménagement est attaché au titre (2).

1. Préexistence pratique des catégories de titres

153. Dès 1807, les dispositions du Code civil sont applicables aux sociétés commerciales dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les règles qui les gouvernent⁶⁰⁹. Par conséquent, la liberté laissée aux associés de répartir les bénéfices et les pertes de manière non proportionnelle à la détention de capital prévue par l'article 1854 du Code civil est applicable aux sociétés commerciales, dans la limite des prévisions de l'article 1855 du même Code prohibant les répartitions léonines. Dès lors, il est possible que les actionnaires ne soient pas traités également à l'égard de leurs droits pécuniaires, puisqu'aucune disposition du Code de commerce ne s'oppose à l'application de ces dispositions. Il est ainsi permis que certains soient privilégiés en raison des droits attribués à leurs titres. La loi du 24 juillet 1867, en introduisant la notion d'avantages particuliers, a même rendu loisible aux actionnaires d'attacher ces prérogatives particulières à la personne et non au titre⁶¹⁰. Partant, les textes permettent, depuis l'origine, de mettre en place statutairement des catégories de titres, et même par la suite des catégories

⁶⁰⁹ Art. 18 du Code de Commerce de 1807 : « *Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties* » ; Art. 1873 du Code Civil de 1804 : « *Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce* ».

⁶¹⁰ Art. 4 de la loi du 24 juillet 1867 : « *Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés* ».

d'actionnaires, pour lesquels les droits diffèrent de ceux des actions ou actionnaires ordinaires⁶¹¹.

154. Néanmoins, un doute sur la licéité de ces aménagements existe en pratique en raison de la rédaction initiale de l'article 34 du Code de commerce qui, jusqu'en 1902, prévoit que « *le capital de la société anonyme est divisé en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale* »⁶¹². Si la question de l'impérativité de cette disposition a fait objet de discussions⁶¹³, celle de sa portée est également posée. En effet, certains auteurs vont considérer, en raison de l'imprécision du texte, que celui-ci emporte une nécessaire égalité des droits et obligations attachés aux actions. Par conséquent, il est impossible de mettre en place une quelconque préférence au profit des actionnaires⁶¹⁴. Bien que l'objection à la création de titre différenciés tirée de la rédaction de l'article 34 ait reçu des démentis tant de la part du législateur au cours de la discussion des différentes lois postérieures au Code de commerce de 1807⁶¹⁵ que de la

⁶¹¹ En ce sens v. notamment Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial, Tome 2nd, 1^{ère} partie – Des sociétés*, 1908, p. 458 « *Les actions de priorité sont expressément admises par les dispositions de la loi du 16 novembre 1903 modifiant et complétant l'article 34, C. com. (2), mais ces actions étaient licites antérieurement à cette loi (3) » : (3) : « Voici les raisons qui devaient faire admettre les actions de priorité ou privilégiées. D'abord, la loi du 24 juillet 1867 (art. 4) s'occupe des avantages particuliers. Les actions privilégiées sont précisément des actions jouissant de certains avantages particuliers. Puis, aucune disposition légale n'exige que les associés soient traités également au point de vue de la répartition des bénéfices et des pertes. La loi laisse, au contraire, aux intéressés la plus grande liberté pour régler cette répartition (art. 1854, C. civ.), pourvu que la totalité des bénéfices ne soit pas donnée à un associé ou qu'un associé ne soit pas dispensé de contribuer aux pertes jusqu'à concurrence au moins de sa mise (art. 1855 C. civ.) ».*

⁶¹² En 1902, la modification entraîne une précision du texte en vertu de laquelle la valeur égale doit s'entendre de la valeur nominale du titre (loi du 9 juillet 1902), et la loi du 16 novembre 1903 viendra modifier le texte pour substituer à « société anonyme » toutes les « sociétés par actions » ; texte applicable aux sociétés en commandite par actions par renvoi de l'article 38 du Code de commerce.

⁶¹³ V. *supra*, n°112.

⁶¹⁴ V. en ce sens P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires, op.cit.*, p. 70 : « *Une controverse, aujourd'hui dépourvue d'intérêt, s'était élevée sur le point de savoir si les mots « valeur égale » devaient être entendus dans un sens général et absolu, s'ils signifiaient que chaque action d'une même société doit conférer des droits et avantages comme aussi imposer des obligations strictement identiques ou si ces mots étaient seulement relatifs à l'égalité de valeur nominale des titres* ».

⁶¹⁵ V. par ex. L. TRIPIER, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1967 sur les sociétés*, T. 2, 1867, p. 376 – Séance du corps législatif du 8 juin 1867, M. Le Ministre des finances Rouher : « *Parmi les prescriptions légales se trouve l'article 34 qui dit que le capital sera divisé en actions de valeur égale : c'est la formule simple à l'aide de laquelle le capital est formé et divisé. Cette disposition de l'article 34 est-elle impérative ? Est-elle obligatoire ? Est-ce une règle dont la violation entraînerait l'annulation de l'acte social ? Je dois dire qu'en l'état actuel, en dehors des questions de sociétés coopératives auxquelles j'aboutirai dans un instant, rien dans la législation, rien dans la doctrine, rien dans la jurisprudence ne donne à cette prescription de l'article 34 l'importance d'un texte impératif* ».

part des juridictions⁶¹⁶, « *la Cour de cassation n'ayant pas eu à intervenir, la question pouvait se discuter, et c'est sans doute l'incertitude résultant de cette situation qui avait été cause de peu de développement de ces actions en France* »⁶¹⁷. Afin de mettre fin à ces doutes et de faciliter la procédure de création de tels titres qui nécessitait jusqu'alors, de par les modifications statutaires qu'ils conduisaient à opérer, un consentement unanime des associés, une proposition de loi pour la consécration des actions de priorité est déposée à la Chambre des députés au cours de l'année 1899.

2. Consécration officielle de la validité des actions de priorité

155. La liberté statutaire laissée aux actionnaires a conduit ceux-ci à imaginer et à mettre en place une diversité de combinaisons⁶¹⁸ à l'égard des droits et obligations qu'ils détiennent dans la société. La crainte de l'illicéité de ces aménagement aurait pu connaître comme couperet une interdiction formelle de ceux-ci par le législateur car, comme le fait remarquer RIPERT au sujet des réformes intervenues à l'égard de la loi du 24 juillet 1867, « *il est rare que la loi intervienne pour défendre une de ces combinaisons imaginées par les fondateurs de sociétés* »⁶¹⁹. Ce ne fût pas le cas pour les actions de priorité dont le législateur a permis expressément la création, répondant ainsi aux besoins de la pratique. En effet, comme le rappelle RIPERT, ces actions s'avèrent intéressantes pour les sociétés, notamment pour attirer de nouveaux investisseurs⁶²⁰. Plutôt que de les interdire, le législateur les promeut par le biais de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 1902, en vertu duquel « *sauf les dispositions contraires des statuts, la société*

⁶¹⁶ J. VAVASSEUR, *Commentaire des lois des 9 juillet 1902 et 16 novembre 1903*, 1904, p. 4-5 : « *les décisions judiciaires, qui étaient intervenues, s'étaient prononcées pour la validité des actions de priorité [NBP : Paris, 10 janvier 1867(...) Paris, 19 avril 1875 (...) Paris, 28 mai 1884 (...) Lyon, 4 mars 1891] (...) M. l'avocat général Hémar (...) reconnaissait lui-même que si les statuts avaient autorisé la création d'actions privilégiées, aucune nullité n'aurait été encourue, et voici en quels termes il s'expliquait sur l'article 34 du Code de commerce : « il signifie simplement que la division la plus naturelle de tout capital social est la division en actions égales, mais que l'article est dépourvu de sanction légale ; et comme il n'édicte pas de disposition d'ordre public, je n'hésite pas à déclarer qu'il peut y être dérogé par la convention » ; il faisait remarquer en outre que cet article 34 n'offrirait pas un obstacle insurmontable à la création d'actions de priorité* ».

⁶¹⁷ J. VAVASSEUR, *op.cit.*, p. 6.

⁶¹⁸ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 62.

⁶¹⁹ G. RIPERT, *op.cit.*, *loc.cit.*

⁶²⁰ *Ibidem*.

peut créer des actions de priorité, investies du droit de participer avant les autres actions à la répartition des bénéfices ou au partage de l'actif social »⁶²¹.

156. De fait, sauf défense statutaire expresse, les sociétés anonymes pourront créer, même au cours de la vie sociale, des actions de priorité qui bénéficieront de droits spécifiques sur les bénéfices et sur le droit de vote⁶²², sans avoir à procéder, comme il l'était jusqu'alors exigé, à une modification statutaire requérant l'unanimité⁶²³. Cette possibilité est offerte même si les statuts sont restés muets sur la possibilité de créer de tels titres. C'est cependant à l'égard de cette question qu'une controverse est née sur le point de savoir si la loi de 1902 se trouvait applicable aux sociétés préexistantes pour lesquelles, jusqu'alors, la seule possibilité d'émettre des actions de priorité était de l'avoir expressément prévu, ou de procéder à une modification statutaire unanime en ce sens⁶²⁴.

La loi de 1902 sera donc rapidement précisée par la loi du 16 novembre 1903 à l'égard de trois points importants. Tout d'abord, cette loi étend l'applicabilité des dispositions relatives aux actions de priorité à toutes les sociétés par actions puisque, par ce qui est qualifié d'une « *assez singulière anomalie* »⁶²⁵, le législateur avait, en raison des termes utilisés dans l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 1902, restreint son application aux seules sociétés anonymes. Ensuite, afin de mettre un terme aux controverses existantes à l'égard de l'application de la loi nouvelle aux sociétés préexistantes, l'article 2 de la loi de 1903 prévoit expressément que celle-ci est applicable à toutes les sociétés par actions, créées antérieurement ou postérieurement. Enfin, la formulation de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 1902 est modifiée afin de favoriser le développement de ces actions dans les sociétés. En effet, le texte prévoyait auparavant que les actions de priorité pouvaient être créées « *sauf disposition contraire des statuts* ». Or, l'énoncé de la règle a porté certains tribunaux à restreindre la possibilité d'émission de telles actions au seul cas où les statuts ne prévoyaient aucune règle de proportionnalité à l'égard des

⁶²¹ Ce même principe a été consacré par l'article 269 de la loi du 24 juillet 1966 : « *Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes autres actions* ».

⁶²² Art. 1^{er} de la loi du 9 juillet 1902, al. 3 : « *Sauf disposition contraire des statuts, les actions de priorité et les autres actions ont, dans les assemblées, un droit de vote égal* ».

⁶²³ En ce sens J. VAVASSEUR, *Commentaire des lois des 9 juillet 1902 et 16 novembre 1903, op.cit.*, p. 6.

⁶²⁴ J. VAVASSEUR, *op.cit.*, p. 7.

⁶²⁵ J. VAVASSEUR, *op.cit.*, p. 8.

prérogatives pécuniaires⁶²⁶. Le législateur reformule donc cet article en 1903, précisant que les sociétés par actions peuvent créer des actions de priorité, à moins que les statuts « *n'interdisent point, par une prohibition directe et expresse la création d'actions de cette nature* ». L'intervention du législateur pour affirmer de nouveau que le recours aux actions de priorité est libre, sauf disposition contraire expresse, démontre bien son attachement à cette possibilité d'émettre des titres privilégiés et à sa prise en compte des besoins pratiques des fondateurs de sociétés.

157. Néanmoins, alors même que par cette consécration, il est évident que le droit français des sociétés offre une certaine flexibilité dans la latitude offerte aux associés à aménager leurs prérogatives, celui-ci est à certains égards considéré comme plus contraignant que d'autres modèles à l'étranger par le milieu des affaires. La concurrence législative et la volonté des associés de ne plus se contenter d'un « *prêt-à-porter* » pour organiser leurs relations qui requièrent plutôt du « *sur-mesure* »⁶²⁷ a été prise en considération par le législateur français, lequel a alors accepté de remplacer un panel de titres spécifiques par les actions de préférence en 2004.

⁶²⁶ Ainsi, comme le rapporte J. VAVASSEUR, *Commentaire des lois des 9 juillet 1902 et 16 novembre 1903, op.cit.*, p. 11 : le Tribunal de commerce de la Seine avait tiré de cette rédaction l'interdiction d'émettre des actions de priorité pour une société dont les statuts prévoyaient que « *chaque action confère un droit dans la propriété de l'actif social et dans les bénéfices de l'entreprise proportionnel au nombre des actions* ». De fait, les tribunaux ne subordonnaient donc pas l'interdiction des actions de priorité à une prohibition claire et directe mais à l'inexistence de clause prescrivant une répartition des bénéfices ce qui avait pour effet de limiter les possibilités d'émettre des titres de cette nature.

⁶²⁷ En ce sens v. Ph. BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Revue des sociétés*, 1990, p. 553 : « *Prises comme opérateurs, les entreprises souhaitent évidemment disposer de la plus grande initiative et préfèrent naturellement les formules contractuelles aux normes prédéfinies* » ; Y. GUYON, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ Com.*, 2003, n°4, p. 149 : « *En relation de plus en plus étroites avec les concurrents et des partenaires étrangers, (les milieux d'affaires) demandent d'avantage de souplesse et de liberté dans l'organisation et le fonctionnement de leurs entreprises et dénoncent l'excessive rigidité du droit français, qui provoquerait des délocalisations qu'une législation mieux adaptée aurait permis d'éviter* » ; B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD Com.*, 1987, p. 467, §24.

B. Flexibilité renforcée : les actions de préférence

158. Les milieux d'affaires revendiquant de longue date la souplesse des instruments financiers⁶²⁸, c'est sur le modèle des *preferred shares*⁶²⁹ que le législateur introduit par l'ordonnance du 24 juin 2004 les actions de préférence, lesquelles viennent remplacer les anciens titres spéciaux par la mise en place d'un régime uniformisé et homogène pour l'ensemble des valeurs mobilières⁶³⁰. Ainsi, alors qu'il n'était par le passé pas possible de supprimer de manière irrévocable le droit de vote attaché aux actions, l'article L. 228-14 ancien⁶³¹ prévoyant à l'égard des actions à dividende prioritaire sans droit de vote une simple mise en sommeil de cette prérogative⁶³²; les actions de préférence, à l'instar des *preferred shares*, permettent une telle suppression même si celle-ci est strictement encadrée⁶³³.

En ce qui concerne l'émission de ces titres préférentiels, il convient de noter que le modèle qui aurait inspiré les rédacteurs de l'ordonnance de 2004 est plus rigide que la solution retenue en France. Alors qu'en vertu de l'article L. 228-11 du Code de commerce, toutes les sociétés par actions peuvent émettre des actions de préférence sans que cela ne soit prévu par les statuts,

⁶²⁸ En effet, s'il est avancé que l'introduction des actions de préférence fait suite aux demandes notamment du Medef au début des années 2000, la sollicitation n'est pas nouvelle : il est à ce titre possible de prendre connaissance des arguments avancés en faveur de tels titres par la doctrine dès la fin des années 1970 : en ce sens v. C. JAUFFRET-SPINOSI, B. MERCADAL, B. OPPETIT et Fr. TERRÉ, *Rapports nationaux – France, in Les actions de préférence en droit comparé, 1978, Travaux et recherches de l'IDCP, sous la direction de R. RODIÈRE*, p. 95 et s.

⁶²⁹ V. notamment, X. VAMPARYS, « Retour sur un modèle : les preferred shares américaines », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1314 ; J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », *RLDA*, 2005, ch. 78 ou encore D. OHL, « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°6, p. 689.

⁶³⁰ En ce sens v. par exemple J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières – suite », *RLDA*, 2005, ch. 79.

⁶³¹ Art. L.228-14 dans sa version en vigueur jusqu'au 26 juin 2004 : « Lorsque les dividendes prioritaires dus au titre de trois exercices n'ont pas été intégralement versés, les titulaires des actions correspondantes acquièrent, proportionnellement à la quotité du capital représentée par ces actions, un droit de vote égal à celui des autres actionnaires. Le droit de vote prévu à l'alinéa précédent subsiste jusqu'à l'expiration de l'exercice au cours duquel le dividende prioritaire aura été intégralement versé, y compris le dividende dû au titre des exercices antérieurs. ».

⁶³² La dénomination d'action avait été refusée au certificat d'investissement qui ne comportait pas de droit de vote. De fait, si les actions à dividende prioritaire sans droit de vote empêchaient l'exercice de ce dernier, il était tout de même attaché virtuellement à l'action. En ce sens v. D. OHL, *art.cit., loc.cit.*

⁶³³ Cf. art. L.228-11 al. 1-3 : « Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Ces droits sont définis par les statuts dans le respect des dispositions des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125.

Le droit de vote peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable. Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou supprimé.

Les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, plus du quart du capital social ».

cette possibilité n'est offerte aux sociétés américaines que si celles-ci ont expressément prévu cette faculté dans le certificat d'incorporation⁶³⁴.

159. Les actions de préférence sont prévues par l'article L. 228-11 du Code de commerce en vertu duquel, « lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent ». Ces titres spéciaux qui ont supplanté les actions de priorité avec l'ordonnance du 24 juin 2004 sont, en dépit de leur dénomination et contrairement à leurs prédécesseurs qui ne permettaient aux termes de la loi que l'octroi d'un avantage⁶³⁵, des instruments permettant de moduler tant positivement que négativement les prérogatives des associés (**A**). Cette attribution spécifique étant, selon le texte, liée aux titres, la préférence a alors vocation à se transmettre avec eux, faisant des actions de préférence un instrument pérenne au service du principe de préférence (**B**).

1. Des droits et obligations particuliers de toute nature

Présentée comme « l'une des innovations les plus importantes »⁶³⁶ apportée par la réforme opérée par l'ordonnance du 24 juin 2004, la possibilité d'émettre des actions de préférence pour les sociétés par actions n'est pour autant pas exempte de controverses doctrinales quant aux contours de la notion de préférence qu'il convient de retenir. Deux difficultés ont notamment été mises en évidence par la doctrine : d'une part, il convient de

⁶³⁴ En ce sens v. §102 (4) Delaware Corporation Law : « *If the corporation is to be authorized to issue only 1 class of stock, the total number of shares of stock which the corporation shall have authority to issue and the par value of each of such shares, or a statement that all such shares are to be without par value. If the corporation is to be authorized to issue more than 1 class of stock, the certificate of incorporation shall set forth the total number of shares of all classes of stock which the corporation shall have authority to issue and the number of shares of each class and shall specify each class the shares of which are to be without par value and each class the shares of which are to have par value and the par value of the shares of each such class. The certificate of incorporation shall also set forth a statement of the designations and the powers, preferences and rights, and the qualifications, limitations or restrictions thereof, which are permitted by §151 of this title in respect of any class or classes of stock or any series of any class of stock of the corporation and the fixing of which by the certificate of incorporation is desired, and an express grant of such authority as it may then be desired to grant to the board of directors to fix by resolution or resolutions any thereof that may be desired but which shall not be fixed by the certificate of incorporation* ».

⁶³⁵ Cf. art. L.228-11 C.Com dans sa version en vigueur jusqu'au 26 juin 2004 : « *Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes autres actions* » ; en ce sens v. Ph. LEDOUX, « La nature de la préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1219, I B, §4.

⁶³⁶ *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale*, JORF n°175 du 30 juillet 2004, p. 13577, texte n°36.

déterminer le sens de la préférence dans le cadre de l'octroi de « *droits particuliers* », et plus particulièrement de savoir si les actions de préférence permettent la mise en place de prérogatives inférieures à celles des actions « ordinaires » (a); d'autre part, on a pu s'interroger sur les conséquences de la formulation retenue par le législateur quant à l'exclusion ou non du droit de vote du cadre de ces droits particuliers (b).

a. Indifférence quant à la nature préférentielle de l'aménagement

160. Une des premières interrogations soulevée lors de la mise en place des actions de préférence par le législateur portait sur le point de savoir si, à l'instar de ce qui avait été demandé par les milieux d'affaires⁶³⁷, les actions de préférence permettaient tant de mettre en place un régime privilégié que de faire peser des charges spécifiques sur leurs détenteurs. Alors même que le rapport fait au Président de la République lors de la publication officielle de l'ordonnance de 2004 indiquait clairement que les actions émises pouvaient comporter tant des droits particuliers que des restrictions eu égard aux actions ordinaires⁶³⁸, une partie de la doctrine s'est interrogée sur la légitimité d'une « disgrâce » pesant sur les futurs titulaires de ces actions. Deux arguments ont notamment été avancés pour réfuter la qualification d'action de préférence à l'égard des aménagements minorant les droits des actionnaires ou faisant peser sur eux des obligations spécifiques auxquelles les actions ordinaires ne seraient pas soumises.

161. La première critique dressée à l'encontre d'une conception extensive de la notion de préférence tient à des arguments purement terminologiques. En effet, pour les partisans d'une approche littérale de la notion, faire peser des charges à une action dite « *de préférence* » va à l'encontre du « *bon sens, c'est-à-dire qu'en donne le français : dans le langage courant, la*

⁶³⁷ Pour rappel, les actions de préférence sont le fruit d'une sollicitation des milieux d'affaires visant à la libéralisation de la matière (v. *supra*, n°152) ; ainsi, comme l'exprime Monsieur Philippe LEDOUX « *on s'expliquerait mal, d'ailleurs, pourquoi les auteurs d'un texte visant à libéraliser la matière auraient souhaité retenir une définition étroite de la notion* » (Ph. LEDOUX, « La nature de la préférence », *art.cit., loc.cit.*) ; à défaut et à cet égard, la réforme n'aurait rien apporté par rapport aux actions de priorité.

⁶³⁸ V. *Rapport relatif à l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004*, précité : « *Les droits sont entendus au sens générique du terme, et ces actions peuvent donc aussi être dotées d'obligations particulières et faire l'objet de restrictions* ».

préférence confère toujours une supériorité, jamais une infériorité »⁶³⁹. D'ailleurs, la procédure de vérification des avantages particuliers en cas d'émission au profit d'un actionnaire nommément désigné étant destinée à l'approbation d'aménagements renforçant les droits de certains associés, pour ces auteurs « *la qualification d'action de préférence ne saurait s'accommoder de la seule existence de charges et qu'elle est même difficilement concevable si, au final, l'action considérée apparaît comme manifestement moins privilégiée que l'action ordinaire* »⁶⁴⁰. Ainsi, il ne serait pas possible « *de créer des actions de préférence ayant un statut d'action infra ordinaire* »⁶⁴¹.

Le second argument apporté pour justifier cette position, tout en prenant en compte le rapport qui avait été fait au Président de la République lors de la présentation de l'ordonnance, consiste à dire que « *le texte de l'article L. 228-11, qui fait seul autorité, se limite à évoquer des actions assorties de droits particuliers dont les éventuelles restrictions concernent exclusivement le droit de vote* »⁶⁴². Si aménagement défavorable il y a, par le biais des actions de préférence, ce désavantage ne saurait toucher que le droit de vote et à condition que l'action se voit attribuer d'autres droits majorés de sorte que « *si le solde est négatif, si les atteintes aux droits attachés aux actions ordinaires ne sont pas compensées, et au-delà, par des priorités ou avantages incontestables, il faut disqualifier le titre faussement appelé action de préférence* »⁶⁴³. Il est donc nécessaire, pour ces auteurs, de quantifier les faveurs qui seraient accordées en compensation de la diminution ou de la suppression du droit de vote afin de déterminer s'il s'agit bien d'une action de préférence. En l'absence de contrepartie suffisante, l'action ne pourra se voir qualifier d'action de préférence.

⁶³⁹ R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », in Dossier « Les actions de préférence », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, nov.-déc. 2012, p. 6 ; ainsi v. A. COURET et H. LE NABASQUE, *Valeurs mobilière – Augmentations de capital – Nouveau régime*, EFL, 2004, n°504-8 : « Une action dite de préférence peut difficilement apparaître comme ne présentant pas un avantage significatif par rapport aux actions ordinaires : l'action de préférence ne saurait se ramener à un antiprivilège » ; D. OHL, « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°6, p. 689, §32 : « Par ailleurs, il est difficile de retenir une interprétation qui aboutit à donner un sens exactement inverse au mot qu'utilise le législateur : une action de préférence ne peut être une action de contre préférence. Si l'ordonnance avait englobé dans les nouveaux titres de capital créés par elle des titres dotés de droits inférieurs à ceux attachés à l'action ordinaire, elle aurait évité la locution d'action de préférence et utilisé simplement des expressions plus neutres telles que "actions particulières" (à l'instar des droits qu'elles confèrent) ou "actions spéciales" (à l'imitation des assemblées qui réunissent leurs titulaires) ».

⁶⁴⁰ A. COURET et H. LE NABASQUE, *art.cit.*, *loc.cit.*

⁶⁴¹ D. OHL, *art.cit.*, §28

⁶⁴² *Ibidem.*

⁶⁴³ D. OHL, *art.cit.*, §29

162. Néanmoins, ces arguments n'emportent pas conviction. Tout d'abord, en ce qui concerne l'analyse terminologique du texte, alors que les partisans d'une lecture restrictive de la notion s'attachent à la qualification du titre, à savoir une action « *de préférence* », le texte fait référence à des actions – certes dénommées « *de préférence* » – mais définies comme étant assorties de « *droits particuliers* ». Or, sur ce point, le rapport sur l'ordonnance coïncide avec l'analyse d'une conception extensive de la préférence. Le terme « *droits* » reçoit plusieurs acceptions, dont la plus large englobe autant les droits au sens littéral du terme, que les obligations. Par conséquent, il faut considérer que par l'usage du terme « *droits* », le législateur n'a pas entendu limiter les actions de préférence à des titres assortis de prérogatives majorées, mais simplement qui diffèrent de celles des actions ordinaires, qu'il s'agisse de faveurs spécifiques, d'obligations ou de restrictions⁶⁴⁴. D'ailleurs, si le législateur avait voulu limiter la notion aux aménagements favorables, n'aurait-il pas retenu la terminologie appliquée jusqu'alors aux actions de priorité, à savoir des actions pourvues d'avantages eu égard aux autres⁶⁴⁵? En effet, la nouvelle rédaction de l'article L. 228-11 telle qu'issue de l'ordonnance de 2004 est très proche de celle de l'ancien article relatif aux actions de priorité, en vertu duquel « *lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions* », à une différence notable près : le mot « *droits* » est venu remplacer celui d' « *avantages* »⁶⁴⁶. Si l'importance des termes employés par le législateur doit avoir une influence sur la définition qui doit être retenue des attributs de la préférence, il semble que cette modification terminologique confirme la lecture extensive de la notion. Celle-ci correspond, en outre, au modèle ayant inspiré le législateur que sont les *preferred shares*, lesquelles peuvent contenir tant des avantages que des limitations par rapports aux actions ordinaires⁶⁴⁷.

163. Ensuite, si les partisans d'une préférence positive considèrent que l'action doit, en tout état de cause, présenter un solde de droits ayant pour effet de rendre le titre objectivement avantageux par rapport aux actions ordinaires, il n'est pas possible de faire la balance des prérogatives ainsi attribuées pour savoir si, *in fine*, le solde est positif ou négatif par rapport à la valeur accordée à une action ordinaire. En effet, comment quantifier d'une part, ce que

⁶⁴⁴ En ce sens v. A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *JCP E*, 2004, n°40, 1140, §7.

⁶⁴⁵ V. R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 7.

⁶⁴⁶ En ce sens v. notamment Ph. LEDOUX, « La nature de la préférence », *art.cit.*, *loc.cit.*, et R. MORTIER, *art.cit.*, *loc.cit.*

⁶⁴⁷ Il convient néanmoins de noter que, même si des limitations spécifiques des prérogatives sont possibles, pour recevoir la qualification de *preferred shares*, les actions devront bénéficier d'une préférence sur la distribution de dividendes ou d'actifs : sur ce point v. notamment X. VAMPARYS, « Retour sur un modèle : les preferred shares américaines », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1314, §7 et s.

représente le lot de prérogatives attribuées à une action dite ordinaire et d'autre part, l'ensemble des droits qui seront affectés à une action de préférence ? Pour déterminer si les actions de préférence se trouvent dans une situation de supériorité à l'égard des actions ordinaires, il convient de les comparer. Or, les droits ne sont pas tous objectivement évaluables. Quelle valeur faut-il attribuer à un droit de vote minoré ou majoré ? Qu'en est-il d'un droit d'information renforcé ? De quelle manière se compensent numériquement un droit de vote minoré et un dividende majoré ? Ces questions ne peuvent trouver de réponse objective⁶⁴⁸. Il convient assurément d'abandonner la théorie du calcul de la contrepartie pour pouvoir qualifier un titre d'action de préférence. D'ailleurs, même si les prérogatives étaient scrupuleusement quantifiables, et que d'aventure le solde obtenu à l'égard d'un titre se trouvait inférieur à la valeur attribuée à une action ordinaire, la situation serait problématique. Le titre ne serait moins avantageux qu'un titre ordinaire, ce qui empêcherait de le qualifier d'action de préférence. Dans le même temps, il se différencierait des actions ordinaires, de sorte qu'il ne pourrait pas non plus être qualifié ainsi.

164. Enfin, la controverse semble devoir définitivement aboutir au triomphe des partisans d'une conception extensive de la notion de préférence avec l'adjonction à l'article L. 228-11 d'un 5^{ème} alinéa par le législateur⁶⁴⁹ par le biais de la loi du 4 août 2008⁶⁵⁰. Ce nouvel alinéa prévoit, en effet, que certaines actions de préférence sont, sauf stipulation contraire des statuts, privées de droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation de capital en numéraire. Or, ces actions sont caractérisées par le législateur comme étant celles qui, privées de droit de vote à l'émission, se sont vues en outre attribuer « *un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation* ». Ainsi, de manière indirecte, le législateur valide les actions de préférence qui ne seraient pas en situation de supériorité comparativement aux actions ordinaires. Avec cette précision, il ne peut plus être apporté de soutien à la théorie de l'action de préférence qui ne pourrait pas consister en un anti-privilege. Les actions concernées par la disposition en cause sont réduites dans leurs prérogatives, comparativement aux actions ordinaires, à trois égards : suppression du droit de vote, diminution

⁶⁴⁸ En ce sens v. S. SCHILLER, « L'évaluation de la préférence », *Revue des sociétés*, 2006, p. 703 ; R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 7 ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §7 ; Ph. LEDOUX, « La nature de la préférence », *art.cit.*, §5 et s.

⁶⁴⁹ En ce sens v. R. MORTIER, *art.cit.*, *loc.cit.*

⁶⁵⁰ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 – ordonnance n°2008-1145 du 6 novembre 2008.

des prérogatives financières et, sauf prévision contraire, privation du droit préférentiel de souscription – tout en étant bien qualifiées par le législateur d'actions de préférence.

165. Somme toute, il convient de considérer que la controverse n'était que terminologique pour retenir la définition des actions de préférence suivante : « *les actions de préférence ne sont pas nécessairement des actions ayant plus de droits, mais seulement des actions assorties de droits différents : c'est l'altérité et non le privilège qui définit l'action de préférence* »⁶⁵¹.

Cependant, si l'argument tenant au fait que seul le droit de vote pouvait constituer un aménagement défavorable de l'action de préférence est désormais démenti, une autre controverse est née du fait de la rédaction de l'article L. 228-11 à l'égard de cette prérogative politique.

b. Droit de vote et droits particuliers

166. Dans une société par actions, tout au long de son existence, il peut être créé des actions de préférence, « *avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature* ». Il n'en fallait pas moins que cette virgule entre les deux propositions pour que la doctrine soit portée à s'interroger sur la nature attribuée par le législateur au droit de vote. Doit-il être compris comme un droit particulier à part entière ou est-il exclu de cette qualification contrairement à toutes les autres prérogatives qui pourraient être aménagées ? De manière pragmatique, cette question pourrait être balayée d'un revers de main : soit rien n'est prévu à l'égard du droit de vote lors de l'émission des actions de préférence, auquel cas il est équivalent à celui des actions ordinaires ; soit il est aménagé, et cela sera expressément prévu. Par conséquent, qu'il soit qualifié ou non de droit particulier dans le cadre des actions de préférence n'a aucune conséquence.

Néanmoins, la question avait toute son importance dans le cadre de la discorde animant la doctrine à l'égard de la possibilité d'attribuer des « défaveurs » aux actions. En effet, si la virgule avait marqué l'indépendance des deux propositions, l'article L. 228-11 signifie que les actions de préférence pouvaient d'une part être assorties ou non du droit de vote et d'autre part assorties d'autres droits particuliers. Il était alors possible de considérer que le seul droit « négatif » possible pour les actions de préférence consistait en la suppression du droit de vote ;

⁶⁵¹ A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit., loc.cit.*

les droits particuliers pouvant alors être entendus dans leur sens restrictif comme consistant nécessairement en des avantages accordés aux titulaires des titres. Autrement dit, les actions de préférence seraient dotées ou non d'un droit de vote, et l'aménagement de cette prérogative pourrait être couplé avec l'adjonction d'autres droits entendus comme faveurs. Néanmoins, selon le rapport fait au Président de la République lors de la présentation de l'ordonnance du 24 juin 2004, les droits particuliers dont il est question dans la seconde partie de la formule étudiée ont été précisés comme devant être « *entendus au sens générique du terme* », soit indifféremment des faveurs ou des droits minorés. Ainsi, le débat est clos puisque, que la virgule ait pour effet de scinder la proposition en deux caractéristiques des actions de préférence différentes ou non, le résultat est similaire.

Il n'en reste pas moins que si le droit de vote doit être considéré en tant que droit particulier comme les autres ⁶⁵², se pose la question des raisons qui ont poussé le législateur à spécifier ce droit à titre d'illustration des aménagements possibles, avant même d'évoquer les autres droits dont la modulation était rendue possible par le truchement des actions de préférence. En effet, compte tenu du second alinéa de cet article qui précise que « *le droit de vote peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable. Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou supprimé* », la formulation retenue par le législateur dans le 1^{er} alinéa semble surabondante. La précision d'une exception aurait été compréhensible. S'il avait été précisé dès le premier alinéa que la société pouvait créer des actions de préférence assorties de droits particuliers de toute nature, « *à l'exception du droit de vote* », la référence à cette prérogative aurait été justifiée car nécessaire. Mais puisque le droit de vote peut être modulé au même titre que les autres droits, il est plus délicat de justifier sa mention dans le texte, d'autant plus que les modalités de son aménagement dans le cadre des actions de préférence sont précisées dès l'alinéa suivant.

En réalité, c'est cette précision de l'alinéa 2 qui est décisive pour le sens du texte et qui justifie l'évocation expresse de cette prérogative au titre des droits particuliers dans le premier alinéa. En effet, une lecture rapide et limitée au premier alinéa de l'article L. 228-11 conduit à s'interroger sur la pertinence de la précision et peut porter à conclure tout simplement que « *l'absence de droit de vote ne serait alors "qu'un signe possible de l'action de*

⁶⁵² Ce qui peut être confirmé par la lecture retenue précédemment de l'article L. 228-11 C. Com.

préférence »⁶⁵³. Effectivement, c'est bien une des manifestations possible de l'aménagement des droits assortis aux actions de préférence. Mais il convient de bien mettre en lumière tous les termes utilisés par les auteurs, dont la clarté des propos n'est pas discutable mais mérite d'être renforcée, ainsi que les conséquences de la précision apportée par le législateur dont la subtilité des propos pourrait échapper à un œil peu vigilant.

Le droit de vote n'est pas exactement traité comme les autres droits particuliers. Il n'est pas satisfaisant de se borner à considérer qu'il s'agit d'un « *droit particulier parmi les autres* »⁶⁵⁴, qui ne constitue qu'une illustration apportée par le législateur. Ce dernier ne s'est pas contenté d'indiquer que le droit de vote peut être modulé dans le cadre des actions de préférence. Il a spécifié les limites de cet aménagement. Certes, le droit de vote est un droit particulier. Mais contrairement aux autres droits pour lesquels l'aménagement peut être tant positif que négatif⁶⁵⁵, le droit de vote ne peut pas être aménagé librement de manière avantageuse. Il peut être équivalent à celui qui est accordé aux actions ordinaires ou suspendu voire supprimé. Mais en aucun cas, *a priori*⁶⁵⁶, il ne peut être augmenté à l'égard des actions de préférence au-delà de ce que permettent les actions ordinaires, à savoir un droit de vote double⁶⁵⁷. Ainsi, la précision qui pouvait paraître comme « *un signe possible de l'action de préférence* »⁶⁵⁸ était en fait nécessaire compte tenu des limites expressément prévues par le législateur à l'égard de ce droit particulier. Il ne s'est pas contenté d'indiquer que les actions de préférence pouvaient être assorties de « *droits particuliers, dont fait partie le droit de vote* », mais a précisé à dessein que ces actions pouvaient être créées « *avec ou sans droit de vote* », encadrant ainsi dès le premier alinéa la liberté offerte à l'égard de cette prérogative, en excluant

⁶⁵³ Ph. LEDOUX, « La nature de la préférence », *art.cit.*, I B §3 citant M. GERMAIN, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les actions de préférence », *Revue des sociétés*, 2004, p. 597, §3.

⁶⁵⁴ Ph. LEDOUX, « La nature de la préférence », *art.cit.*, I B §1.

⁶⁵⁵ Dans les limites du respect de l'ordre public. Ces limites feront l'objet de la seconde partie de l'étude.

⁶⁵⁶ V. *infra*, n°404: dans le cadre de la SAS les limites apportées par le législateur avec les renvois aux articles L. 225-122 et s. ne sont pas applicables. Il est donc a priori possible d'attribuer un droit de vote renforcé par le biais des actions de préférence dans ces sociétés.

⁶⁵⁷ Art. L.225-123 C. Com.

⁶⁵⁸ M. GERMAIN, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les actions de préférence », *art.cit.*, *loc.cit.* : « *On pourrait avoir le sentiment que les actions de préférence possèdent ou non des droits de vote et que les actions de préférence ont la particularité de posséder en plus des droits particuliers de toute nature. Cette lecture immédiate n'est pas la bonne. En réalité la préférence réside dans l'absence de droit de vote ou dans des droits particuliers Le législateur a fait de l'absence du droit de vote un signe possible de l'action de préférence et, à partir de là, a dû admettre que la préférence pouvait être aussi bien négative que positive, quel que soit le droit en cause. C'est ainsi que le premier projet de rapport au Président de la République distinguait bien les préférences négatives des préférences positives. Cette distinction élégante, mais un peu technocratique, n'a pas dû paraître très juridique. On l'a remplacée, dans le rapport au Président de la République, par l'idée que l'action pouvait avoir des droits ou des obligations, ce qui est apparemment plus juridique, mais est au fond moins pertinent* ».

tout accroissement que ne permettrait pas les actions ordinaires. Le droit de vote est donc bien un droit particulier, mais circonscrit, limité aux aménagements défavorables par rapport aux actions ordinaires.

Ainsi, les actions de préférence permettent l'aménagement de toutes les prérogatives dont un titre peut être assorti, que ces droits particuliers constituent des faveurs ou des désavantages, à l'exception près du droit de vote pour lequel seuls des aménagements spécifiques allant dans le sens de sa minoration sont permis – la majoration ne pouvant que correspondre aux aménagements ouverts aux actions ordinaires. De fait, une première grande distinction existe entre les avantages particuliers, qui ne peuvent, selon les auteurs, que constituer en des aménagements créant une situation de supériorité au profit de leurs bénéficiaires, et les actions de préférence. Mais cette spécificité n'est pas la seule qui distingue les deux instruments préférentiels étudiés : le sujet d'attribution permet également de les différencier.

2. Des droits intuitu rei au service de la création d'aménagements potentiellement durables

Contrairement aux avantages particuliers, les actions de préférence permettent d'aménager les droits de façon à les minorer au regard de ceux attribués aux actions ordinaires, voire même d'introduire des aménagements constituant des charges qui ne pèsent pas en principe sur les associés. La seconde distinction cruciale entre ces deux instruments de préférence réside dans leur sujet d'attribution. Alors que les avantages particuliers sont attribués en raison de la personne de leur bénéficiaire et n'ont ainsi pas vocation à se transmettre, les droits particuliers des actions de préférence sont attachés au titre (a). Si cette spécificité entraîne en principe leur durabilité, ces droits n'en sont pas moins aménageables dans le temps (b).

a. Vocation pérenne des droits particuliers attribués propter rem

167. Le principe de l'attribution de l'aménagement en cause au titre et non à la personne de son titulaire est posé par l'article L. 228-11 alinéa 1^{er} : « *Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent* ». Ce sont

les actions qui sont assorties de droits particuliers. À aucun moment il n'est question de leur bénéficiaire dans ce texte. Ainsi, l'aménagement est *intuitu rei* et a vocation à suivre le titre en quelques mains qu'il se trouve. Cette distinction se trouvait déjà à l'égard des actions de priorité – qui se distinguaient moins des avantages particuliers en ce qu'elles ne pouvaient que jouir d'avantages par rapport aux actions ordinaires⁶⁵⁹. Les droits particuliers sont indissociables du titre. Par conséquent, si celui-ci vient à changer de titulaire, sa personne étant en principe indifférente⁶⁶⁰, les droits en cause seront transmis au nouveau détenteur. C'est ce qui caractérise l'action de préférence et la distingue dans le mécanisme d'attribution de l'aménagement des prérogatives par le biais des avantages particuliers. À l'inverse, s'il est prévu que le droit en cause viendra à s'éteindre avec la transmission du titre, il n'est pas possible de considérer qu'il s'agit d'une action de préférence mais bien d'un avantage particulier⁶⁶¹.

168. Toutefois, au même titre qu'un doute existait à l'égard des actions de priorité en raison de la référence du texte à la notion d'avantage induisant la nécessité de respecter la procédure des avantages particuliers – et donc quant au réel sujet d'attribution de l'avantage en cause et aux conséquences que cela implique⁶⁶², l'article L. 228-15 alinéa 1^{er} tel qu'issu de l'ordonnance du 24 juin 2004 porte à s'interroger sur la justesse de la distinction *intuitu personae/intuitu rei* entre les deux mécanismes préférentiels. En effet, aux termes de cet article, « *la création de ces actions donne lieu à l'application des articles (...) relatifs aux avantages particuliers lorsque les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés* ». En dehors de la question du cumul de procédure que cet article implique⁶⁶³, deux points de vue peuvent être envisagés à l'égard des conséquences de cette précision quant à la détermination du sujet d'attribution de la préférence :

- Faut-il considérer que les droits particuliers sont accordés *intuitu personae* et qu'ainsi, au même titre que les avantages particuliers, les actions de préférence peuvent s'éteindre avec le retrait de leurs titulaires ?

⁶⁵⁹ En ce sens v. J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *art.cit.*, p. 4 ; M. JEANTIN, « Observation sur la notion de catégorie d'actions », *art.cit.*, p. 88, III ou encore J-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », *art.cit.*, p. 216.

⁶⁶⁰ A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, p. 2, §7.

⁶⁶¹ En ce sens v. Ph. ENGEL et P. TROUSSIÈRE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *art.cit.*, §42.

⁶⁶² V. par ex. J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, *art.cit.*, p. 4 et s. ; Ph. ENGEL et P. TROUSSIÈRE, *art.cit.*, §46 et s. ; J-J. DAIGRE, *art.cit.*, p. 217.

⁶⁶³ Sur cette question v. *infra*, n°345 et s.

- Ou bien cette formulation implique-t-elle seulement que les droits en cause, lorsqu'ils sont attribués *intuitu personae*, se trouvent attachés au titre et non au titulaire de ce dernier et qu'ainsi, bien que primitivement mis en place en raison de leur bénéficiaire, les droits particuliers venus assortir l'action de préférence ont tout de même vocation à se transmettre avec elle?

169. Il semble que cette question peut être résolue simplement sans remettre en cause le critère de distinction relatif au sujet d'attribution de l'aménagement. Il est tout à fait concevable que des droits particuliers soient accordés en considération de la personne titulaire des actions de préférence, comme lorsque de tels titres sont émis au profit de certains actionnaires déterminés⁶⁶⁴. La mise en place de cette préférence est alors guidée par l'*intuitus personae* des bénéficiaires de ces titres. Il n'en reste pas moins que, dans le cadre des actions de préférence, les droits particuliers sont attachés au titre et non à leurs titulaires : ce sont des droits attachés *propter rem* ayant vocation à être maintenus à l'égard du titre. Ainsi, en cas de cession, les droits particuliers resteront attachés au titre, avec pour spécificité qu'ils ne pourront pas nécessairement être exercés par le cessionnaire si celui-ci ne présente pas les qualités propres à l'*intuitus personae* statutairement décrites⁶⁶⁵. Ainsi, si l'exercice du droit était initialement conditionné par la personne titulaire de l'action en tant qu'individu, celui-ci sera paralysé : la préférence avait été émise en raison de l'identité de son bénéficiaire, le nouveau détenteur ne présentant pas cette qualité, le droit ne peut être exercé. En revanche, si les critères statutaires relatifs à l'*intuitus personae* sont remplis par le cessionnaire, que ce soit initialement ou qu'ils viennent à apparaître – par exemple si les actions avaient été émises au profit des administrateurs et que le cessionnaire vient à accéder à cette fonction –, les droits particuliers attachés à l'action peuvent de nouveau être exercés.

170. Par conséquent, les actions de préférence permettent de créer des catégories de titres stables. Les droits particuliers envisagés se maintiendront dans le temps, même si ceux-ci se trouvent « gelés »⁶⁶⁶, soit à titre permanent lorsque l'attribution du droit en cause était fonction d'une personne nominativement dénommée, soit de manière temporaire si les qualités requises pour l'exercice de ce droit peuvent potentiellement être remplies par les détenteurs successifs du titre. La préférence peut être accordée *intuitu personae* même par le biais des actions de

⁶⁶⁴ V. en ce sens M. JEANTIN, « Observation sur la notion de catégorie d'actions », *art.cit.*, II §3.

⁶⁶⁵ En ce sens v. R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 7, §17.

⁶⁶⁶ Terme employé par R. MORTIER, *Ibidem*.

préférence, mais elle sera toujours *propter rem*⁶⁶⁷, faisant ainsi des actions de préférence un instrument de création d'aménagements pérennes ayant vocation à perdurer autant que les actions elles-mêmes – sauf à ce que celles-ci soient converties en actions ordinaires⁶⁶⁸ comme le permet l'article L. 228-14 alinéa 1^{er}. Et si, à côté de la vocation pérenne du titre lui-même, l'exercice des droits attachés à l'action peut être subordonné aux qualités recherchées chez son titulaire, il est aussi possible d'aménager temporellement la capacité d'exercice desdits droits en dehors du cas de changement de titulaire des actions auxquelles ils sont attachés ou encore de la rétro-conversion du titre vers des actions ordinaires⁶⁶⁹.

b. Possibilité d'une attribution simplement temporaire

171. La préférence est définie par le texte de l'article L. 228-11 comme le fait d'assortir des actions de droits particuliers, quelle qu'en soit la nature, « à titre temporaire ou permanent ». Ainsi, si un aménagement attaché de façon définitive au titre est envisageable, puisque celui-ci peut être « permanent », et donc que la préférence aura une vocation durable, il est également possible de prévoir que le droit particulier en cause ne pourra être exercé – ou subi s'il s'agit d'une préférence négative, que de manière temporaire. La possibilité d'émettre des titres assortis de droits particuliers « à titre temporaire ou permanent » recouvre donc en réalité plusieurs hypothèses de délimitation temporelle de la préférence en fonction des conditions qui subordonnent son activation⁶⁷⁰ :

- Soit la préférence est assujettie statutairement de manière permanente à l'action : dans ce cas, sauf attribution du droit *intuitu personae* ou conversion du titre en action ordinaire, le droit particulier en cause aura vocation à perdurer aussi longtemps que l'action.
- Soit la préférence assortie au titre est subordonnée à des caractéristiques réunies dès leur émission et dans ce cas elle pourra être exercée ou subie dès l'origine, avec la

⁶⁶⁷ En ce sens v. par ex. M. JEANTIN, « Observation sur la notion de catégorie d'actions », *art.cit., loc.cit.* ; J-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit.*, p. 24 ; J-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », *art.cit.*, p. 217.

⁶⁶⁸ L'action ordinaire peut être définie comme celle à laquelle les droits attachés ne sont que le fruit des dispositions légales : elle est alors dotée d'un droit sur les bénéfices et les pertes proportionnel à la détention de capital ; il en va de même pour le droit de vote à moins qu'un droit de vote double n'ait été prévu statutairement pour les actions répondant aux conditions des articles L. 225-123 et L. 225-124 ; un droit d'information classique etc.

⁶⁶⁹ Expression empruntée à J-M. MOULIN, *op.cit.*, p. 15, §80.

⁶⁷⁰ V. en ce sens R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 8, §19.

possibilité de perdurer, de disparaître de façon définitive ou encore de se retrouver temporairement gelée en cas de fluctuation dans la réunion desdits critères.

- Soit les caractéristiques en cause ne sont pas réunies dès l'émission, il n'en reste pas moins que le titre doit être qualifié d'action de préférence dont les spécificités se révéleront une fois les conditions remplies. Au même titre que précédemment, l'activation de ces droits particuliers pourra fluctuer selon que les conditions de celle-ci restent réunies ou non.

À ces différentes possibilités de modulation de la préférence dans le temps, il convient d'apporter deux remarques. D'une part, il est possible de prévoir une application non homogène dans le temps des différents droits particuliers attachés au titre, avec par exemple la coexistence d'un aménagement permanent qui ne serait assorti d'aucune condition d'activation, et d'un autre droit particulier dont les conditions seraient telles que sa mise en œuvre serait transitoire. D'autre part, si les critères d'existence disparaissent de manière certaine et définitive à l'égard de tous les droits particuliers assortis aux titres, l'action ne semble plus pouvoir être qualifiée d'action de préférence car elle ne sera plus assortie de droits particuliers. Elle redevient alors une action ordinaire⁶⁷¹ assortie des droits que la loi confère à de tels titres, sans extension ou restriction de ceux-ci.

172. Avantages particuliers et émission d'actions de préférence sont donc deux instruments au service de la préférence mais dont les contours varient fortement. Alors que les premiers contiennent une limite temporelle inhérente au caractère *intuitu personae* qu'ils revêtent, permettant ainsi aux associés de les contrôler aisément lors de la définition de ces caractéristiques, les actions de préférence permettent la mise en place de catégories stables de titres aux prérogatives différenciées, mais n'en restent pas moins des instruments dont les effets dans le temps restent contrôlables par les associés qui pourront procéder à des aménagements temporels des droits particuliers au sein même du contrat d'émission de ces titres ou des statuts. Dans tous les cas, les associés pourront également procéder à des modifications statutaires pour moduler les aménagements opérés par ces instruments consacrant formellement la préférence. Les statuts jouent donc un rôle déterminant tant dans la mise en place que dans la vie de la préférence. Et si ces instruments, dont la mise en œuvre ressort de la liberté des associés, sont

⁶⁷¹ En ce sens v. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op.cit.*, p. 738, §1141, ou encore R. MORTIER, «Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 8, §19.

directement prévus par le législateur, les statuts peuvent également constituer un outil de mise en œuvre de cette notion lorsque celle-ci est indirectement admise par les textes.

SECTION II : LA PRÉFÉRENCE, EXPRESSION DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE EN DROIT DES SOCIÉTÉS

Dans certains cas, les dispositions législatives ne prévoient pas directement un moyen propre au droit des sociétés pour aménager les prérogatives des associés mais les rendent simplement possibles par le biais de la technique contractuelle : soit parce que la règle précise de manière expresse que les statuts peuvent prévoir une répartition des droits différente que celle proposée à titre supplétif par le législateur, auquel cas la liberté est expressément déléguée aux parties (§1) ; soit parce que faute de prévision expresse, l'autonomie de la volonté permet aux associés de se prononcer sur la répartition de ladite prérogative (§2).

§1. La liberté et les règles supplétives

En matière de répartition des prérogatives des associés, les manifestations de la préférence par le biais de dispositions supplétives sont nombreuses, ces dernières énonçant expressément le principe de liberté contractuelle dont la préférence est la manifestation en droit des sociétés (A). L'exemple le plus illustre de ces règles constituant un instrument spécifique au service de la préférence est la répartition proportionnelle supplétive des bénéfices et des pertes, prévue par l'article 1844-1 du Code civil (B).

A. Place de la liberté dans les règles supplétives

On a démontré l'inadéquation du lien fait entre les règles supplétives et le principe d'égalité en raison de la fonction subsidiaire qu'il convient de réserver aux règles appelées à intervenir à défaut d'expression de volonté des parties⁶⁷². Il ressort en revanche de l'interprétation *a contrario* d'un certain nombre de dispositions législatives et réglementaires que la place réservée à la liberté par les normes supplétives porte à considérer que cette notion

⁶⁷² V. *supra*, n°121 et s.

correspond plus à l'idéologie du droit des sociétés en matière d'aménagement des prérogatives des associés. Afin de clarifier ce point de vue, il convient dans un premier temps de rappeler la conception qu'il semble falloir retenir à l'égard des règles supplétives afin de mettre en évidence qu'il s'agit bien de réels instruments de préférence (1), avant de voir les spécificités attachées à ces dispositions quant à la mise en œuvre de la préférence permise (2).

1. De réels instruments de préférence

173. La règle supplétive est présentée par certains auteurs comme un modèle, soit « *quelque chose comme un idéal à imiter* »⁶⁷³. Ainsi, pour eux, la fonction de suppléance de la règle proposée par le législateur place celle-ci au premier rang⁶⁷⁴, reléguant la liberté offerte par la seconde partie de la proposition – avec pour formulation type « *à défaut de prévision contraire* » à une fonction secondaire, dont la valeur idéologique serait donc moindre.

Avant toute chose, il convient de remarquer que les règles supplétives sont schématiquement formulées de deux manières : soit une règle est proposée mais il est ensuite précisé que les parties peuvent y déroger ; soit il est en premier lieu fait état de la liberté des parties avant que ne soit proposée une règle supplétive. La formulation de l'article 1844-1 du Code civil est du premier type puisqu'il est prévu que « *la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social (...), le tout sauf clause contraire* », alors que l'énoncé de l'article 1852 du même Code est inversé, celui-ci disposant, concernant les sociétés civiles, que « *les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés* ». D'un côté, la syntaxe retenue pour l'article 1844-1 peut faire pencher pour une analyse aux termes de laquelle la règle supplétive est bien le modèle : présentée en premier, elle peut signifier que la règle conseillée est exprimée, avec la possibilité de s'en affranchir si elle venait à ne pas convenir. Un auteur traduit cette situation comme exprimant « *les valeurs auxquelles l'ordre juridique marque son attachement en les érigeant en devoir-être* ». De l'autre, la construction de la disposition de l'article 1852 semble plutôt proposer comme modèle de référence la liberté qui sera suppléée si toutefois l'usage n'en était pas fait. Il n'en reste pas moins que ces deux règles sont bien des règles supplétives.

⁶⁷³ V. définition de *modèle* par Trésor de la Langue Française Informatisé : <http://www.cnrtl.fr/definition/modèle>

⁶⁷⁴ Pour rappel la règle supplétive est définie par CORNU comme le règle ayant une « *fonction de suppléance, elle manifeste la valeur éminente du modèle proposé à défaut de volonté contraire* ».

Est-ce à dire qu'il existe en réalité deux types de règles supplétives dont la portée est distincte, avec à l'égard de la première formulation une suggestion préférentielle de la règle supplétive la plaçant comme modèle de référence et, dans le cadre de la seconde construction une idéologie inversée dans laquelle la qualification de règle « supplétive » serait plus juste car la règle en cause n'aurait vocation à intervenir qu'en second ordre ? S'il semble qu'il faille bien dans les deux cas considérer que la règle supplétive n'est... que supplétive, ce n'est pas l'approche retenue par tous les auteurs.

Ainsi, au même titre que CORNU place la règle supplétive au rang de modèle, pour certains, la règle supplétive revêt deux qualités : elle est un « *type idéal à reproduire* » et un ordre qui aura vocation à s'imposer aux parties lorsque l'usage qu'elles auront fait de la liberté « *franchit un seuil inacceptable et porte atteinte à la règle supplétive elle-même* »⁶⁷⁵. Par conséquent, la règle supplétive serait le principe, et l'usage de la liberté offerte par la disposition une forme d'exception. Néanmoins, outre le fait que certaines formules utilisées font douter de la prééminence prêtée à la règle supplétive puisqu'il est fait référence à « *la liberté de principe qu'elle présuppose au bénéfice des sujets de droit* »⁶⁷⁶, plusieurs arguments ont été avancés précédemment au soutien d'une conception quelque peu différente de la règle supplétive⁶⁷⁷.

En effet, et c'est ce qui constitue le premier rappel des arguments précédemment avancés au soutien de la fragilité du lien entre ce type de règles et un prétendu principe d'égalité⁶⁷⁸, qu'elle soit exprimée en second ou premier lieu dans la formulation retenue par le législateur, la règle supplétive n'aura que rarement vocation à être mise en œuvre. Tout d'abord, si les associés retiennent statutairement une règle équivalente à la règle supplétive, il apparaît que ce n'est pas elle qui trouve à s'appliquer mais bien la volonté exprimée des parties et ce ne sera, en tout état de cause, qu'à défaut de prévision, quelle qu'elle soit, que la règle interviendra. Ainsi, ce qui sera recherché au préalable sera l'expression de la volonté des parties, la règle supplétive n'ayant vocation à intervenir que de manière subsidiaire.

⁶⁷⁵ C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, T. 421, 2004, p. 570.

⁶⁷⁶ *Ibidem*.

⁶⁷⁷ Ceux-ci seront ici rappelés dans une lecture *a contrario* de ce qui a été réalisé précédemment, l'idée n'étant plus de démontrer l'inadéquation de la qualification de principe pour l'égalité mais de mettre en évidence l'importance idéologique de la liberté dans les formulations retenues par le législateur par le biais de l'édiction de règles supplétives.

⁶⁷⁸ V. *supra*, n°121 et s.

Ensuite, il ne semble pas qu'il faille considérer que la règle supplétive constitue un idéal recherché par le législateur, mais uniquement un remède nécessaire à l'absence de choix réalisé par les parties à l'égard de la répartition des différentes prérogatives qui doivent être exercées au sein et à l'égard de la société. Il était en effet peu opportun de ne pas prévoir le mode de fonctionnement de la structure à défaut d'aménagements réalisés par les associés.

Et c'est ce qui amène enfin au dernier argument proposé à l'encontre de la conception idéologique de la règle supplétive retenue par certains auteurs : il est en outre peu probable que des futurs associés se laissent imposer un « modèle » sans réfléchir aux aménagements qui leurs conviendraient pour leurs relations. Ainsi, en tout cas en ce qui concerne les règles supplétives en droit des sociétés concernant les relations entre associés, il semble qu'il faille considérer que la règle proposée à titre supplétif par le législateur porte bien son nom : elle n'est que supplétive de volonté, et donc doit être considérée comme secondaire eu égard à la liberté qui est offerte aux associés de choisir de s'y soumettre ou de s'en départir. Et cette liberté, c'est celle de pouvoir mettre en place une préférence. Par conséquent, les règles supplétives peuvent être vues comme des instruments de préférence, la règle – la plupart du temps égalitaire – proposée venant simplement jouer en cas de lacune prévisionnelle. C'est donc aux associés par le biais de l'édition de dispositions statutaires que revient la tâche de mettre en œuvre l'instrument qui leur est offert par le législateur.

2. Nécessité d'une prévision statutaire et conséquences

Quelle que soit la formulation retenue par le législateur et la portée de la liberté offerte aux associés dans l'aménagement de la prérogative en cause, cette démarche doit être exprimée par le biais d'une disposition statutaire (a), ce qui implique une certaine pérennité de l'aménagement dont l'insertion, la modification ou la suppression sera subordonnée à une procédure spécifique requérant une décision des associés (b).

a. Énonciations du rôle attribué aux statuts par législateur

174. L'énoncé d'une règle supplétive peut varier : soit le législateur prévoit une règle en précisant qu'il est possible d'y déroger ; soit le législateur exprime la liberté statutaire avec un assujettissement à une règle à défaut d'usage de cette liberté. Cette étude morphologique n'a

pas d'influence sur la valeur qu'il convient d'attribuer à la liberté offerte aux associés d'aménager statutairement certaines de leurs prérogatives. Dans tous les cas de figure, il s'agit bien pour eux de formaliser leur choix dans les statuts. Cela permet simplement de réaliser un tour d'horizon de l'expression de la supplétivité en droit des sociétés et de l'importance accordée par le législateur aux statuts en la matière.

Au titre des règles à travers lesquelles le législateur formule la proposition au profit des associés d'aménager leurs prérogatives autrement que l'hypothèse qu'il a envisagée, plusieurs types d'énonciations se retrouvent : soit la supplétivité se trouve exprimée dans le même axiome que la règle appelée à intervenir à titre supplétif, soit celle-ci fait l'objet d'une énonciation détachée de la règle supplétive.

175. Ainsi, en ce qui concerne l'aménagement du pouvoir des associés quant à la modification des statuts, l'article 1836 du Code civil prévoit une règle d'unanimité « à défaut de clause contraire ». Une formulation supplétive équivalente se retrouve à l'égard de la liberté offerte aux associés de ne pas répartir les bénéfices et les pertes proportionnellement à la détention de capital par l'article 1844-1 alinéa 1^{er}, en vertu duquel l'égalité proportionnelle suggérée s'applique « sauf clause contraire », une liberté similaire étant proposée par l'article 1844-9 eu égard au partage de l'actif en fin de vie sociale qui répond « sauf clause ou convention contraire » à la même clef de répartition que les bénéfices et les pertes. Cette formulation type se retrouve dans l'article 1862 relatif au droit de préemption des associés qui est proportionnel « sauf clause ou convention contraire ». Plus surprenante est la disposition instaurée par le législateur en 2014 eu égard au droit de vote double dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. En effet, un tel aménagement doit, dans les autres formes sociales, faire l'objet d'une prévision statutaire, à défaut aucun droit de vote double ne pouvant être octroyé dans les sociétés par actions autres que les sociétés par actions simplifiées⁶⁷⁹. En revanche, avec l'introduction de l'alinéa 3 de l'article L. 225-123 par la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, le législateur a précisé que dans ces formes sociales spécifiques, cet aménagement est de droit « sauf clause contraire des statuts ». Ainsi, et ceci constitue une spécificité qu'il convient de bien remarquer compte tenu des implications que cela soulève quant à la place de la préférence en droit des sociétés, alors que dans les autres dispositions l'objet de la prévision statutaire suggérée par le législateur était de ne pas attribuer

⁶⁷⁹ V. *infra*, n°403.

de droits équivalents aux associés⁶⁸⁰, en raison de cette nouvelle disposition, ces derniers devront prévoir statutairement l'impossibilité d'attribuer automatiquement un droit de vote double – soit une préférence – aux actionnaires stables s'ils veulent un traitement équivalent quelle que soit la durée de détention du titre. Il s'agit d'un cas original dans lequel la préférence est imposée et la non-différenciation simplement permise.

176. Quant à l'aménagement du droit de vote des indivisaires ou titulaires de titres démembrés, la formulation retenue par le législateur pour indiquer la supplétivité de la règle énoncée est toute différente puisque, non prévue dans la même locution que celle-ci, un alinéa supplémentaire vient préciser que « *les statuts peuvent déroger aux dispositions* »⁶⁸¹ qui lui précèdent. Cette même règle se retrouve élaborée de manière équivalente à l'article L. 225-110 du Code de commerce. La même construction de la règle supplétive se retrouve également dans l'article 1861 du Code civil relatif à l'agrément en cas de cession de parts sociales, bien que la formulation soit différente. Aux termes de ce texte, l'agrément est unanime mais « *les statuts peuvent toutefois* » en convenir autrement. Il est en de même pour les modalités de prise de décision dans les sociétés en nom collectif qui sont, aux termes de l'article L. 221-5 du Code de commerce, prises à l'unanimité lorsqu'elles excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants, mais « *toutefois les statuts* » disposent d'une certaine liberté pour moduler cette règle. Une expression équivalente s'observe dans les articles L. 222-8 et L. 223-13 relatifs aux conditions de cession des parts sociales de sociétés en commandite simple et de SARL concernant les cessions intrafamiliales.

Concernant le second type de formulation de la règle supplétive, dans laquelle la première solution envisagée par le législateur est la liberté des statuts, les manifestations sont plus rares. Ainsi, à propos des modalités décisionnelles dans les sociétés civiles, l'article 1852 prévoit que les décisions excédant les pouvoirs du gérant sont prises « *selon les disposition statutaires ou, en l'absence de telles dispositions* » par l'unanimité des associés. Cette même construction de la supplétivité se rencontre dans l'article 1869 relatif au droit de retrait des associés qui doit avoir lieu « *dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut* » après décision unanime des associés.

Bien qu'il existe différentes morphologie d'expression de la règle supplétive, afin que la liberté soit mise en œuvre pour les associés, il est toujours nécessaire que ceux-ci édictent une

⁶⁸⁰ De manière proportionnelle ou égalitaire.

⁶⁸¹ Art. 1844 C. Civ.

disposition statutaire. Ceci n'est pas sans conséquences sur les modalités de contrôle des aménagements par les associés.

b. Conséquence de la prévision statutaire sur sa modification

La liberté offerte par le législateur par le biais des règles supplétives en tant qu'instrument de préférence suppose qu'un choix soit expressément réalisé dans le cadre d'une disposition statutaire. Ainsi, si les associés décident de ne pas retenir une attribution des bénéfices et des pertes proportionnelles à la détention de capital, ils devront indiquer la clef de répartition choisie dans les statuts. Cette nécessité est évidente, néanmoins elle entraîne, comme tout aménagement statutaire laissé à la libre détermination de leur auteur⁶⁸², deux conséquences importantes.

177. Les associés devront être attentifs et édicter leur choix de manière très claire, afin qu'aucun litige ne puisse naître d'une rédaction ambiguë qui laisserait place, en ayant voulu s'affranchir de l'application d'une règle supplétive, à une insécurité juridique. Si la rédaction n'emporte pas conviction quant à la méthode de calcul retenue pour la répartition de telle ou telle prérogative, une fois la « lune de miel »⁶⁸³ sociale passée, il est probable qu'un associé originellement en accord avec l'attribution proposée, fasse valoir le manque de clarté de la disposition statutaire afin que soit imposée la règle supplétive. De fait, il conviendra pour les rédacteurs des statuts d'apporter une attention toute particulière à la formulation retenue pour se prémunir de tout risque d'interprétation discordante de la clause. L'usage de la liberté offerte par le législateur doit, dans la mesure du possible, ne pas avoir pour effet d'entraîner un risque de retour à la règle supplétive et nécessite donc d'être mis en œuvre avec beaucoup de précautions. Il faudra ainsi avoir à l'esprit toutes les conséquences de la rédaction choisie, que

⁶⁸² Dans la limite du respect des dispositions impératives et de l'ordre public

⁶⁸³ Expression empruntée à Monsieur Paul LE CANNU qui résume bien la différence entre l'état des relations entre futurs associés qui se sont choisis et associés dont l'enthousiasme des débuts peut progressivement se déliter : v. P. LE CANNU, « SAS : indications et contre-indications », *LPA*, 2000, n°185, p. 7 : « c'est ce que j'appellerai l'effet « lune de miel ». Cet effet est sensible dans une certaine utilisation de la S.A.S. qui est la S.A.S. qu'on pourrait qualifier d'oppositionnelle, c'est-à-dire une S.A.S. où il y a opposition d'intérêt entre au moins deux associés. Dans cette S.A.S., on est d'accord, par construction, au début, lorsqu'on la crée. Mais ensuite, si l'accord ne se maintient pas, si après la période d'euphorie, une sorte de découragement voire d'agressivité apparaît entre les associés, que va-t-il se passer ? Le risque existe qu'ils se sentent pris dans la nasse, par exemple la nasse de l'inaliénabilité, ou bien celle des clauses d'exclusion. Supposons une société à 50/50. Chacun veut exclure l'autre. Comment est-ce que l'on va s'en sortir ? Tous ceux qui ont essayé de rédiger les clauses d'exclusion connaissent ce problème et, ma foi, il n'y a pas de solution miracle. On peut parfois résoudre ces problèmes, en rédigeant bien les statuts ou les pactes qui vont avec. Mais il faut une très bonne plume, une plume réfléchie, animée par quelqu'un qui a conscience de ces difficultés ».

ce soit sur l'existence de la prérogative, la valeur intrinsèque de celle-ci ou encore sa temporalité. Par exemple, si l'aménagement en cause est relatif à la répartition des bénéfices, la disposition statutaire, sans pouvoir supprimer le droit en raison de la prohibition des clauses léonines contenue dans l'article 1844-1, pourra augmenter ou diminuer le droit aux dividendes, prévoir que cet aménagement sera temporaire, définitif, sporadique, subordonné à l'arrivée d'un événement ou d'un terme déterminé, être rédigée *intuitu personae* ou *rei* etc. De fait, il sera primordial que tous les aspects de la clause soient bien réfléchis afin que l'aménagement réponde d'une part, aux besoins spécifiques des associés et d'autre part, ne les engage pas au-delà de ce qu'ils souhaitent. Ceci est d'autant plus important qu'en cas de lacunes rédactionnelles, la correction de celle-ci peut s'avérer complexe.

178. En effet, s'agissant de prévisions statutaires, leur modification nécessitera une décision spéciale qui, si elle a pour objet ou effet d'augmenter les engagements des associés, commandera leur accord unanime. La règle générale posée par l'article 1836 du Code civil est claire : « *Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par l'accord unanime des associés. En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* ». Sauf disposition spéciale applicable à une forme sociale, la modification des aménagements issus de règles supplétives sera subordonnée à une modification statutaire. Et, alors même qu'une autre règle que l'unanimité ait été choisie ou qu'aucune augmentation des engagements d'un associé ne soit en jeu, il faudra recueillir le consentement d'au moins la moitié des votants pour procéder à la modification. De fait, en fonction des formes sociales et des aménagements apportés au droit de vote, il est possible que la modification d'une clause statutaire emporte des difficultés. Ce rappel encourage d'autant plus une rédaction claire et réfléchie de la préférence statutaire, qu'elle soit la résultante de dispositions supplétives ou même de la mise en œuvre d'autres instruments. Ainsi, la liberté que ces dispositions offre n'est pas sans contrepartie.

Au-delà des exigences rédactionnelles que la liberté statutaire implique, il est des hypothèses où le recours même à ces dispositions soulève des difficultés, voire des controverses interprétatives. En effet, si les dispositions en cause semblent aisées à mettre en œuvre, le texte spécifiant simplement la nécessité d'une prévision dans les statuts, parfois le recours à ces dispositions n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît, comme par exemple la mise en place d'un dividende majoré.

B. Illustration par l'article 1844-1 du Code civil

La possibilité pour les associés de choisir une clef de répartition des bénéfices et des pertes autre que proportionnelle à la détention de capital se manifeste depuis l'origine des écrits en matière de droit des sociétés, la prohibition des seules clauses léonines y étant attachée depuis les travaux d'ULPIEN. Cependant, si cette latitude des associés a vocation normalement à s'appliquer à toutes les formes sociales (1), une difficulté est née à l'égard des sociétés commerciales (2).

1. Une liberté constante applicable à toutes les formes sociales

179. Les compilations commandées par JUSTINIEN font déjà apparaître l'existence de mécanismes préférentiels à l'égard de la répartition des bénéfices entre les associés dans les démonstrations des jurisconsultes romains. Ainsi, ULPIEN, subordonnant la validité d'un tel aménagement à l'existence d'une raison valable, indique que si, à défaut de prévision de la part des associés, la répartition doit être égale entre chacun, il est tout à fait possible d'établir une convention contraire, dans la limite de la mise en place d'une clause léonine⁶⁸⁴. La même possibilité est notamment consacrée, de manière plus obscure, par la coutume de Beauvaisis⁶⁸⁵.

DOMAT et, postérieurement, POTHIER, font aussi état de cette liberté directement inspirée du Digeste de JUSTINIEN. Pour expliquer la règle de liberté dans la détermination de la part des bénéfices et des pertes qui reviendra à chacun des associés, DOMAT fait référence aux

⁶⁸⁴ *Corpus Juris Civilis, Digeste, Livre XVII, Titre II, De l'action qui naît de la société*, traduction française par MM. H. HULOT, J-Fr. BERTHELOT, P-A. TISSOT et A. BÉRENGER, Metz, 1803, p. 507-508 : « Si on est point convenu de la part que chacun auroit dans la société, il est certain que les portions doivent être égales. Mais recevrait-on une convention qui porteroit qu'un associé auroit deux ou trois parts tandis que l'autre n'en auroit qu'une ? Il est décidé que cette convention vaut si un associé a fourni à la société plus de fonds, ou s'il est plus intelligent, ou s'il se rencontre quelque autre raison semblable. [...] Cassius avait coutume d'appeler cette convention une société léonine. Je suis aussi d'avis qu'une société est nulle, lorsqu'on convient qu'un des associés tirera tout le profit sans supporter la perte pour sa part : car une société qui fait supporter la perte en entier, sans procurer aucun avantage est très injuste ».

⁶⁸⁵ Ph. DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis, XIII^{ème}, Texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique*, par Am. SALMORI, 1899, Ch. XXI, p. 308 et s., spéc. 327 : « Et toutes teus manieres de compaignies se pueent bien fere par convenance, car il loit bien a chascun a acompaignié a li. Et aucune fois fet on teus acompaignemens pour ce que li uns a plus de peine en aministrer les besoignes de la compaignie que li autres, si qu'il est bien resons que sa partie soit meilleur selonc ce qu'il a plus peine ».

consultations d'ULPIEN précédemment évoquées⁶⁸⁶. Il en va de même pour POTHIER⁶⁸⁷. Ces auteurs font, il est vrai, au même titre que leur modèle romain, référence à la nécessité d'une justification, dont la précision et l'objectivité n'est toutefois pas affirmée, pour se détacher de l'égalité proportionnelle.

Les rédacteurs du Code civil de 1804, à l'instar de leurs prédécesseurs évoqués, se sont grandement inspirés du droit romain⁶⁸⁸, ne pouvant exclure totalement de leurs réflexions le droit écrit antérieur⁶⁸⁹. C'est ainsi que la même liberté d'aménagement du droit aux bénéfices et aux pertes est consacrée par le législateur post révolutionnaire au sein de l'article 1853 du Code civil⁶⁹⁰ en vertu duquel, « *lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société* ». Ainsi, et toujours sous réserve des clauses léonines qui seront prohibées par l'article 1855 du même Code⁶⁹¹, les associés ont la possibilité de déterminer librement la part de bénéfices et de pertes que se verra allouer chacun d'entre eux. La volonté du législateur de consacrer une réelle liberté au profit des associés est d'ailleurs clairement explicitée dans le rapport fait par la section de législation du Tribunat. À cette occasion, un membre d'une commission indique que la répartition proportionnelle prévue par l'article 1853 ne trouvera à

⁶⁸⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, T. 1, 2nde éd., 1697, Titre VIII, De la société, p. 295 : « 29. Ulpian pro socio. Les suites de la société, comme sont les contributions, les gains, les pertes, regardent chacun des associés, à proportion de leur part au fonds, ou selon qu'il a été convenu entr'eux. Si les portions de pertes et gains n'étoient pas réglées par la convention, elles seront égales ».

⁶⁸⁷ R. POTHIER, *Œuvres contenant les traités du droit français, Traité du contrat de société*, 1773, p. 450 : « on peut par le contrat assigner à l'un des associés une part dans les profits plus grande que celle qu'il contribue à la société, sans que le contrat ne renferme pour cela aucune iniquité ».

⁶⁸⁸ On peut ainsi voir l'influence du droit romain dans les travaux préparatoires du Code civil. Ainsi dans son rapport fait au Tribunat le 5 mars 1804, BOUTEVILLE : P-A FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 408 : « les jurisconsultes romains disent, répètent souvent », p. 415-416 : « Nous l'avouerons, tribuns, ce n'est jamais qu'à regret que nous nous écartons de la législation des Romains sur les contrats » etc.

⁶⁸⁹ En ce sens, v. J-E-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* Discours prononcé le 21 janvier 1801 : « La France, autrefois divisée en pays coutumiers et en pays de droit écrit, était régie, en partie par des coutumes, et en partie par le droit écrit. Il y avait quelques ordonnances royales communes à tout l'empire. Depuis la révolution, la législation française a subi, sur des points importants, des changements considérables. Faut-il écarter tout ce qui est nouveau ? Faut-il dédaigner tout ce qui est ancien ? Le droit écrit qui se compose des lois romaines, a civilisé l'Europe. La découverte que nos aïeux firent de la Compilation de Justinien, fut pour eux une sorte de révélation. C'est à cette époque que nos tribunaux prirent une forme plus régulière, et que le terrible pouvoir de jurer fut soumis à des principes. La plupart des auteurs qui censurent le droit romain avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent ».

⁶⁹⁰ Art. 22 du projet.

⁶⁹¹ Art. 24 du projet : « La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle. Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés ».

s'appliquer qu'à défaut de précisions spécifiques par les parties dans leur contrat à l'égard de la répartition des bénéfices et des pertes⁶⁹².

Cette règle de la législation civiliste applicable au droit des sociétés a traversé toutes les époques et se trouve encore aujourd'hui à l'article 1844-1 du Code civil. Or, et avant même l'avènement des titres spéciaux grâce auxquels il est possible d'aménager entre autres les droits pécuniaires attachés aux actions, l'article 18 du Code de commerce⁶⁹³, dès 1807, précise que les règles générales du Code civil sont applicables aux sociétés commerciales⁶⁹⁴. Ainsi, cette liberté n'étant contraire à aucune loi commerciale⁶⁹⁵, elle trouve, *a priori*, à s'appliquer à toutes les formes sociales.

2. *Le débat du dividende majoré dans les sociétés commerciales*

180. L'existence de règles supplétives permettant aux associés de définir statutairement l'attribution de certaines prérogatives vient parfois se heurter à la simultanéité de règles spéciales ne recouvrant pas exactement les mêmes possibilités d'aménagements. Cette situation laisse planer le doute quant aux libertés offertes aux associés. C'est le cas du rapprochement des dispositions générales de l'article 1844-1 du Code civil (a) et de la règle spéciale prévue pour le dividende majoré par l'article L. 232-14 du Code de commerce qui fait naître une divergence d'interprétation quant à la possibilité de mettre en œuvre la disposition générale dans le cadre des sociétés par actions (b).

a. Une règle supplétive applicable à toutes les formes sociales

181. L'article 1844-1 prévoyant la répartition proportionnelle à la détention de capital pour les bénéfices et les pertes à défaut de prévision statutaire contraire se situe dans une subdivision

⁶⁹² P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 381, concernant la règle retenue par l'article 1853 à l'égard de l'apporteur en industrie qui se verra attribuer la même part que celui qui a le moins apporté, sauf clause contraire : « Cette fixation a paru la plus juste à la section ; et au surplus elle ne peut présenter aucun inconvénient, puisque tout l'article n'aura lieu que pour le cas où il n'y aura point de la part des parties une convention contraire qu'il ne dépendra que d'elles de stipuler ».

⁶⁹³ Premier article du Titre III du Code de commerce de 1807 consacré aux sociétés.

⁶⁹⁴ Art. 18 du Code de commerce de 1807 : « Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties ».

⁶⁹⁵ Conformément aux prescriptions de l'article 1873 du Code civil de 1804 : « Les dispositions du présent titre [Du contrat de société] ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce ».

du Code civil relative aux dispositions générales applicables à toutes les formes sociales. En effet, l'article 1834 compris dans le même chapitre précise que « *les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés, s'il en est autrement disposé par la loi ou en raison de leur forme ou de leur objet* ». Or, aucune disposition spécifique n'écarte l'article 1844-1 des règles applicables aux sociétés commerciales.

Néanmoins, comme cela a déjà été vu⁶⁹⁶, en dépit des renvois opérés tant par le Code civil que par le Code de commerce quant à l'applicabilité des dispositions générales contenues dans le premier Code aux sociétés commerciales, certains doutes avaient été émis par la doctrine quant à la licéité des aménagements ayant pour effet de dissocier la détention de capital des prérogatives attribuées aux associés par le biais de leurs titres. Cette hésitation était nourrie de la rédaction de l'article 34 du Code de commerce jusqu'à la loi du 9 juillet 1902. Jusqu'alors, le texte disposait que les actions et coupons d'actions étaient de valeur égale. Certains en déduisaient une nécessaire égalité des droits attachés aux titres, faisant émerger une réticence à l'égard de la création de titres privilégiés. Pour mettre fin à cette discorde et confirmer le caractère licite d'aménagements ayant pour effet notamment de rompre l'égalité proportionnelle dans la répartition des bénéfices et des pertes dans les sociétés par actions, le législateur, par la même loi de 1902 complétée par une loi du 16 novembre 1903, consacre la possibilité pour les sociétés par actions d'émettre des actions de priorité « *investies du droit de participer avant les autres actions à la répartition des bénéfices ou au partage de l'actif social* »⁶⁹⁷. Il convient d'ailleurs de noter que cette controverse n'avait plus lieu d'être eu égard aux aménagements favorables sur les bénéfices mis en place au profit des associés compte tenu de l'insertion de la procédure de vérification et d'approbation des avantages particuliers introduite par le législateur par la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite et étendue à toutes les sociétés commerciales par la loi du 24 juillet 1867. Ainsi, aucun doute n'est permis quant à l'applicabilité de l'article 1854⁶⁹⁸ du Code civil aux sociétés par actions, celles-ci pouvant alors soit émettre des titres privilégiés par le biais des actions de priorité soit octroyer un avantage particulier sur les bénéfices à un associé par le biais de la procédure prévue par le législateur.

⁶⁹⁶ V. *supra*, n°153.

⁶⁹⁷ Art. 1^{er} de la loi du 9 juillet 1902.

⁶⁹⁸ Devenu art. 1844-1 C. Civ.

182. Cependant, au cours du printemps 1993⁶⁹⁹, quatre sociétés cotées⁷⁰⁰ souhaitent introduire dans leurs statuts une clause ne répondant pas tout à fait aux conditions d'attribution d'un avantage particulier ni de création d'actions de priorité. L'idée était d'attribuer, moyennant le respect d'une clause de stage, un dividende majoré aux actionnaires détenant nominativement des titres par rapport aux actionnaires qui ne répondraient pas à ces conditions⁷⁰¹. Cet aménagement n'étant ni attaché aux titres, ni attribué de manière nominative, aucune procédure spécifique ne semblait devoir être respectée au-delà de celle de la modification statutaire nécessaire à sa mise en place. Afin d'encadrer cette pratique, et compte tenu des critiques portées à ce projet⁷⁰², le législateur est intervenu et a introduit, par le biais de la loi du 12 juillet 1992, une disposition spécifique figurant désormais à l'article L. 232-14 du Code de commerce. Celle-ci autorise les sociétés anonymes à verser une prime de fidélité aux actionnaires stables, à condition que cette majoration soit limitée à 10% et que la détention nominative soit d'au moins deux ans. Il n'en fallait pas moins pour que renaisse le débat quant aux conditions de mise en œuvre de la liberté contractuelle offerte par l'article 1844-1 du Code civil.

b. Un instrument de préférence limité mais consacré pour les sociétés commerciales

183. Alors que les sociétés cotées dévoilent leur projet de résolution afin d'introduire une prime de fidélité dans leurs statuts, deux courants s'opposent quant à la licéité de telles clauses. Pour les détracteurs d'une telle liberté, les arguments sont tant juridiques qu'économiques⁷⁰³.

⁶⁹⁹ V. E. DAILLY, *Rapport au Sénat*, 29 sept. 1993, p. 5 : <http://www.senat.fr> ; Fr. POLLAUD-DULIAN, « La querelle du dividende majoré, un aspect du principe d'égalité dans le droit des sociétés cotées en bourse », *JCP E*, 1993, I, 3697, §1.

⁷⁰⁰ Air Liquide, De Dietrich, SEB et Siparex.

⁷⁰¹ Ainsi, le projet d'AGE de la société SEB prévoyait la résolution suivante (extrait) (source BALO, 24 mars 1993 – repris par F. PELTIER, « L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable », *Bull. Joly Sociétés*, 1993, n°5, p. 551, II) : « (Attribution d'un dividende majoré). L'assemblée générale, après avoir pris connaissance du rapport du conseil d'administration, décide d'attribuer, à compter du paiement du dividende de l'exercice 1995, un complément de dividende par action égal à 10% du montant unitaire du dividende de référence aux détenteurs d'actions inscrites de façon continue en compte nominatif pendant au moins leur deux exercices précédant la date de paiement du dividende et toujours en compte le jour du détachement du coupon ».

⁷⁰² Cf. *infra*, n°183 et s.

⁷⁰³ Ces critiques sont rappelées par le Sénateur DAILLY dans son rapport précité p. 5 à 10 : cette pratique irait à l'encontre du principe d'égalité dans les sociétés commerciales (p. 6), l'attribution d'un dividende majoré ne se conçoit qu'eu égard à des catégories d'actions (p. 7), le dividende majoré présente un risque pour les petits actionnaires dont les probabilités de cession du titre et donc de perte du bénéfice sont plus importantes (p. 9), la pratique pourrait porter à terme atteinte à la transparence et à la liquidité de la place financière de Paris (p. 10) et les privatisations alors en cours auraient pour effet de favoriser les noyaux stables de groupes de contrôle de ces sociétés au détriment des petits épargnants incités à investir (p. 10).

D'un point de vue juridique, la licéité d'une telle clause est mise en doute en raison de l'interprétation conférée à l'attitude du législateur eu égard de l'introduction des actions de priorité et des actions à dividende prioritaire sans droit de vote. Pour ces partisans de l'égalité, les réformes législatives ont « *abouti, de façon heureuse, à remplacer le principe de liberté de rédaction des statuts en ce qui concerne (...) le droit aux dividendes, par le principe d'égalité auquel le législateur et lui seul peut apporter des restrictions* »⁷⁰⁴. Ainsi, et la même lecture des textes est avancée par un Sénateur auteur de la proposition de loi sur le dividende majoré pour lequel ce dernier est une « *fausse bonne idée* »⁷⁰⁵, la seule opportunité offerte aux actionnaires de mettre en place le versement d'un dividende majoré réside dans le fait de se soumettre au « *régime des avantages particuliers attachés aux actions de priorité et toute autre analyse priverait de fondement légal l'attribution de majorations de dividende* »⁷⁰⁶.

184. Pour autant, s'il est évident, en application de l'adage *specialia generalibus derogant*, que la liberté d'application de l'article 1844-1 du Code civil dans le cadre des sociétés par actions est nécessairement encadrée en raison de l'existence de dispositions spécifiques que sont celles relatives aux avantages particuliers et aux actions de priorité, cette règle ne s'applique que pour autant que l'on se trouve dans le champ d'application de la règle supplétive. Or, d'une part, la règle issue de l'article 1844-1 ne peut pas être purement et simplement écartée dans le cadre des sociétés par actions en raison de l'existence de dispositions spéciales puisqu'aucune règle spéciale ne reprend la règle supplétive instaurée par l'article 1844-1 à l'égard de la répartition proportionnelle à la détention de capital des bénéfices et des pertes⁷⁰⁷. D'autre part, les règles spécifiques prévues par le législateur ne recouvrent pas toutes les possibilités d'aménagements. Certes, lorsque la modulation du dividende est attachée statutairement à un associé, et lui est favorable, il convient de respecter la procédure des avantages particuliers. Si cet aménagement a pour objet d'être attaché au titre et transmis avec lui, la procédure d'émission des actions de priorité doit être suivie. Mais s'agissant de l'attribution à des personnes non déterminées d'un dividende majoré subordonnée à un délai de détention, aucun des deux cas de figure pour lequel le législateur était alors intervenu n'est en cause : il ne s'agit pas d'une attribution *intuitu personae*, ni d'un avantage *propter rem*. Les

⁷⁰⁴ Fr. POLLAUD-DULIAN, « La querelle du dividende majoré, un aspect du principe d'égalité dans le droit des sociétés cotées en bourse », *art.cit.*, §15.

⁷⁰⁵ E. DAILLY, « Le dividende majoré, une fausse bonne idée », *Figaro économique*, 14 avril 1993, p. II.

⁷⁰⁶ E. DAILLY, *Rapport au Sénat, op.cit.*, p. 8.

⁷⁰⁷ Cette absence de règle similaire a d'ailleurs été rappelée par le Sénateur DAILLY dans son rapport précité, p. 7 : « *En matière de répartition des dividendes, la loi du 24 juillet 1966 ne contient pas de dispositions expresses rappelant le principe de proportionnalité* ».

conditions suspensives instaurées à l'égard de ces clauses sont telles que la personne du titulaire du titre n'est pas prise en compte, et l'aménagement n'a aucune vocation à être transmis avec le titre détenu, la clause de stage trouvant à s'appliquer au nouveau titulaire. Ainsi, à l'image de la solution conçue par les promoteurs et défenseurs de la licéité de la clause envisagée par les sociétés cotées en 1993, il semble que jusqu'à l'intervention du législateur, les statuts pouvaient valablement prévoir une prime de fidélité en dehors de toute action de priorité ou avantage particulier. C'est d'ailleurs l'opinion exprimée par GUYON pour qui, « *sous une apparence libérale cette loi est en réalité plus contraignante que le régime antérieur* »⁷⁰⁸. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la proposition de loi présentée le 29 septembre 1993 prévoyait, dans un premier alinéa pour « *rappeler le principe de l'égalité entre les actionnaires* »⁷⁰⁹, de « *réaffirmer clairement dans la loi du 24 juillet 1966 que, sous réserve des avantages particuliers attachés aux actions de priorité (...), le droit au dividende attaché aux actions est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent* »⁷¹⁰. Le texte proposé prévoyait même qu'à l'égard de cette règle, « *tout clause contraire (était) réputée non écrite* »⁷¹¹, en dehors des actions de priorité et de la prime de fidélité telle qu'encadrée par le législateur. Et, si l'argument tiré du fait que « *ce texte de portée générale n'est applicable aux sociétés commerciales (...) que précisément, sous la forme (des actions de priorité)* »⁷¹² était si certain, pourquoi prendre la peine d'insérer un alinéa qui différait de la disposition générale de l'article 1844-1 ? Le texte définitif adopté le 28 juin 1994 ne fera pas référence à l'obligation de respecter l'égalité proportionnelle quant aux dividendes⁷¹³. En présence des critiques portées

⁷⁰⁸ Y. GUYON, « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré », *Revue des sociétés*, 1995, p. 1, §1.

⁷⁰⁹ Cf. E. DAILLY, *Rapport au Sénat, op.cit.*, p. 6.

⁷¹⁰ *Op.cit.*, p. 11.

⁷¹¹ *Op.cit.*, p. 15.

⁷¹² E. DAILLY, rapport du 29 septembre 1993, *op.cit.*, p. 8

⁷¹³ Proposition de loi adoptée le 28 juin 1994, n°181, p. 2 : Après l'article 347-1 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, il est inséré un article 347-2 ainsi rédigé : « Art. 347-2. - Une majoration de dividende dans la limite de 10 % peut être attribuée par les statuts à tout actionnaire qui justifie, à la clôture de l'exercice, d'une inscription nominative depuis deux ans au moins et du maintien de celle-ci à la date de mise en paiement du dividende. Son taux est fixé par l'assemblée générale extraordinaire. Dans les sociétés inscrites à la cote officielle ou au second marché d'une bourse de valeurs, le nombre de titres éligibles à cette majoration de dividende ne peut excéder, pour un même actionnaire, 0,5 % du capital de la société. La même majoration peut être attribuée, dans les mêmes conditions, en cas de distribution d'actions gratuites. Cette majoration ne peut être attribuée avant la clôture du deuxième exercice suivant la modification des statuts ».

au refus d'affirmation d'une règle stricte à l'égard des sociétés par actions⁷¹⁴ et en dépit des limites qui lui sont portées par le droit spécial, ceci confirme la soumission des sociétés par actions à l'article 1844-1. Ainsi, la coexistence d'une règle spéciale et d'une règle supplétive, dont les domaines d'application se recoupent en partie, a eu pour conséquence l'intervention du législateur. Là où la liberté semblait jusqu'alors offerte en dehors du cas spécifique des avantages particuliers et des actions de priorité, il faut désormais compter sur les limites prévues par l'article L. 232-14 du Code de commerce : « *Une majoration de dividendes dans la limite de 10 % peut être attribuée par des statuts à tout actionnaire qui justifie, à la clôture de l'exercice, d'une inscription nominative depuis deux ans au moins et du maintien de celle-ci à la date de mise en paiement du dividende. Son taux est fixé par l'assemblée générale extraordinaire. Dans les sociétés admises aux négociations sur un marché réglementé, le nombre de titres éligibles à cette majoration de dividendes ne peut excéder, pour un même actionnaire, 0,5 % du capital de la société. La même majoration peut être attribuée, dans les mêmes conditions en cas de distribution d'actions gratuites. Cette majoration ne peut être attribuée avant la clôture du deuxième exercice suivant la modification des statuts* ».

185. Il n'est donc plus loisible aux sociétés d'introduire des clauses de fidélité prévoyant un terme de détention plus court que le délai plancher de deux ans ou une majoration du dividende supérieure aux 10% autorisés par le législateur. Mais est-ce à dire, comme l'a affirmé GUYON, que « *par une interprétation a contrario, sera désormais illicite toute majoration du dividende allant au-delà des limites fixées par cette loi* »⁷¹⁵ ? Autrement dit, doit-on considérer, de manière générale, que seule une majoration d'un maximum de 10% peut être envisagée ? Il ne semble pas. Si l'aménagement statutaire envisagé consiste en l'attribution d'une prime de fidélité sans que l'identité des bénéficiaires soit précisée, il conviendra en effet de respecter les seuils prévus par l'article L. 232-14. En revanche, rien ne semble empêcher en dehors de ces conditions et au-delà de ces seuils d'introduire des aménagements similaires ou simplement un

⁷¹⁴ V. les propos du Sénateur DAILLY lors du rapport au Sénat le 22 juin 1994 : <http://www.senat.fr>, p. 5 : « *Ensuite, - le Rapporteur estimant sans doute que cela allait de soi -, le texte ne reprenait pas le premier alinéa de l'article 347-1 -A adopté par le Sénat qui inscrivait expressément dans la Loi de 1966 le principe d'égalité entre les actionnaires en matière de répartition des dividendes qui en découle et en constitue même la pierre angulaire mais n'y figure pas littéralement* » ; p. 9 : « *Et comme c'était bien la préoccupation majeure qui avait initialement inspiré le Sénat et le Gouvernement, notamment à la veille des privatisations, il paraît à votre Commission des Lois parfaitement inutile, voire même dangereux, de prolonger une navette dont on ne peut plus rien attendre de bon, compte tenu de l'hostilité, de l'intransigeance et de l'obstination à cet égard de l'éminent Président de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale* ».

⁷¹⁵ Y. GUYON, *Les sociétés*, op.cit., p. 2, §3

dividende majoré au-delà de la limite de 10%⁷¹⁶ en recourant à la stipulation d'avantages particuliers ou à l'émission d'actions de préférence, ces deux instruments étant eux-mêmes encadrés par des procédures de contrôle⁷¹⁷. Ainsi, plutôt que de restreindre de manière drastique la liberté offerte aux actionnaires eu égard à la répartition des bénéfices, il semble possible de considérer que le législateur a ainsi consacré, dans la limite de 10% de majoration et de détention des titres pendant une durée minimale de deux ans, de prévoir par simple clause statutaire une majoration du dividende qui aura vocation à s'appliquer à l'ensemble des actionnaires sans avoir à passer par les autres procédures qui doivent être respectées au-delà de ces conditions cumulatives. Finalement, le législateur ne limite pas la latitude des actionnaires pour aménager l'attribution du dividende par le biais de l'article 1844-1, il délimite simplement la procédure selon l'objet de l'aménagement :

- Soit l'aménagement correspond aux prescriptions de l'article L. 232-14 et dans ce cas, la règle supplétive s'applique de manière classique, par simple prévision statutaire, sans aucune autre procédure que celle d'une éventuelle modification des statuts pour insérer ladite clause.
- Soit l'aménagement envisagé n'entre pas dans les limites prévues par le législateur, et caractérise alors l'existence d'un avantage particulier ou d'une action de préférence/de priorité auquel cas il conviendra de suivre, outre une modification statutaire si la nécessité apparaît en cours de vie sociale, la procédure nécessaire : soit celle des avantages particuliers si l'aménagement est *intuitu personae*, soit celle de l'émission des actions de préférence si les droits particuliers sont attachés au titre.

§2. La liberté et le silence de la loi

Si les instruments présentés précédemment font directement état d'une possibilité d'instaurer un traitement différencié entre les associés d'une société, la liberté contractuelle ne se borne pas à pouvoir être exprimée lorsqu'elle est expressément déléguée aux contractants par le législateur. En effet, dans la mesure où tout ce qui n'est pas interdit est permis et le législateur ne s'étant pas prononcé à l'égard de tous les aménagements concevables, le silence

⁷¹⁶ En ce sens v. ex. donné par A. DE GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDEUIL, « Actions de préférence, questions de praticiens », *JCP E*, 2005, n°2-28, 1045, question n°7 b) : il est par exemple possible de prévoir un dividende précipitaire de 20% du nominal des actions de préférence.

⁷¹⁷ L'objet et les conditions de ses procédures seront étudiés en 2^{ème} partie, n°334 et s.

de la loi constitue un instrument de choix pour l'instauration de préférence (A). Toutefois, en dépit du caractère classique et de la simplicité du précepte, la mise en application n'est pas toujours évidente, notamment lorsque les prévisions du législateur portent à s'interroger sur la place réservée à la liberté (B).

A. La préférence, expression de la liberté contractuelle en droit des sociétés

« Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Ce principe énoncé par l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen se trouve illustré par celui de la liberté de déterminer le contenu du contrat (1) et a été, a de nombreuses reprises, rappelé tant par le législateur que par la jurisprudence à l'égard du droit des sociétés (2).

1. Rappel du principe de liberté du contenu contractuel

186. Bien que le concept d'autonomie de la volonté soit considéré comme étant en déclin en raison de l'intervention croissante du législateur quant au contenu des contrats, il n'en reste pas moins que la liberté contractuelle conserve une place fondamentale et essentielle en droit des obligations⁷¹⁸. Il a d'ailleurs été consacré en tant que principe général du droit des contrats par la réforme opérée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 dont l'objet était, selon la loi d'habilitation, notamment d' « affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que (...) la liberté contractuelle »⁷¹⁹. La liberté contractuelle s'est d'ailleurs vu reconnaître une valeur constitutionnelle à travers une décision du 13 juin 2013⁷²⁰.

Jusqu'à sa consécration expresse par le législateur, la liberté contractuelle se déduisait de la combinaison de diverses dispositions dont l'article 5 de la Déclaration de 1789, ainsi qu'une interprétation *a contrario* de l'article 6 du Code civil⁷²¹. Il était traditionnellement admis que

⁷¹⁸ V. Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations, op.cit.*, p. 32 et s. §20 et s.

⁷¹⁹ Loi d'habilitation n°2015-177 du 16 février 2015, art. 8, 1°.

⁷²⁰ Cons. Const., 13 juin 2013, n°2013-672, *D.*, 2014, p. 1516, obs. N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO; *Droit des sociétés*, 2013, p. 673, note J. BARTHÉLÉMY; *RTD civ.*, 2013, p. 832, obs. H. BARBIER; *RDC*, 2013, p. 1285, note C. PÉRÈS; *JCP*, 2013, 929, note J. GHESTIN; *JCP G*, 2013, 974, note M. MEKKI.

⁷²¹ Art. 6 C. Civ. (dont la rédaction est issue de la loi du 15 mars 1803) : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

cette liberté se décomposait en quatre éléments : la liberté de s'engager, celle de choisir son cocontractant, celle de définir le contenu du contrat ainsi que sa forme⁷²². Chacune de ces manifestations de la liberté contractuelle connaît bien entendu des limites : il existe des situations dans lesquelles les parties se voient imposer ou interdire le contrat, le cocontractant ou encore une partie du contenu contractuel⁷²³.

Toutes ces composantes ont été reprises par la rédaction du nouvel article 1102 du Code civil en vertu duquel : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». Il convient dès lors de constater que si, auparavant, la liberté dont il est question trouvait l'une de ses assises dans l'article 6 du Code civil, la référence faite désormais à l'ordre public par l'article 1102 ne se cantonne pas aux « *lois qui intéressent l'ordre public* » - formulation qui implique l'existence de dispositions écrites, mais s'étend à toutes les « *règles* » de cet ordre. La liberté contractuelle est également restreinte par « *l'ordre public virtuel* »⁷²⁴.

Ainsi, en dehors des dispositions impératives – « *les limites fixées par la loi* » – et les principes généraux incontestés – « *les règles qui intéressent l'ordre public* » –, il est clair que les parties conservent une liberté très importante pour déterminer le contenu de leurs conventions. C'est une application spécifique mais stricte du principe de liberté proclamé par l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Or, cette liberté trouve également à s'appliquer au contrat spécial que sont les statuts de société.

2. *La liberté contractuelle, principe fondamental du droit des sociétés*

La liberté consacrée à l'égard du contenu contractuel s'applique naturellement au contrat de société. Ce principe a d'ailleurs fait l'objet d'une consécration expresse en la matière (a). Évidemment, les opportunités offertes par l'existence d'une telle règle ne peuvent pas faire

⁷²² En ce sens v. par ex. N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, p. 7.

⁷²³ Sur une étude de la liberté contractuelle v. par ex. L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base », *AJDA*, 1998, p. 676.

⁷²⁴ N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *op.cit.*, *loc.cit.*

l'objet d'une énumération exhaustive, puisque cela irait à l'encontre même du principe ainsi consacré (b).

a. Un principe consacré

187. Dès les travaux préparatoires à la rédaction du Chapitre relatif aux sociétés dans le cadre du Code civil de 1804, le législateur n'a eu cesse de rappeler le principe : concernant le contrat de société, « *tout ce qui est licite est de son domaine ; il ne trouve de limites que dans une prohibition expresse de la loi* », « *tout ce qui ne se trouve pas frappé de cette prohibition peut être l'objet du contrat de société. Les parties sont libres d'insérer dans leurs traités toutes les clauses qu'elles jugent convenables ; rien de ce qui est honnête et permis ne doit être exclu* »⁷²⁵. Dans le silence du législateur ou en l'absence de précision quant à la nature impérative des dispositions, les associés disposent de la plus grande liberté à l'égard de l'aménagement de leurs droits. Cette liberté est martelée, « *les associés peuvent insérer dans leur contrat toute clause qui ne blesse ni la loi ni les bonnes mœurs ; la mesure de leurs engagements est celle dont il leur a plu de convenir* »⁷²⁶. Cette liberté est évidente dans le cadre des règles supplétives, la volonté étant alors expressément « *déléguée par la loi* »⁷²⁷. De surcroît, dès 1804, le législateur rappelle que celle-ci n'est pas cantonnée aux cas où le législateur précise expressément le caractère supplétif des dispositions. Il est en effet énoncé clairement que les dispositions non impératives ne sont applicables aux relations entre associés que dans la mesure où leurs conventions ne se seraient pas prononcées à l'égard des prérogatives considérées⁷²⁸.

188. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler ce principe dans une décision rendue le 3 juin 1986. Il s'agissait de s'interroger sur les contours de la procédure d'agrément dans le cadre d'une société anonyme et plus précisément sur la possibilité pour les associés de prévoir que cette clause serait applicable aux cas de fusion. En l'espèce, les statuts de la société prévoyaient un agrément pour toutes les cessions, qu'ils définissaient alors comme « *tout acte ayant pour objet ou pour effet la mutation entre vifs de la propriété des actions, généralement*

⁷²⁵ P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 394.

⁷²⁶ P-A. FENET, *op.cit.*, p. 398.

⁷²⁷ Expression empruntée à S. PORCHY-SIMON, *Les obligations, op.cit.*, p. 30, §67.

⁷²⁸ P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 399 : « *Les dispositions que nous présentons à cet égard ne sont applicables qu'à défaut de conventions par les parties : on ne doit y avoir recours que dans le cas où l'acte serait muet (...) l'époque où la société doit commencer, la durée qu'elle doit avoir, les engagements des associés (...) soit pour le mode d'administration (...) mais, nous le répétons encore, ces règles ne sont applicables que dans le silence des parties intéressées* ».

par tout mode quelconque ». Considérant que « *la fusion absorption n'opér(e) pas transfert mais dévolution globale du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, sans changement de personnalité* », la société à l'origine du pourvoi avance que « *l'apport des actions litigieuses ne peut être assimilé à une cession à un tiers étranger* », et que de fait, le cas de fusion n'entre pas dans les prévisions de l'article L. 228-23. Néanmoins, le texte ne restreignant pas la possibilité de prévoir une procédure d'agrément à certaines opérations⁷²⁹, la Cour de cassation a rappelé clairement la licéité d'une telle prévision, dans la mesure où cette opération « *ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite* »⁷³⁰. Dès lors qu'aucune disposition impérative de droit commun ou issue du droit des sociétés ne s'oppose expressément à un aménagement, il faut considérer que celui-ci est licite.

b. Un instrument aux applications indénumbrables

Il n'est pas possible de dresser une liste exhaustive des possibilités offertes par le législateur en matière d'aménagement des prérogatives des associés tant ceux-ci n'auront de limites, en dehors des règles impératives, que l'imagination de leurs rédacteurs⁷³¹. La démarche serait d'ailleurs contreproductive. Si la liberté est totale en dehors des « *règles qui intéressent l'ordre public* », la tentative de définition des espaces de liberté reviendrait à encadrer celle-ci dans de nouvelles limites qui ne sont pourtant pas prévues par le législateur. Comme l'a rappelé GUYON, « *ce faisant, on laisserait entendre que le reste est interdit. Or, il faut clairement rappeler que, même dans le droit des sociétés, est permis tout ce qui n'est pas interdit par un texte législatif exprès ou par un principe général incontesté* »⁷³². Cette spécificité démontre toute l'importance de la préférence : si celle-ci peut être définie négativement par la mise en valeur de règles impératives qu'elle ne pourra pas contredire, l'espace de liberté qui lui est offert est quant à lui indéfinissable et les combinaisons d'aménagements préférentiels indénumbrables. Toute la difficulté repose donc dans la définition des règles impératives qui

⁷²⁹ Art. L.228-23 al. 1^{er} : « *Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut-être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts* ».

⁷³⁰ Cass. Com., 3 juin 1986, n°85-12.657, *Bull. civ.*, IV, n°115 ; *JCP E*, 1986, I, 15846, n°6, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *D.*, 1987, p. 95, note J.-J. DAIGRE ; *Revue des sociétés*, 1987, p. 52, note Y. REINHARD.

⁷³¹ En outre, ces aménagements seront en grande partie étudiés dans le cadre de la seconde partie relative à la mise en place de la préférence et plus particulièrement le second titre dédié à la pratique de la préférence.

⁷³² Y. GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés*, op.cit., p. 384.

encadrent négativement la liberté contractuelle⁷³³. Et même lorsque le cadre semble de prime abord bien défini par le législateur, il subsiste régulièrement une part d'incertitude quant à la place laissée à la liberté contractuelle. Cette difficulté peut être illustrée par une prérogative essentielle de l'associé : le droit de vote.

B. La liberté de stipuler en matière de droit de vote : exemple de la difficulté d'application du principe

Le principe de liberté contractuelle est en théorie d'application simple : il suffit de se référer aux prohibitions pour déterminer la licéité d'un aménagement envisagé. Dès 1863 le législateur pose le principe d'une répartition proportionnelle du droit de vote dans les sociétés commerciales. La règle impérative est donc identifiée. Cependant, même lorsque la règle impérative applicable est déterminée, sa mise en œuvre peut s'avérer complexe, soit que ses contours varient au fil du temps (1), soit que l'interprétation de ses exceptions expressément prévues par le législateur fasse naître de nouvelles questions quant à la liberté offerte (2).

1. Préférence et droit de vote : une liberté aux contours variables

Le législateur est longtemps resté muet quant à l'attribution du droit de vote entre les associés, ce dont il peut être déduit une faculté de choix à leur profit (a). Depuis qu'il s'est saisi de cette question concernant les sociétés commerciales, les contours de la liberté n'ont eu cesse de varier (b).

a. Les contours de la liberté de stipuler en matière de droit de vote dans le silence de la loi

189. En 1804, rien n'est prévu à l'égard du droit de vote dans le Code civil. Or, comme il l'a été rappelé par les rédacteurs de ce texte, les seules limites à la liberté se trouvent dans les prohibitions expresses de la loi. Par conséquent, s'il est évident qu'à défaut de prévision

⁷³³ Cette étude fera l'objet de la seconde partie de cette thèse.

statutaire il faut présumer que les associés ont entendu s'en remettre à l'égalité, puisqu'aucune autre répartition arbitraire n'est raisonnablement envisageable⁷³⁴, rien ne leur interdit d'aménager librement ce droit dans le pacte social. Le même silence du législateur à l'égard de ce droit essentiel de l'actionnaire se retrouve dans le Code de commerce de 1807, dont la rédaction lacunaire a déjà été signalée⁷³⁵. La latitude des actionnaires à aménager ce droit ne connaît alors de limite que la spoliation de l'un d'entre eux⁷³⁶.

190. Cette lecture est d'ailleurs confirmée par la doctrine lors de l'insertion d'une disposition spécifique à l'égard de cette prérogative pour les sociétés en commandite. En l'occurrence, la loi du 17 juillet 1856 prévoit, dans son 4^{ème} article, que lors de l'assemblée spéciale de vérification et d'appréciation de la valeur d'un apport en nature ou d'un avantage particulier, les délibérations sont prises à la majorité et que le vote se fait par tête⁷³⁷. Or, RIVIÈRE commentant cette loi, précise que cette règle impérative ne s'applique pas aux assemblées générales dans les autres cas⁷³⁸. Ainsi, la liberté quant à l'attribution statutaire des voix reste entière, avec pour limite cette répartition impérative pour les assemblées spéciales. La pérennité de cette liberté ne sera cependant que temporaire, le législateur s'emparant de la question du droit de vote dans les sociétés commerciales de manière plus précise dès 1863.

b. Variation des contours de la règle de proportionnalité pour les sociétés commerciales

Avant que la règle de proportionnalité ne soit consacrée à l'égard de toutes les sociétés par actions, celle-ci est introduite par le législateur pour les sociétés par actions à responsabilité

⁷³⁴ Cf. *supra*, n°120 et s.

⁷³⁵ Cf. *supra*, n°40.

⁷³⁶ Pour l'étude des limites de la liberté dans l'attribution du droit de vote, v. *infra*, n°295 et n°395 et s.

⁷³⁷ Art. 4 de la loi du 17 juillet 1856 : « *Lorsqu'un associé fait, dans une société en commandite par actions, un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, l'assemblée générale des actionnaires en fait vérifier et apprécier la valeur. La société n'est définitivement constituée qu'après approbation dans une réunion ultérieure de l'assemblée générale. Les délibérations sont prises par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire* ».

⁷³⁸ H-F. RIVIÈRE, *Explication de la loi du 17 juillet 1856 relative aux sociétés en commandite par actions*, 1857, p. 46 et s., §57-58 : « *Chaque actionnaire ne peut avoir qu'une voix ; on ne doit point avoir égard à son intérêt ou au nombre de ses actions dans la société. C'est même là, selon nous, une règle à laquelle il ne peut être permis de déroger par une stipulation expresse dans les statuts sociaux. Du reste, c'est seulement pour le cas spécial de la vérification et de l'appréciation de la valeur des apports ou des avantages particuliers et de l'approbation de ces opérations que le troisième alinéa de l'art. 4 est rédigé. Cette disposition ne s'applique pas aux assemblées générales dans les cas ordinaires* ».

limitée par la loi du 23 mai 1863⁷³⁹. La proportionnalité est alors fonction du nombre de titres détenus, sachant que l'accès aux assemblées peut être subordonné à la détention d'un nombre minimal d'actions⁷⁴⁰. Ainsi, le texte prévoit d'une part les contours de la teneur de ce droit, et d'autre part ses modalités d'exercice. Deux espaces de liberté contractuelle découlent de cette règle impérative : les actionnaires sont libres de s'accorder plus ou moins de poids politique indépendamment des apports effectués, et ils pourront priver certains d'entre eux de la mise en œuvre de leur prérogative.

191. D'une part, concernant la consistance du droit, en dépit de la règle de proportionnalité, une grande liberté est offerte aux associés en raison de deux dispositions relatives à la composition du capital. En effet, la loi de 1863 prévoit un taux minimum différent – passant de 100 à 500 francs – pour les actions selon que le capital est inférieur ou supérieur à 200.000 francs⁷⁴¹. Partant, il sera possible qu'une société qui, à l'origine, avait un capital inférieur à ce seuil, ait émis des actions au taux de 100 francs, puis, suite à une augmentation de capital ayant porté celui-ci au-dessus du seuil de 200.000 francs, ait été contrainte d'émettre des titres à un taux minimum de 500 francs. Cette société aura un capital composé de deux catégories d'actions, sans que cela ne puisse véritablement être contesté. En effet, bien que la société à responsabilité limitée de 1863 soit soumise à certaines dispositions du Code de commerce dont l'article 34⁷⁴², en vertu duquel le capital de la société anonyme⁷⁴³ est divisé en actions et coupons d'actions d'une valeur égale, cela ne semble pas faire obstacle à la coexistence de deux types d'actions aux taux différents. La première raison avancée réside dans l'impossibilité matérielle et juridique de contraindre les associés primitifs à compléter leur apport afin que leurs actions atteignent ce nouveau taux, puisque les associés ne sont pas tenus

⁷³⁹ À ne pas confondre avec les SARL qui ne seront en tant que telles introduites en droit français qu'en 1925.

⁷⁴⁰ Art. 12 de la loi du 23 mai 1863 : « *Il est tenu, chaque année au moins, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts. Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire eu égard au nombre d'actions dont il est porteur* ».

⁷⁴¹ Art. 3 de la loi du 23 mai 1863 : « *Le capital social ne peut excéder vingt millions de francs (20.000.000 francs). Il ne peut être divisé en actions ou coupons d'actions de moins de cent francs, lorsqu'il n'excède pas deux cents mille francs, et de moins de cinq cent francs, lorsqu'il est supérieur* ».

⁷⁴² Art. 1^{er} de la loi du 23 mai 1863 : « *Il peut être formé, sans l'autorisation exigée par l'article 37 du Code de commerce, des sociétés commerciales dans lesquelles aucun des associés n'est tenu au-delà de sa mise. Ces sociétés prennent le titre de Sociétés à responsabilité limitée. Elles sont soumises aux dispositions des articles 29, 30, 32, 33, 34, 36 et 40 du Code de commerce* ».

⁷⁴³ Il a été admis que la formulation de cet article relatif à la « *société anonyme* » n'avait pas pour effet de l'exclure des textes applicables à la SARL. En ce sens v. A. VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 2^{ème} éd., 1878, p. 191.

au-delà de leur mise en vertu de l'article 1^{er} de loi du 23 mai 1963⁷⁴⁴. Et si l'on peut dénoncer l'incompatibilité de cette situation de fait avec les prescriptions de l'article 34 du Code de commerce, la seconde justification de cette potentielle coexistence de titres aux taux différents est que cet article, dont la rédaction restera imprécise à l'égard de la notion de valeur égale des actions jusqu'en 1902⁷⁴⁵, est dépourvu d'impérativité et ne constituerait qu'une prescription d'usage dénuée de sanction civile ou pénale⁷⁴⁶. Ainsi, il sera possible qu'une société voit son capital composé de titres aux taux différents. Dans ce cas de figure, à apport égal, tous les associés ne se verraient pas accorder un nombre de titres équivalent. Il y aurait une préférence accordée aux premiers actionnaires, qui pour le même apport auraient eu plus de titres et donc un poids plus grand dans la société. La proportionnalité dont il est question est prévue à l'égard du nombre de titres détenus et non de la détention capitalistique. Ainsi, pour un actionnaire primitif ayant reçu cinq titres d'une valeur de 100 francs en contrepartie de son apport et donc cinq voix, un actionnaire post augmentation de capital possèdera un seul titre et donc une seule voix. Il existe à cet égard une possibilité d'aménagement de la consistance du droit de vote.

192. D'autre part, et de façon plus claire encore en termes de préférence, la loi de 1863 introduit⁷⁴⁷ la possibilité de subordonner statutairement l'accès aux assemblées à la détention

⁷⁴⁴ A. VAVASSEUR, *op.cit.*, p. 191 : « Comment contraindre les détenteurs peut-être inconnus, à parfaire le complément ? À quel titre d'ailleurs les contraindre car ils ne sont pas tenus au-delà de leur mise (...) Cette société pourra augmenter son capital, mais sera condamnée par la fatalité de son origine, à posséder deux catégories d'actions ».

⁷⁴⁵ Texte dont la portée exacte ne sera précisée par le législateur qu'avec la loi du 9 juillet 1902 en précisant « de valeur nominale égale » en lieu et place de la formulation précédente en vertu de laquelle le capital est divisé en actions de « valeur égale ».

⁷⁴⁶ En ce sens v. les travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1967 rassemblés par L. TRIPIER, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1967 sur les sociétés*, T. 2, 1867, p. 376 – Séance du corps législatif du 8 juin 1867, M. Le Ministre des finances ROUHER : « Parmi les prescriptions légales se trouve l'article 34 qui dit que le capital sera divisé en actions de valeur égale : c'est la formule simple à l'aide de laquelle le capital est formé et divisé. Cette disposition de l'article 34 est-elle impérative ? Est-elle obligatoire ? Est-ce une règle dont la violation entraînerait l'annulation de l'acte social ? Je dois dire qu'en l'état actuel, en dehors des questions de sociétés coopératives auxquelles j'aboutirai dans un instant, rien dans la législation, rien dans la doctrine, rien dans la jurisprudence ne donne à cette prescription de l'article 34 l'importance d'un texte impératif » ; A. VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, *op.cit.*, p. 192 : « En résumé, il y a dans l'art. 34 une règle commune à toutes les sociétés qui divisent leur capital en actions, règle utile à suivre (...) mais une règle dépourvue de la sanction judiciaire, et dont l'inobservation ne saurait entraîner aucune conséquence, ni civile ni pénale » ; J. VAVASSEUR, *Commentaire des lois des 9 juillet 1902 et 16 novembre 1903 sur les actions de priorité*, *op.cit.*, p. 4.

⁷⁴⁷ En dehors du cas spécifique des premières assemblées relatives à la vérification des apports et à la nomination des premiers administrateurs et commissaires au cours desquelles chaque actionnaire a voix délibérative.

d'un certain nombre de voix⁷⁴⁸. Les associés peuvent introduire des seuils à l'égard de l'exercice du droit de vote dans les assemblées générales de cette nouvelle forme sociale. Partant, s'ils peuvent tous théoriquement être titulaires d'un droit de vote proportionnel aux apports réalisés à défaut d'existence de titres aux taux différents, ils ne pourront pas tous le mettre en pratique. Le législateur consacre la possibilité d'accorder une préférence en tout état de cause à certains d'entre eux.

193. La loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés viendra consacrer la même règle à l'égard des sociétés par actions en son article 27⁷⁴⁹, prévoyant par la même occasion la possibilité pour les associés de déterminer le nombre de voix détenus par eux dans les statuts pour les assemblées relatives à la vérification des apports et la nomination des premiers administrateurs, sans que ce nombre de voix ne puisse être supérieur à dix. Ceci laisse aux associés une grande liberté à l'égard du poids de chacun dans ces assemblées spécifiques. Néanmoins, la loi du 1^{er} août 1893 viendra amoindrir cette liberté statutaire d'écarter les petits porteurs des assemblées ordinaires en introduisant la possibilité pour ces derniers de se regrouper pour atteindre le minimum de voix nécessaire et se faire représenter par l'un d'entre eux⁷⁵⁰. Cependant, il est toujours possible pour les statuts de limiter, même de façon uniquement théorique, l'accès aux assemblées en accordant une préférence aux actionnaires ayant le plus de poids en termes de capital.

⁷⁴⁸ L. TRIPIER, *Commentaire de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée*, 1863, p. 5 : « Art. 12 : Il est tenu, chaque année au moins, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts. Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire eu égard au nombre d'actions dont il est porteur » ; commentaire p. 32 : « Le projet contient quelques dispositions essentielles sur la composition des assemblées générales, sur la portion de capital qui doit y être représentée, selon l'importance des objets de leurs délibérations, et sur leur périodicité. Il se borne à poser le principe que les résolutions sont prises à la majorité des voix ; mais il ne décide point si tout actionnaire, ne fût-il porteur que d'une seule action, aura le droit de prendre part aux délibérations ; il laisse aux statuts de chaque société le soin de résoudre la question et de fixer non-seulement le nombre d'actions nécessaire pour être admis dans l'assemblée, mais aussi le nombre de voix que doit avoir chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur ».

⁷⁴⁹ Art. 27 de la loi du 24 juillet 1867 : « Il est tenu, chaque année au moins une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts. Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis à l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire eu égard au nombre d'actions dont il est porteur. Néanmoins, dans les assemblées générales, appelées à vérifier les apports, à nommer les premiers administrateurs et à vérifier la sincérité de la déclaration des fondateurs de la société, prescrite par le deuxième paragraphe de l'art. 24, tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec le nombre de voix déterminé par les statuts, sans qu'il puisse être supérieur à dix. ».

⁷⁵⁰ Art. 27 – ajout suite à la loi modification du 1^{er} août 1893 : « Tous propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour être admis dans l'assemblée pourront se réunir pour former le nombre nécessaire et se faire représenter par l'un d'eux ».

194. En revanche, avec la loi du 9 juillet 1902, les associés des sociétés anonymes ne pourront, en théorie, plus aménager la consistance du droit de vote par le biais de la création de titres aux taux différents. Cette loi est venue préciser la portée de l'article 34 du Code de commerce en spécifiant que la valeur égale doit s'entendre de la valeur nominale des titres⁷⁵¹. La loi du 16 novembre 1903 viendra, quant à elle, étendre cette précision à toutes les sociétés par actions⁷⁵². Tous les actionnaires détiendront, dès lors, un nombre de titres équivalent au regard de leurs apports⁷⁵³. En outre, jusqu'alors, la seule exception à la liberté de subordonner l'accès aux assemblées à la détention d'un certain nombre de voix concernait les premières assemblées, relatives à l'approbation des apports et la nomination des administrateurs. La loi du 22 novembre 1913 sur les sociétés par actions va venir réduire encore la marge de manœuvre des associés, et donc la portée de la préférence, en venant modifier l'article 31 de la loi de 1893 : désormais, tous les actionnaires doivent avoir accès aux assemblées générales extraordinaires quel que soit le nombre de voix détenues⁷⁵⁴.

195. Avec la loi du 13 novembre 1933, le législateur introduit une modification importante puisque désormais, dans les sociétés par actions, les droits de vote seront proportionnels non plus au nombre de titres détenus mais au capital⁷⁵⁵. Il est ainsi mis fin à la possibilité d'instaurer une préférence en émettant des titres aux taux différenciés, puisque cela n'aura désormais plus de répercussions sur le poids politique des actionnaires⁷⁵⁶. Néanmoins, la seconde innovation importante de cette loi confère un nouvel instrument aux actionnaires pour aménager leurs

⁷⁵¹ Art. 1^{er} de la loi du 9 juillet 1902 : « *Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur nominale égale* ».

⁷⁵² Art. 1^{er} de la loi du 16 novembre 1903 : « *Le capital des sociétés par actions se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur nominale égale* ».

⁷⁵³ Néanmoins, cette disposition est toujours dépourvue de caractère impératif et de sanctions en cas de non observation, il est donc toujours *a priori* possible de trouver des sociétés dont le capital se compose d'actions aux taux différents, ce qui est confirmé par la lecture de la loi du 13 novembre 1933 ci-après étudiée ainsi que P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, op.cit., 1924, p. 37 : « *parmi les signes caractéristiques de l'action aucun, sauf l'égalité de valeur nominale des titres (et encore ne s'agit-il là que d'une simple qualité de forme)* ».

⁷⁵⁴ Loi du 1^{er} août 1893, art. 31 al. 2 : « *Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, dans les assemblées générales qui ont à délibérer sur les modifications aux statuts, tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède, sans limitation* ».

⁷⁵⁵ Art. 1^{er} al. 1 de la loi du 13 novembre 1933 : « *Dans les assemblées des actionnaires le droit de vote attaché aux actions est obligatoirement proportionnel à la quotité de capital souscrit qu'elles représentent respectivement* ».

⁷⁵⁶ En ce sens v. ANSA, *Le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires des sociétés par actions – commentaire de la loi du 13 novembre 1933*, p. 3-4 : « *c'est la valeur nominale du titre qui permet de déterminer le nombre de voix attaché à l'action, car c'est elle qui indique, exprimée en unités monétaires, la part du capital souscrite par l'actionnaire. Soit une société au capital de 3 millions de francs divisé en 4.000 actions de 500 francs et 10.000 actions de 100 francs. Le nombre de voix attribué à chaque action de 100 francs doit être 5 fois moindre que celui qui est accordé à une action de 500 francs* ».

droits de vote. Est consacrée la possibilité d'accorder statutairement un droit de vote double pour les actions nominatives libérées dès l'origine et, par prévision statutaire anticipée ou par l'assemblée générale extraordinaire, la liberté d'octroyer un droit de vote double à toutes les actions détenues nominativement par le même actionnaire depuis au moins deux ans⁷⁵⁷. De fait, la proportionnalité capitalistique du droit de vote consacrée par la loi n'est que très relative. Les possibilités d'octroyer un droit de vote double sont nombreuses, sachant qu'il est de plus toujours possible de limiter l'accès aux assemblées ordinaires à la détention d'un certain nombre de voix déterminé librement par les statuts. C'est d'ailleurs sur cette question qu'intervient le décret-loi du 30 octobre 1935 fixant un maximum de 20 titres requis pour accéder aux assemblées⁷⁵⁸, restreignant ainsi la liberté qui était jusqu'alors offerte aux actionnaires pour moduler l'exercice du droit de vote.

196. Si la possibilité pour les actionnaires de limiter l'accès aux assemblées générales ordinaires sera abrogée par la loi du 15 mai 2001⁷⁵⁹, la proportionnalité des voix au capital détenu se retrouve encore aujourd'hui dans le droit contemporain des sociétés. Désormais, au sein des sociétés régies par le Code de commerce, trois groupes distincts peuvent être dégagés :

- Les sociétés pour lesquelles la liberté est seulement limitée par l'impossibilité de supprimer le droit de vote en dehors des cas spécifiquement prévus par la loi⁷⁶⁰. Dans cette catégorie se trouvent les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simples et les sociétés par actions simplifiées.
- Les sociétés pour lesquelles la règle de proportionnalité est impérative sans aucune exception prévue : c'est le cas de la société à responsabilité limitée⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ Art. 1^{er} al. 2 de la loi du 13 novembre 1933 : « *Toutefois un droit de vote double de celui conféré aux actions au porteur, eu égard à la quotité du capital social qu'elles représentent, peut être attribué : soit par les statuts aux actions nominatives libérées dès l'origine, soit par ces statuts ou une assemblée générale extraordinaire ultérieure, à toutes les actions libérées, pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative de deux ans au moins, au nom du même actionnaire* ».

⁷⁵⁸ P. PIC, L. CONSTANTIN et J. KREHER, « Les décrets-lois d'août-octobre 1935 sur la protection de l'épargne par la réforme du droit des sociétés », *Revue Trimestrielle du Droit des sociétés et du Droit financier*, 1936, n°1, p. 103.

⁷⁵⁹ Le nombre de voix maximum requis avait alors été modifié. Art. L.225-112 du Code de commerce (art. 165 de la loi du 24 juillet 1966) avant son abrogation en 2001 : « *Les statuts peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires. Plusieurs actionnaires peuvent se réunir pour atteindre le minimum prévu par les statuts et se faire représenter par l'un d'eux ou par le conjoint de l'un d'eux* ».

⁷⁶⁰ Cette question, qui peut être débattue, fera l'objet d'une étude approfondie : *infra*, n°295 et n°395 et s.

⁷⁶¹ Art. L.223-28 al. 1^{er} C. Com.

- Les sociétés qui, régies par l'article L. 225-122 du Code de commerce, se voient appliquer par principe la règle de proportionnalité, mais pour laquelle des exceptions sont expressément prévues par le législateur. Entrent dans cette catégorie, outre les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions. C'est justement au titre de cette dernière catégorie de sociétés qu'une nouvelle difficulté quant à la place laissée à la liberté contractuelle peut être identifiée.

2. Incertitudes quant à la place de la liberté dans le plafonnement des voix

Aux termes de l'article L. 225-122 I du Code de commerce, la règle en matière d'attribution du droit de vote dans les sociétés anonymes est celle de la proportionnalité capitalistique. Néanmoins, ce principe se trouve atténué par les exceptions édictées par le même texte dont la rédaction est la suivante⁷⁶² : « *Sous réserve des dispositions des articles L. 225-110 (possibilité de moduler le droit de vote en cas d'usufruit, d'indivision, ou à l'égard du créancier gagiste), L. 225-123 (possibilité de prévoir statutairement un droit de vote double pour les actions détenues nominativement au moins deux ans), L. 225-124 (cas de perte du droit de vote double et exceptions), L. 225-125 (possibilité de prévoir un plafonnement des voix) et L. 225-126 (cas où l'Autorité des Marchés Financiers peut suspendre le droit de vote des actions), 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* ».

Par conséquent, la règle d'égalité proportionnelle est supplétive, mais la liberté offerte aux actionnaires est délimitée par les options déterminées expressément par le législateur. Or, dans le cadre de ces exceptions, des incertitudes peuvent naître quant à l'étendue de la liberté dont peuvent jouir les associés.

197. Ainsi, en vertu du premier alinéa de l'article L. 225-125 du Code de commerce, « les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées, sous la condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie, autres que les actions à dividende prioritaire sans droit de vote ». Cette disposition semble donc imposer une forme d'égalité dans la limitation du droit de vote, puisque

⁷⁶² Par souci de concision et de clarté, une brève explication des dispositions en cause est insérée dans le corps du texte.

l'aménagement doit concerner toutes les actions, quelle que soit leur catégorie. Par conséquent, la marge de manœuvre laissée aux associés est encadrée.

Cependant, une fois cette limite intégrée, les combinaisons envisageables sont multiples. De fait, plusieurs questions peuvent se poser quant à la portée réelle de cette règle relative au plafonnement des voix. On peut se demander si, en respectant les conditions posées par ce texte, il est possible aller à l'encontre de l'égalité qu'il semble vouloir garantir. Autrement dit, l'article L. 225-125 constituant une exception à la proportionnalité du droit de vote dans les sociétés anonymes prévue par l'article L. 225-122 I, se pose la question de la place de liberté offerte par ce texte à l'égard de ce qu'il ne dit pas expressément. L'exception doit-elle s'entendre restrictivement ou extensivement ?

198. La première question qui se pose à la lecture de ce texte est de savoir s'il est possible de restreindre la limitation envisagée à certaines assemblées. Le texte précise uniquement qu'il est possible de limiter le nombre de voix dont disposent les actionnaires « *dans les assemblées* », sans préciser si cette limitation doit nécessairement s'étendre, ou non, à toutes les assemblées. À cet égard, il ne fait aucun doute en doctrine qu'il sera possible de prévoir une clause statutaire de plafonnement des voix qui n'aura vocation à s'appliquer qu'aux assemblées générales ordinaires, ou extraordinaires ou encore à certaines assemblées dont l'objet sera statutairement déterminé. L'exception prévue de manière expresse par le législateur connaît donc une première application de la liberté offerte par l'absence de prévision du texte.

199. Une seconde interrogation naît du manque de précision de l'article L. 225-125 quant aux modalités de plafonnement des voix. En effet, il est uniquement spécifié que les statuts peuvent prévoir une limitation de voix sans que la méthode de fixation du plafonnement ne soit imposée par le texte. Or, plusieurs techniques de limitation du droit de vote peuvent être envisagées. Les statuts peuvent procéder à une limitation en pourcentage, en nombre maximal de droit de vote ou encore à une limitation proportionnellement décroissante⁷⁶³ etc. Certaines sociétés ont même imaginé des clauses d'application plus complexes avec un plafonnement qui

⁷⁶³ Avec une clause prévoyant que les X premiers titres détenus conservent une voix, et ensuite une voix par tranche de X titres.

sera fonction du nombre de suffrages exprimés⁷⁶⁴ et dont les conséquences sur le poids décisionnel de chacun des actionnaires ne peuvent donc pas être déterminées par avance.

Or, bien que la possibilité de retenir indifféremment une technique de plafonnement ne soit remise en cause par aucun auteur⁷⁶⁵, la liberté sur cette question étant incontestable, la possibilité de mettre en place une clause qui aurait pour objet d'attribuer une seule voix à chaque actionnaire fait l'objet d'une opposition doctrinale. Pour les uns, cette possibilité doit fermement être condamnée en raison de la nature de la société anonyme qui est une société de capitaux dans laquelle le titre prévaut sur l'individu et dans laquelle un tel aménagement serait « *la négation même du principe de proportionnalité* » applicable. Pour ces auteurs, la possibilité d'instaurer une votation par tête serait contraire à cette nature et, si la proportionnalité prévue par l'article L. 225-122 peut bien être aménagée par le biais de l'article L. 225-125, ces aménagements statutaires « *ne peuvent en aucun cas aboutir à supprimer celle-ci* »⁷⁶⁶. Pour les autres, rien n'interdit cette stipulation qui constituerait de fait la limite extrême mais licite de la mise en œuvre de la disposition⁷⁶⁷. Cette seconde conception semble devoir être retenue.

Tout d'abord, la dérogation à la proportionnalité est directement prévue par le législateur et le texte ne fixe aucune limite, si ce n'est que l'aménagement affecte toutes les actions. La seconde limite naturelle à ce texte résiderait dans l'impossibilité de supprimer le droit de vote par le biais du plafonnement puisque cette prérogative ne peut, selon la plupart des auteurs, faire l'objet d'une suppression qu'en cas de prévision expresse de la loi⁷⁶⁸. Or, une clause de plafonnement, qui aurait pour effet d'attribuer à chaque actionnaire une voix, respecte bien ces

⁷⁶⁴ J. DEVÈZE, A. COURET, I. PARACHKÉVOVA, Th. POULAIN-REHM, M. TELLER, *Le Lamy Droit du financement*, éd. 2018, n°1481 : « *Une technique plus complexe mais aussi moins brutale avait été adoptée par le groupe Lafarge : la société n'avait pas fixé un pourcentage forfaitaire que personne ne pouvait dépasser, mais avait limité les droits de vote en fonction du nombre exprimé en assemblée. Pour être singulière, la solution retenue par Lafarge n'était pas totalement originale. Il est admis depuis longtemps qu'un actionnaire pourra ne pas être admis à voter avec un nombre supérieur à une quantité déterminée des voix appartenant à tous les membres de l'assemblée. On peut concevoir également un système qui accorde aux actionnaires un nombre de voix proportionnellement décroissant* ».

⁷⁶⁵ Ainsi, différents procédés sont proposés par J. DEVÈZE, A. COURET, I. PARACHKÉVOVA, Th. POULAIN-REHM, M. TELLER, *op.cit.*, *loc.cit.* ; R. KADDOUCH, « La clause statutaire de plafonnement des voix », *JCP E*, 2005, n°15, 620, §9 ; J-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, *op.cit.*, p. 193, §331 et s.

⁷⁶⁶ R. KADDOUCH, *art.cit.*, *loc.cit.*

⁷⁶⁷ P. LE CANNU, « Limitations du droit de vote et contrôle des sociétés anonyme - Réflexions sur la proposition modifiée de cinquième directive en droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, 1991, n°3, p. 263, §22 ; Y. GUYON, *Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit.*, p. 203, §122 et p. 261, §167 et s. J-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, *op.cit.*, §331 et s.

⁷⁶⁸ Principe issu de l'article 1844 du Code civil, confirmé à de nombreuses reprises par la jurisprudence. Ex : Cass. Com., 9 février 1999, *Château d'Yquem*, *Bull. civ.*, IV, n°44 ; *Bull. Joly*, 1999, p. 566, note J.-J. DAIGRE – v. *infra*, n°295 (sur la question de la suppression du droit de vote) et n°398 (plafonnement).

deux limites : la clause s'applique à tous les actionnaires, quelle que soit la catégorie d'actions détenue, et chacun bénéficie d'un droit de vote. De ce point de vue, la licéité d'un tel plafonnement ne semble donc pas pouvoir être remise en cause.

Ensuite, l'atteinte excessive à la proportionnalité avancée comme contre argument à la licéité d'un tel aménagement n'est pas moins présente dans des aménagements autres que celui décrié. En effet, quel que soit l'aménagement du droit de vote, la clause de plafonnement des voix aura toujours pour effet d'opérer une dissociation entre détention de capital et poids décisionnel pour les actionnaires dont la détention est supérieure au plafond retenu⁷⁶⁹. De fait, la suppression de la proportionnalité qu'avancent les détracteurs d'un plafonnement à une voix se retrouve en réalité dans les effets de la plupart des clauses prises en application de l'article L. 225-125 et ne peut constituer un obstacle à cet aménagement.

Enfin, il convient de noter que la limitation dont il est question n'est relative qu'à l'exercice du droit et non à son existence : il n'y a pas suppression du droit de vote ou de sa proportionnalité, celui-ci se trouve simplement paralysé. En conséquence, il convient de considérer que la liberté contractuelle constitue bien un instrument exceptionnel au service de la préférence, qui constitue son expression en droit des sociétés, et que les exceptions qui lui sont apportées ne peuvent être entendues que restrictivement, sa place à l'égard du droit de vote dans les sociétés commerciales ne constituant qu'une de ses nombreuses illustrations possibles.

⁷⁶⁹ En ce sens J-M. MOULIN, *op.cit.*, p. 194, §332.

Conclusion du Chapitre Premier

Les assises techniques de la préférence sont donc nombreuses. L'existence formelle de ces outils est éclatante à l'égard des actions de préférence, des avantages particuliers et des dispositions supplétives, le législateur ayant alors expressément délégué aux associés la liberté d'organiser leurs relations en fonction de leurs besoins. Mais ces instruments nommés ne constituent en réalité qu'une infime manifestation de la place la préférence : quantitativement, les possibilités offertes aux associés par le recours à la liberté contractuelle au-delà de ces instruments nommés supplantent de loin les aménagements directement imaginés par le législateur. D'ailleurs, au sein même des dispositions par le biais desquelles le législateur a exprimé de manière claire la possibilité pour les associés d'aménager dans une certaine mesure leurs prérogatives, la liberté contractuelle trouve à s'appliquer. De fait, la préférence est évidente en droit des sociétés tant ses manifestations sont diverses et indéfinies. Qu'elle résulte de la mise en œuvre d'instruments qui lui sont spécialement dédiés ou d'une simple application du principe de liberté, elle est l'expression de la liberté contractuelle qui gouverne les relations entre associés. La préférence vient d'ailleurs au soutien d'une notion fondamentale du droit des sociétés : l'intérêt social.

CHAPITRE DEUXIÈME

LES ASSISES FONDAMENTALES DE LA PRÉFÉRENCE

« Toute personne qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but qu'elle se propose d'atteindre par la voie de cette obligation. La volonté de celui qui contracte une obligation est toujours et nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui. S'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou »⁷⁷⁰.

La préférence statutaire n'est que la mise en application de la liberté offerte aux parties au contrat de société d'aménager leur relation : elle est la consécration technique de la liberté contractuelle dans ce domaine du droit des sociétés. À ce titre, si chacun est en principe libre de contracter, et de déterminer le contenu de ses obligations⁷⁷¹, la raison veut que les contractants y aient un intérêt, même neutre, et laisse présumer que, saine d'esprit, une personne ne s'engagera pas à l'encontre de ses intérêts⁷⁷². Il s'agit alors de se demander si la préférence statutaire est justifiée. Pour cela, il convient de s'interroger sur l'objectif poursuivi par les parties lors de sa mise en place et de savoir si celui-ci est réellement atteint par l'aménagement en cause. L'objectif premier qu'il est possible d'attribuer à la préférence est illustrée par des arguments « économiques », en ce que chaque aménagement trouve à satisfaire des besoins spécifiques des parties qui ne consentent ceux-ci qu'au regard de leur situation particulière. On peut relever que la préférence ainsi établie se justifie par la réalisation de l'intérêt social (**Section I**). En d'autres termes, on présume que si la collectivité a décidé de recourir à la préférence, c'est qu'elle est conforme à l'intérêt social. Mais, si la préférence peut nourrir l'intérêt social, elle ne peut lui être contraire : l'intérêt social intervient alors comme limite fonctionnelle à la préférence (**Section II**).

Section I : La préférence, moteur de l'intérêt social

Section II : L'intérêt social, limite de la préférence

⁷⁷⁰ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3ème éd., Dalloz, 1927, p. 17.

⁷⁷¹ Art. 1102 C. Civ.

⁷⁷² C'est d'ailleurs ce qui justifie, *a contrario*, l'existence de la règle consacrée par l'article 414-1 C. Civ. à laquelle renvoi l'article 1129 du même Code, en vertu duquel « *il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat* ».

SECTION I : LA PRÉFÉRENCE, MOTEUR DE L'INTÉRÊT SOCIAL

200. L'article 1832 du Code civil conçoit la société comme une technique de réalisation d'une entreprise commune à but intéressé : « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Elle est « *créée pour une exploitation déterminée* », c'est « *l'objet du contrat de société et les associés se regroupent pour participer aux bénéfices ou aux économies attendus de la bonne marche de cette exploitation* »⁷⁷³. Partant, la société, en tant que technique juridique d'organisation de l'entreprise⁷⁷⁴, a pour objectif idéal d'offrir une structure pérenne et prospère au développement de son activité économique. De cette définition fonctionnelle de la société découle la notion d'intérêt social, entendu comme celui de la société venant se substituer aux intérêts individuels des associés qui la composent (§1).

Or, quelle que soit la préférence considérée, sa mise en place résulte nécessairement d'un accord des associés, qu'il s'agisse de celui des seuls détenteurs du pouvoir décisionnel dans la société ou d'un accord unanime. La préférence est donc le fruit de l'expression de la volonté de la collectivité des associés. Et si, de manière quasi systématique, les associés entendent pouvoir tirer régulièrement profit de la structure, et donc mettre en place des aménagements au rendement direct, la bonne marche de la structure est une condition nécessaire. Ceci correspond aux enjeux économiques liés à l'intérêt social. Sa recherche est donc présumée⁷⁷⁵. La préférence est un point de rencontre des intérêts individuels et de l'intérêt social (§2).

⁷⁷³ M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, op.cit.*, p. 45, §1548.

⁷⁷⁴ Ce n'est pas sa seule fonction – en revanche il s'agit de celle qui doit être prise en compte dans le cadre de la mise en place d'aménagements préférentiels.

⁷⁷⁵ En ce sens v. Ph. BISSARA, « L'intérêt social », *ANSA*, juill.-août 1999, n°3008, p. 12 : « *Bien entendu, les associés espèrent légitimement que la prospérité de l'entreprise commune leur permettra de percevoir régulièrement une part des bénéfices réalisés exercice après exercice (...). Ils sont nécessairement présumés avoir considéré qu'il est de leur intérêt commun de continuer l'exploitation de l'entreprise commune dont la prospérité future, qu'ils escomptent, leur laisse espérer que les bénéfices sociaux à venir seront plus importants (...) et l'on surprendrait beaucoup leurs actionnaires en supposant qu'ils ne souhaitent pas la continuité de la prospérité de leurs entreprises communes* ».

§1. L'intérêt social, compromis des aspirations individuelles et générales

L'intérêt social est parfois présenté comme « *le concept majeur du droit moderne des sociétés* »⁷⁷⁶. Il n'en reste pas moins que sa définition est l'objet de nombreuses controverses, au sein desquelles il convient de retenir la théorie dite « *du juste milieu* »⁷⁷⁷. Cette conception de la notion aboutit à considérer que « *l'intérêt social peut (...) se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise* »⁷⁷⁸. Ainsi, l'objectif premier de l'intérêt social consiste à assurer la pérennité, la continuité et la prospérité de la structure (A), et sa réalisation peut avoir des répercussions sur la satisfaction des intérêts individuels des associés (B).

A. Assimilation directe de l'intérêt social à la pérennité et à la continuité de la société

201. À l'égard de la définition de l'intérêt social, trois courants de pensée distincts s'opposent⁷⁷⁹. Pour certains, l'intérêt social a pour fonction de protéger les intérêts catégoriels en jeu au sein de l'entreprise dont la société constitue la structure juridique. Ainsi, l'intérêt social se confond pour eux avec celui de l'entreprise et englobe, de fait, tant les intérêts des associés, que ceux des salariés, des créanciers et principaux partenaires de la structure sociale ou encore ceux de l'État⁷⁸⁰. L'intérêt social est alors l'intérêt supérieur de la personne morale

⁷⁷⁶ A. VIANDIER, « Réglementation des offres publiques et droit des sociétés : l'expérience française », *Bull. Joly Sociétés*, 1993, n°1, p. 7, §20.

⁷⁷⁷ Expression empruntée à J-P. BERTEL, « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Droit et patrimoine*, av. 1997, p. 46.

⁷⁷⁸ Définition de l'intérêt social retenue par le rapport VIÉNOT, *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, juillet 1995, p. 8 : http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot1_fr.pdf

⁷⁷⁹ Pour un résumé de ces courants v. par ex. G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social – Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD Com.*, 2004, p. 15, §2 ou encore J-P. BERTEL, « La position de la doctrine sur l'intérêt social, La position de la doctrine sur l'intérêt social », *art.cit.*, p. 42 et s.

⁷⁸⁰ En ce sens v. J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP N*, 1985, n°27, 100740, §85 et s. et plus spécialement §89 : « *La protection de l'entreprise et de son intérêt est le meilleur garant de la protection des intérêts catégoriels. Si l'entreprise est la cause de l'existence de ces intérêts, sa prospérité est aussi le dénominateur commun de la protection des intérêts catégoriels. C'est dans la perspective de son expansion et de sa rentabilité que des associés lui ont apporté des fonds, que des tiers lui ont accordé leur crédit, que des dirigeants la conduisent, que des salariés et des cadres y travaillent, que des partenaires l'admettent dans une centrale d'achats ou dans un groupement d'intérêt économique, que l'État ou des collectivités locales lui accordent des facilités d'installation sur des zones industrielles, des primes ou des avantages fiscaux, etc..* ».

elle-même, dont l'objectif est la prospérité de son exploitation afin de satisfaire, dans la mesure du possible, les différents intérêts catégoriels en cause.

202. Un second mouvement doctrinal considère toutefois qu'aux termes de cette première conception, « *la richesse sociale (serait) soustraite aux associés en vue de contribuer à l'intérêt général commun* »⁷⁸¹. Partant de cette critique, pour ce second courant de pensée, l'intérêt social doit plutôt être rapproché de l'intérêt commun des associés, « *la société (ayant) pour objet la réalisation du plus important bénéfice social dans le seul intérêt des associés* »⁷⁸². Ainsi, l'intérêt social devrait se résumer à la recherche de la satisfaction des intérêts des associés de la société, cette dernière n'étant que l'instrument du profit à réaliser. Cette seconde conception de l'intérêt social n'emporte cependant pas l'adhésion de tous en ce qu'elle négligerait la nécessité pour la société de s'inscrire dans la durée, et donc son intérêt propre⁷⁸³.

203. De fait, un troisième courant de pensée est apparu. Celui-ci tente une synthèse entre les deux premières définitions proposées et consiste à considérer que l'intérêt social est un compromis entre les intérêts égoïstes des associés – l'enrichissement à court terme –, et celui de la société qui passe par sa pérennité⁷⁸⁴. Des critiques ont pu être avancées quant à la pertinence d'une telle conciliation des conceptions, notamment en ce qu'elle conservait pour effet de léser les associés, l'intérêt de la société primant sur les intérêts individuels durant son existence⁷⁸⁵. Il semble néanmoins que cette définition doive être retenue, compte tenu de l'évidence de l'interdépendance de l'enrichissement des associés et du bon fonctionnement de la structure sociale⁷⁸⁶. La pertinence de cette conception est, il est vrai, conditionnée à l'inscription de la structure sociale dans la durée. Mais justement : une société a vocation à exister pour la durée qui figure dans le pacte social⁷⁸⁷. Celle-ci fait partie du dessein attribué par les associés à la société, qui aura pour objet d'exercer l'entreprise commune⁷⁸⁸.

⁷⁸¹ D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », *JCP E*, 1995, n°38, 488, §8.

⁷⁸² D. SCHMIDT, *art.cit.*, §6.

⁷⁸³ V. notamment en ce sens G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social – Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *art.cit.*, §2 ou encore Ph. BISSARA, « L'intérêt social », *art.cit.*, p. 12.

⁷⁸⁴ En ce sens v. G. GOFFAUX-CALLEBAUT, *art.cit.*, *loc.cit.* ; J-P. BERTEL, « Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », *RTD Com.*, 1996, p. 595.

⁷⁸⁵ V. en ce sens D. SCHMIDT, *art.cit.*, §8 : « *Peut-on tenter la synthèse en avançant que la richesse de l'entreprise rejaillit sur ses associés de sorte que l'intérêt de ceux-ci et celui de l'entreprise se confondent ? Une telle observation n'a que l'apparence de la pertinence : en effet, privilégier la prospérité et la continuité de l'entreprise implique qu'une part de la richesse sociale soit soustraite aux associés en vue de contribuer à l'intérêt général commun* ».

⁷⁸⁶ V. en ce sens Ph. BISSARA, *art.cit.*, *loc.cit.*

⁷⁸⁷ En ce sens v. notamment Art. 1835 C. Civ., Art. 1838 C. Civ., Art. 1844-7 1° C. Civ., Art. L.210-2 C. Com.

⁷⁸⁸ En ce sens v. Ph. BISSARA, *art.cit.*, *loc.cit.* ou encore G. GOFFAUX-CALLEBAUT, *art.cit.*, §12.

204. De fait, l'intérêt social peut être défini comme la nécessité de maintenir une structure pérenne et prospère pendant la durée programmée de la société. Cet intérêt a des répercussions à moyen et long terme sur l'intérêt de la société elle-même. Et si celui-ci vient se substituer aux intérêts individuels des associés au moment de leur adhésion au pacte social jusqu'à la dissolution de la structure, il pourra néanmoins à court terme ressurgir sur les intérêts individuels des associés. Les associés acceptent de se soumettre à l'intérêt social en abdiquant leurs intérêts individuels au profit de celui de la société, tout en espérant que la réalisation de cet intérêt rejaillira sur eux à plus ou moins court terme.

B. Répercussion indirecte de l'intérêt social sur les intérêts individuels des associés

205. Tandis qu'une partie de la doctrine oppose l'intérêt des associés à celui de la société⁷⁸⁹, il apparaît que les intérêts en cause sont en fait interdépendants. De manière plus exacte, la satisfaction des intérêts individuels convergents est fonction de la réalisation de l'intérêt de la structure sociale. À défaut de réalisation de l'intérêt de la société, le profit escompté par les associés sera, si ce n'est inaccompli, potentiellement amoindri. Si la recherche de maximisation du profit n'est pas la seule raison d'être de l'engagement des associés, cet objectif est présumé leur être commun et passe par la réalisation de l'intérêt social.

206. Dans le cadre d'une société, « la cause qui détermine les participants à se regrouper est plus complexe que dans les contrats à but égoïste. Ce n'est plus seulement obtenir l'exécution des engagements pris par chaque adhérent (...). C'est avant tout et surtout de faire des bénéfices et de les partager (...). C'est la cause qui détermine chaque contractant à entrer dans la société, elle est la même pour tous les participants »⁷⁹⁰. Dès 1927, CAPITANT caractérise, en filigrane, la raison d'être de l'engagement des associés au contrat de société. Il s'agit pour les différentes parties, qui ont chacune un intérêt propre, de concourir ensemble à la maximisation du profit global, de sorte que chacun trouve un avantage à la mise en commun de leurs forces qu'il n'aurait pu obtenir en œuvrant individuellement⁷⁹¹. C'est ce qu'il convient de nommer

⁷⁸⁹ Cf. thèse défendue par Monsieur SCHMIDT ci-avant exposée n°202.

⁷⁹⁰ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, op.cit., p. 53.

⁷⁹¹ Cet effet de la mise en commun des forces avait déjà été relevé par E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^{ème} éd., 1925, p. 190, §238 : « Chacun se dit que, par l'union, il arrivera à faire rapporter davantage à ses biens ou à son travail qu'en demeurant dans l'isolement ».

« l'intérêt commun des associés », élément nécessaire à la constitution et la validité d'une société, qu'elle soit civile ou commerciale, aux termes de l'article 1833 du Code civil⁷⁹².

207. Les intérêts individuels en présence ne coïncident pas nécessairement en tous points, et peuvent même être antagonistes, puisque chacun escompte tirer un maximum de profit de la société à titre personnel. L'intérêt commun intervient alors comme « *la rencontre heureuse de deux égoïsmes* »⁷⁹³. Cet objectif assigné à l'intérêt commun, qui permet de réaliser les intérêts individuels d'enrichissement des associés, a été notamment rappelé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 10 octobre 2000, dans lequel il est possible de lire que « *l'intérêt commun est le même pour chaque associé et permet à chacun d'eux de retirer un bénéfice personnel à proportion du bénéfice collectif* »⁷⁹⁴. De fait, ce bénéfice doit être le plus élevé possible, afin que la part que chacun en retire soit optimale. La satisfaction de ces intérêts individuels passe donc bien par la réalisation de l'intérêt de la société. Pour cause, la continuité et la prospérité de l'exploitation de l'entreprise commune est un facteur inéluctable de maximisation du profit escompté. C'est ce qui constitue la raison d'être du contrat de société, ce qui a été convenu. En devenant associé, on accepte de réaliser un profit conforme au pacte social. On accepte que l'intérêt individuel soit satisfait via l'intérêt social. La suite est un accord sur une manière de réaliser un profit. L'intérêt social exprime ce but commun.

De fait, en abdiquant leurs intérêts individuels au profit de celui de la société lors de leur adhésion au pacte social, les associés escomptent pouvoir, de manière indirecte, tirer profit des aspirations collectives. La pérennisation et la prospérité de la société sont des vecteurs d'enrichissement de celle-ci et donc de satisfaction des intérêts individuels et communs des associés⁷⁹⁵. Or, la préférence s'avère elle-même constituer un facteur de réalisation de cet intérêt social, au service tant de l'intérêt de la société que de celui des associés.

⁷⁹² Art. 1833 C. Civ. : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* ».

⁷⁹³ T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD Com.*, 1984, p. 585.

⁷⁹⁴ Cass. Com., 10 octobre 2010, n°98-10.236, *JCP E*, 2001, 85, note A. VIANDIER.

⁷⁹⁵ En ce sens v. T. HASSLER, *art.cit.*, p. 593.

§2. La satisfaction de l'intérêt social par la préférence

L'élaboration de la préférence, que ce soit originellement ou par modification des termes initiaux du pacte social – mais en respectant les modalités prévues par celui-ci –, peut avoir des effets bénéfiques à la survie et la prospérité de la société. Ainsi que le relevait RIPERT dès 1946, « *il est permis d'augmenter le capital social, de détruire l'égalité entre actionnaires par la création d'actions de priorité, de créer ou de supprimer des réserves extraordinaires (...). Le respect du pacte social est sacrifié à la nécessité de faire vivre, au prix de modifications nécessaires, l'être qui a été créé* »⁷⁹⁶.

La nécessité de préserver l'intérêt social, entendu comme l'intérêt de la société, ne justifie pas de manière convaincante l'existence d'un principe d'égalité⁷⁹⁷. En revanche, cette nécessité constitue, de façon plus probante, une des raisons d'être du recours à la préférence. Cette justification découle de la définition même de l'intérêt social. Pour être réalisé, il requiert la pérennité et la continuité de la structure⁷⁹⁸, auxquelles il est possible d'ajouter un objectif de prospérité en accord avec l'article 1832 du Code civil⁷⁹⁹. Ainsi, la préférence concédée par les associés dont les intérêts individuels ne seront satisfaits que par la réalisation de ces enjeux **(B)** aura nécessairement pour effet escompté un renforcement ou une restauration du fonctionnement prospère de la société⁸⁰⁰ **(A)**.

A. Nécessité du respect de l'intérêt social

Si certains aménagements sont, de manière certaine, conformes au respect de l'intérêt social puisqu'ils concourent à sa poursuite (1), la possibilité de mettre en place une préférence au sein d'un groupe de sociétés soulève davantage de difficultés quant à la justification de celle-ci au regard de l'intérêt social de la structure dans laquelle les prérogatives ont vocation à être exercées (2).

⁷⁹⁶ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 92.

⁷⁹⁷ V. supra, n°95 et s.

⁷⁹⁸ Cf. supra, n°94, Rapport du groupe de travail de l'Association Française des Entreprises Privées et du Conseil National du Patronat Français présidé par M. VIÉNOT, *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, juillet 1995, p. 8 : http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot1_fr.pdf.

⁷⁹⁹ En ce sens v. G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social – Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD Com.*, 2004, p. 35, §12.

⁸⁰⁰ En ce sens v. par ex. Cl-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, op.cit., p. 125.

1. *La poursuite de l'intérêt social, fondement de la préférence pour la société « source »*

La mise en place d'un régime différencié, qu'elle passe par la modulation des prérogatives attachées au titre ou encore à la personne de leurs détenteurs, peut correspondre à deux situations fondamentalement distinctes : celles dans lesquelles les aménagements sont le fruit d'un choix stratégique qui, bien que potentiellement profitables à la société, ne répondent pas pour autant à une nécessité impérieuse (a) et celles dans lesquelles la mise en place de tels aménagements est en fait requise pour la survie de la société et vise donc à satisfaire cet intérêt en péril (b). Quelle que soit la situation considérée, la préférence ne sera acceptée par la collectivité que si l'intérêt social est préservé par l'inégalité qu'elle conduit à instaurer. En ce sens, la préférence est une inégalité dynamique, constructive, au service de l'intérêt social.

a. *Absence de contrariété à l'intérêt social : la préférence dans la société in bonis*

208. En tant que technique permettant la modulation des droits attachés aux titres ou aux associés, la préférence constitue un instrument stratégique non négligeable dans le cadre d'une société prospère. Quel que soit l'instrument support de la préférence considérée, l'étude de son objet, au sein d'une société *in bonis*, conduit à constater que celle-ci aura pour effet nécessairement escompté de ne pas contredire l'intérêt social⁸⁰¹. De manière schématique, l'objectif poursuivi lors de la mise en place de la préférence peut être de trois ordres : attirer l'entrée de fonds nouveaux, rétribuer les associés préexistants dans la structure ou sécuriser la composition du capital social – sachant que ceux-ci peuvent se combiner.

209. L'intérêt social est, tout d'abord, pleinement satisfait par les aménagements ayant pour objet de faire entrer de nouveaux capitaux dans la société, puisque l'entrée de ces fonds aura nécessairement pour corolaire un renforcement de sa prospérité⁸⁰². Ce dessein financier peut être atteint par le biais de plusieurs instruments de préférence incitatifs aux travers desquels l'intérêt de la société se trouve satisfait. Il est par exemple possible d'attirer des investisseurs par l'émission d'actions de préférence auxquelles sont attachés des droits spécifiques⁸⁰³, comme

⁸⁰¹ Pour l'étude de la sanction en cas d'atteinte à cet intérêt cf. *infra*, n°238 et s.

⁸⁰² En ce sens v. Cl-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, *op.cit.*, p. 125.

⁸⁰³ V. J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilège non financiers », *Actes pratiques*, 1997, n°37, p. 5.

un avantage financier, avec la possibilité de supprimer le droit de vote de ces titres nouvellement émis afin que les majorités décisionnelles ne subissent pas les répercussions de l'opération. De fait, tout en augmentant ses fonds avec l'octroi de titres à la rentabilité renforcée, la structure peut demeurer fermée et, dès lors, conserver un pouvoir stable⁸⁰⁴. Cet aménagement, consistant à supprimer le droit de vote de l'apporteur nouveau, est tout à fait approprié dans le cadre des sociétés de famille. Il permet également d'écarter le risque d'une mainmise sur la direction des sociétés par des entités d'investissement qui exerceraient une « *tutelle économique* »⁸⁰⁵ en les évinçant de la direction. De fait, la stratégie financière poursuivie par la société est en accord avec les enjeux de stabilité et de pérennité de la structure, donc avec l'intérêt social.

210. Le même instrument permet également d'attirer des investisseurs qui ne seraient pas intéressés par l'ensemble de l'activité de l'entreprise, mais souhaitant investir dans une branche d'activité de celle-ci : les actions de préférence permettent alors à la société d'émettre des actions reflet ou traçante, dont la rémunération dépendra de l'activité d'une filiale. Ainsi, tout en assurant l'apporteur de fonds par l'investissement dans une structure plus pérenne, la technique permet à l'émettrice de financer le développement de la filiale sans avoir à ouvrir le capital de cette dernière à des tiers⁸⁰⁶. Tout en répondant aux objectifs de sécurité des investisseurs⁸⁰⁷, la pérennité et la prospérité des sociétés filles sont assurées.

211. Il sera également possible que l'intérêt social justifie, dans une société donnée, l'aménagement de la répartition des bénéfices et des pertes de manière non-proportionnelle à la détention de capital, conformément aux possibilités offertes par l'article 1844-1 du Code civil⁸⁰⁸, dans l'hypothèse où un tel aménagement constitue la condition posée par un investisseur à son entrée ou encore la conditions posée à l'aide financière d'un associé déjà présent dans le capital. En effet, ces inégalités de traitement seront alors acceptées dès lors que celles-ci sont bénéfiques pour la stabilité et la prospérité de la structure : l'entrée de fonds nouveaux participant à ces objectifs, la préférence accordée se justifie par l'intérêt social.

⁸⁰⁴ En ce sens v. B. MERCADAL, *Synthèse comparative, in Les actions de préférence en droit comparé, Travaux et recherches de l'IDCP, sous la direction de R. RODIÈRE*, 1978, p. 15.

⁸⁰⁵ B. MERCADAL, *op.cit.*, p. 25.

⁸⁰⁶ En ce sens v. Y. GUYON, « Les tracking stocks », *in Mélanges AEDBF France III*, p. 183, ou encore A. VIANDIER, « Les actions reflet », *RJDA*, 2001, ch. §10-11.

⁸⁰⁷ V. *infra*, n°220.

⁸⁰⁸ En ce sens v. J-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit.*, p. 89, §133.

212. Le droit préférentiel de souscription peut également constituer un outil au profit de la société prospère⁸⁰⁹, dans la mesure où celle-ci peut ressentir le besoin de faire entrer dans son capital une catégorie d'investisseurs plus large que celle des actionnaires originels, afin de diversifier son actionnariat⁸¹⁰, que ce soit pour des raisons pécuniaires ou politiques. En le supprimant⁸¹¹, elle peut parvenir à cette fin puisqu'il n'existera alors plus de priorité au profit des actionnaires déjà en place. La stratégie sous-tendue par la diversification de l'actionnariat sera justifiée par l'intérêt social puisque sa mise en œuvre sera l'objet d'une décision prise par l'assemblée générale extraordinaire dont l'accord ne saurait être trouvé, à défaut d'abus de droit de vote, en cas d'atteinte à cet intérêt.

213. La mise en place de la préférence peut aussi être une stratégie visant à sécuriser la composition du capital social. Ici, les actions de préférence peuvent permettre à la société de se prémunir contre les aléas propres à un apport en nature, en accordant un avantage aux actions remises consécutivement aux apports en numéraire : cette manœuvre aura pour effet de provoquer des souscriptions plus importantes pour le second type d'apport⁸¹². Encore une fois, la préférence est bénéfique pour l'intérêt social. En sécurisant le montant de son capital, la société renforce la stabilité de celui-ci et donc les chances de pérennité de la structure. Par le biais de l'émission d'actions de préférence, la société prospère peut mettre en œuvre un large panel de stratégies aux objets et effets divers⁸¹³ et permettre, notamment, le financement de la structure sans avoir besoin de recourir à des emprunts.

214. Le recours à la préférence peut aussi avoir pour objet la fidélisation de l'actionnariat⁸¹⁴, l'idée est de conserver un noyau dur de pouvoir et donc une stabilité à long terme⁸¹⁵. Pour cela, la société pourra recourir à des mécanismes d'attribution de droits spécifiques à l'issue d'un

⁸⁰⁹ V. par exemple CI-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, op.cit., p. 142 : « La suppression du droit préférentiel de souscription peut aussi permettre à une société prospère de faire entrer certains de ses créanciers dans la catégorie des actionnaires ».

⁸¹⁰ En ce sens v. P. VERRUCOLI, *Rapports nationaux – Italie*, in *Les actions de préférence en droit comparé, Travaux et recherches de l'IDCP, sous la direction de R. RODIÈRE*, 1978, p. 121.

⁸¹¹ En vertu des prévisions de l'article L. 225-135 C. Com.

⁸¹² En ce sens v. Cl. FERRY, R. CANARD et M. CRETTE, « Les actions de priorité », *Droit des sociétés Actes pratiques*, 1993, n°11, p. 2 : « Émises lors de la constitution, elles peuvent provoquer la souscription d'actions de numéraire auxquels l'on accorde la préférence par rapport aux actions résultant d'un apport en nature (en pratique, c'est le cas lorsque l'apport en nature présente un aléa : brevet d'invention, logiciel...) ».

⁸¹³ Un tour d'horizon des aménagements rendus possibles par le recours aux actions de préférence fera l'objet de plus amples développements dans la seconde partie de la thèse.

⁸¹⁴ V. par exemple A. COURET, « Le retour sur le droit de vote double », *Droit des sociétés*, 2013, n°11, ét. 22, §5 ; J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilège non financiers », art.cit., loc.cit. ; F. PELTIER, « L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable », *Bull. Joly Sociétés*, 1993, n°5, p. 551 ; B. PETIT et Y. REINHARD, « Dividendes majorés – Attribution à certaines actions nominatives », *RTD Com.*, 1994, p. 730.

⁸¹⁵ V. CI-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, op.cit., p. 105.

stage. Ainsi, dans les sociétés par actions⁸¹⁶, un droit de vote double peut être attribué aux actionnaires détenant nominativement les titres par une inscription en compte de deux ans⁸¹⁷. Sous la même condition de stage, un dividende majoré peut être accordé aux actionnaires stables et fidèles⁸¹⁸. Si cela constitue un avantage pour les actionnaires qui en bénéficient en contrepartie de leur loyauté à l'égard de la structure sociale, celle-ci tire également profit de la stabilité de l'actionnariat qui en découle. Ces clauses ont également pour effet de renforcer la structure, en ce sens que la stabilité de l'actionnariat qui en découle contribue aux objectifs de continuité et de pérennité de la société : tout en tirant un avantage de leur fidélité, les associés offrent à celle-ci un actionnariat de long terme.

b. Recherche de restauration de l'intérêt social : la préférence dans la société en difficulté

215. Lorsqu'une société connaît des difficultés financières, elle doit trouver un moyen de renflouer sa trésorerie, faute de se trouver dans une situation définitivement obérée. La meilleure manière de rassurer les créanciers et à la fois d'obtenir des fonds est de lever des investissements en capital. Or, dans une telle situation, l'engagement d'investisseurs ne sera pas nécessairement aisé à obtenir, compte tenu des risques encourus. L'aménagement des droits attachés aux titres constitue alors un moyen de séduction et de persuasion, dès lors que le risque accepté fait l'objet d'une contrepartie⁸¹⁹. Ainsi, il sera plus aisé de convaincre des personnes d'engager des capitaux en leur conférant des avantages spécifiques, qu'ils soient pécuniaires ou politiques, l'aménagement étant alors nécessaire à la survie de la société qui, bien que délaissant une partie de son contrôle ou s'engageant à verser des bénéfices plus importants aux nouveaux entrants, se trouvera dans une situation financière meilleure.

216. Cette possibilité pour la société d'émettre des titres privilégiés ne concerne pas uniquement le cas de l'entrée de nouveaux fonds, elle peut aussi être un moyen de convaincre des créanciers d'accepter un paiement de leurs créances en actions comme alternative à la

⁸¹⁶ Les clauses de stage à l'égard du droit de vote et du dividende majoré sont directement prévues par les textes, mais peuvent tout à fait être inscrites dans les statuts des sociétés civiles par exemple. Rien ne s'y oppose.

⁸¹⁷ Art. L.225-113 C. Com.

⁸¹⁸ Art. L.232-14 C. Com.

⁸¹⁹ V. en ce sens J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilège non financiers », *art.cit.*, p. 5 ; Cl. FERRY, R. CANARD et M. CRETTE, « Les actions de priorité », *art.cit.*, p. 2 ; Cl-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, *op.cit.*, p. 125.

remise de dette⁸²⁰. Techniquement, ce procédé est effectué en deux étapes, conformément aux prévisions de l'article L. 225-228 du Code de commerce, avec dans un premier temps une augmentation de capital par la société, à laquelle vont alors souscrire les créanciers, la libération des apports correspondra alors à la remise de dette au profit des créanciers et la somme sera considérée comme un apport en numéraire entrant dans le capital social⁸²¹. Ainsi, tout en réduisant le montant de son endettement, la société en difficulté pourra augmenter ses fonds par conversion de la créance en capital. Ce mécanisme n'est pas réservé à l'émission de titres privilégiés, mais au même titre que pour l'entrée de nouveaux investisseurs, l'acceptation de l'offre par le créancier sera plus aisée avec l'attribution de droits préférentiels, qu'ils soient financiers ou de contrôle, voire même subordonnée par lui à cette condition. La préférence sera alors justifiée par la tentative de remise à flot de la société, soit par la recherche de satisfaction de l'intérêt social.

217. La préférence peut aussi être justifiée par la satisfaction de l'intérêt social dans le cadre d'une opération de restructuration, telle une fusion-absorption, lorsque les sociétés en cause dans l'opération sont pour l'une prospère et l'autre en difficulté. Pour cause, dans une telle situation, la survie de la société en péril dépend de la fusion projetée, mais les associés de la société prospère pourront n'accepter l'opération qu'à la condition de recevoir une contrepartie, comme la garantie de se voir attribuer un dividende équivalent à celui qu'ils percevaient avant ladite opération⁸²².

218. Toujours dans l'objectif de remédier aux difficultés d'une société en perte, la préférence pourra être accordée à de nouveaux apporteurs par le biais de la suppression du droit préférentiel de souscription dont bénéficient normalement les actionnaires. Dans l'hypothèse où une augmentation de capital en raison de l'existence de pertes est envisagée, le maintien d'un tel droit pourrait en effet constituer un obstacle au succès de l'opération, la société ne bénéficiant d'une réelle aide financière qu'à condition de « *réserver l'augmentation de capital aux nouveaux apporteurs* »⁸²³. Ainsi, si la suppression du droit préférentiel de souscription dans le cadre d'une augmentation de capital constitue un aménagement réalisé aux dépens des associés préexistant, l'opération peut être subordonnée dans sa réalisation à cette condition. De manière

⁸²⁰ Cl. FERRY, R. CANARD et M. CRETTE, *art.cit.*, p. 2.

⁸²¹ V. R. DAMMANN et G. PODEUR, « La conversion de créances en capital dans les entreprises en difficultés », *Bull. Joly Sociétés*, 2009, n°12, p. 1129.

⁸²² Cl. FERRY, R. CANARD et M. CRETTE, « Les actions de priorité », *art.cit.*, p. 2 ; C-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions*, *op.cit.*, p. 125.

⁸²³ Cl-M. RUFIN, *op.cit.*, p. 142.

concomitante, la survie et, par suite, la continuité de la société, peuvent n'être acquises qu'à ce prix. L'intérêt social commande parfois la mise en place de préférences au détriment des associés présents initialement⁸²⁴.

L'aménagement des droits des associés peut s'avérer utile, voire nécessaire, à la prospérité ou à la survie de la société. Or, ces considérations correspondent à la définition de l'intérêt social entendu comme l'intérêt de la société. La liste des aménagements envisageables pour satisfaire l'intérêt social ne peut être dressée de manière exhaustive. D'une part, les facteurs de prospérité, continuité et de pérennité sont divers, et se manifestent de multiples manières dans les sociétés. D'autre part, il est nécessaire de coupler la poursuite de ces objectifs avec les négociations qui auront cours afin de les atteindre.

2. *La problématique de l'intérêt social à l'égard de la préférence au sein d'un groupe*

219. Aux termes de l'article L. 228-13 du Code de commerce, les droits particuliers attribués aux actions de préférence peuvent être exercés dans « *la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital de l'émettrice ou dans la société dont l'émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital* ». En d'autres termes, en application de la définition des différentes entités du groupe par le droit des sociétés, telle qu'issue de la combinaison des articles L.233-1 et L. 233-3 du Code de commerce, les droits attachés aux actions de préférence peuvent être exercés dans la société mère ou dans la société filiale de l'émettrice. Pour que de tels droits puissent être mis en place, il faut en outre que les assemblées des sociétés concernées, d'émission et d'exercice des droits, statuent en ce sens. Si la société d'exercice⁸²⁵ n'entérine pas la possibilité de mise en œuvre desdits droits par le biais d'une décision en assemblée générale extraordinaire, l'émission n'est pour autant pas nulle, mais les droits accordés seront dénués de toute effectivité. Mais, si les sociétés ratifient tant l'émission des actions que le droit d'exercice des prérogatives, alors une préférence sera attribuée à des non actionnaires de la structure d'exercice. Or, le droit des sociétés a consacré un principe d'autonomie de la personne morale dès son immatriculation⁸²⁶ et chaque entité du

⁸²⁴ En ce sens v. Cl-M. RUFIN, *op.cit.*, p. 142.

⁸²⁵ Entendue comme la société dans laquelle s'exercent les droits.

⁸²⁶ Art. 1842 C. Civ. et art. L. 210-6 C. Com.

groupe est présumée indépendante des autres⁸²⁷, le groupe lui-même n'étant pas sujet de droit⁸²⁸. Ainsi, chaque société possède un intérêt social qui lui est propre et qui en principe demeure intègre. De fait, il peut paraître difficile de justifier, sur le plan de l'intérêt social, l'exercice de droits dans une société par des non-actionnaires : quel avantage la société en retire-t-elle du point de vue de sa pérennité, de sa prospérité ou de sa continuité ? Si du point de vue de la société émettrice, l'intérêt social n'est pas mis à mal par de tels aménagements des titres, il semble que celui de la société d'exercice, si ce n'est qu'il ne soit affecté de manière négative par l'opération, n'en retire au moins aucun bénéfice.

À ce titre, si les prérogatives consistent à l'attribution de droits dont le partage n'affecte pas la consistance de ceux des associés de la société, comme un droit d'information, l'influence sur la pérennité de la structure semble assez neutre et ainsi l'intérêt social préservé. Mais si ces droits⁸²⁹ consistent en l'octroi d'un droit de vote par exemple, la justification par l'intérêt social devient plus complexe. Alors que dans le premier cas, le résultat était sans incidence pour la société d'exercice, ici, l'attribution de cette prérogative à des non-associés ne semble pas, de prime abord, en accord avec les objectifs de prospérité, de continuité ou encore de pérennité de la structure, compte tenu de l'extranéité de la personne détenant un pouvoir avec le fonctionnement de la société. Il serait aisé de considérer, au contraire, que l'intérêt social pourrait en pâtir, dans la mesure où le tiers, qui détient alors des prérogatives politiques et décisionnelles, pourrait prendre part et avoir voix délibérative à des assemblées pour lesquelles il n'aurait pas l'implication nécessaire pour un vote éclairé.

Néanmoins, cet écueil peut être relativisé à plusieurs égards. Tout d'abord, rien n'empêche les rédacteurs des clauses statutaires permettant l'octroi de ces prérogatives de les aménager de telle sorte que le droit de vote soit cantonné à certaines décisions spécifiques, en rapport par exemple avec les autres prérogatives offertes au non-associé. Ainsi, l'intéressement de ce dernier ne peut pas être remis en cause, donc l'intérêt social est préservé. Ensuite, il convient de remarquer que l'argument tiré de l'absence de qualité d'associé ne convainc pas totalement. Certaines prérogatives peuvent être attribuées à des non-associés en dehors de

⁸²⁷ Ceci ressort d'une lecture *a contrario* de l'art. L.233-1, confirmée par la jurisprudence : v. par ex. Civ. 3^{ème}, 13 décembre 2006, n°05-18.707, *Bull. Joly*, 2007, p. 485, note J-Fr. BARBIÈRI.

⁸²⁸ V. J. PAILLUSSEAU, *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques*, D., 2003, p. 2346 ; J. SCHAPIRA, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD Com.*, 1971, p. 967 et s.; Cass. Com., 2 avril 1996, n°94-16.380, *Revue des sociétés*, 1996, p. 573, note Ch. GAVALADA, ou encore Cass. Com., 20 janvier 1998, n°94-21.811, *Bull. Joly*, 1998, p. 474, note J-Ph. DOM.

⁸²⁹ Pour l'étude des droits dans le cadre des actions de préférence de groupe v. T. ALLAIN, *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, PUAM, 2014 ; v. également *infra*, n°358.

l'émission d'actions de préférence de groupe. Tel est le cas du droit de vote exercé par l'usufruitier dont la qualité d'associé est parfois remise en cause alors qu'il est possible de retirer cette même prérogative au nu-proprétaire dont la qualité d'associé est avérée⁸³⁰. Il en va également ainsi de l'octroi de la même prérogative à des tiers dans les formes sociales pour lesquelles les statuts déterminent les formes et conditions des décisions collectives, comme la société par actions simplifiée⁸³¹. Or, ces situations n'ont pas été remises en cause sur le terrain de l'atteinte à l'intérêt social. De plus, même si l'intérêt social n'intervient pas comme fait justificatif de l'octroi de ces prérogatives de groupe, il convient de considérer que le non-associé, amené à intervenir dans la société, ne retirera aucun bénéfice en mettant à mal la pérennité et la continuité de la structure. Si la société venait à prendre fin, il perdrait par la même occasion le droit qu'il détient dans celle-ci. Enfin, bien que l'intérêt de groupe ne soit pas textuellement consacré, il est évident que celui-ci existe, cela a d'ailleurs été consacré par la jurisprudence⁸³². Simplement, l'intégrité de l'intérêt social dans un groupe connaît une certaine flexibilité : il peut être satisfait de manière indirecte et différée. La pérennité d'une structure du groupe fait également partie des préoccupations des autres sociétés, et donc de leurs associés, d'autant plus dans le cadre d'une relation de contrôle telle que nécessaire pour l'exercice de droits dans une société du groupe par le biais des actions de préférence.

Ainsi, s'il n'est pas certain que l'on puisse parler d'un fait justificatif à ces aménagements à l'égard de l'intérêt social, ceux-ci sont au moins neutre à son attention. Ils ne remettent donc pas en cause la légitimité de la préférence. Il est possible de considérer qu'à leur égard, la notion émergente d'intérêt de groupe, constitue une justification de cette préférence particulière.

⁸³⁰ Cass. Com., 4 décembre 1996, *De Gaste*, *JCP*, 1994, I, 3769, n°4, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *RDT Civ.*, 1994, p. 644, obs. Fr. ZENATI ; *Revue des sociétés*, 1994, p. 278, note M. LECÈNE-MARÉNAUD ; *Deffrénois*, 1994, p. 556, note P. LE CANNU ; *Droit des sociétés*, 1994, n°45, note Th. BONNEAU.

⁸³¹ Art. L.277-9 C. Com. En ce sens v. T. ALLAIN, *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, *op.cit.*, p. 99.

⁸³² Cass. crim., 4 févr. 1985, n°84-91.581, *Bull. crim.*, n°54 ; *Revue des sociétés*, 1985, p. 688 ; *JCP*, 1986, I, n°20585, note W. JEANDIDIER, arrêt dit « *Rozenblum* » a écarté l'abus de biens sociaux à propos d'un financement intra-groupe sous 3 conditions : existence d'un groupe de sociétés ; le concours doit être dicté par l'intérêt du groupe ; et ne soit pas dépourvu de contrepartie, ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des différentes sociétés et n'excède pas la possibilité financière de celles qui en supportent la charge. L'intérêt du groupe a été défini par la chambre criminelle le 14 avril 1993 comme l'existence d'une complémentarité entre les activités des sociétés faisant ainsi émerger un intérêt commun.

B. Possibilité de satisfaction des intérêts individuels

Si la préférence peut parfois avoir pour effet de satisfaire directement des intérêts individuels (1), celle-ci est réputée n'être acceptée par les associés qui la subissent directement que sous la condition implicite du respect de l'intérêt social, dont ils escomptent tous tirer profit (2).

1. Satisfaction ponctuelle directe des intérêts individuels

Certains associés bénéficient directement de la préférence mise en place pour satisfaire l'intérêt général. Cette possibilité de bénéficier de prérogatives aménagées sur-mesure au sein de la société peut profiter tant à ceux qui entrent dans la société (a) qu'à ceux qui auraient contribué originellement à la création de la structure (b).

a. La préférence octroyée aux investisseurs entrant en cours de vie sociale

220. Il s'agit ici d'envisager pour une partie des aménagements vus précédemment, la situation d'un point de vue du nouvel associé qui aura accepté d'apporter des fonds nouveaux à la société en contrepartie d'un traitement préférentiel. On constate une interdépendance des avantages : la société bénéficie de l'entrée de nouveaux investisseurs, lesquels se voient en retour attribuer un traitement particulier. C'est ainsi que l'attribution d'actions traçantes au profit des nouveaux apporteurs permet à la société de financer le développement d'une filiale sans que celle-ci n'ait à ouvrir son capital à des tiers. L'opération est également bénéfique pour l'investisseur qui, apportant des fonds dans une structure ayant une assise financière plus stable, peut aspirer à des profits importants tout en sécurisant son placement⁸³³.

De même, si la nécessité pour la société d'attirer de nouveaux investisseurs est facilitée par la possibilité pour elle de les convaincre par l'attribution de droits particuliers, cette

⁸³³ En ce sens v. Y. GUYON, « Les tracking stocks », *art.cit.*, p. 183 : « Elles sont financièrement attractives pour leurs titulaires car visant des activités innovantes réputées spécialement rentables, elles offrent des perspectives de dividendes importants et des espoirs de plus-value non négligeables. Elles donnent également plus de sécurité que des titres émis directement par une filiale. En effet, celle-ci exerçant son activité dans un secteur innovant présente souvent une certaine vulnérabilité financière (...) Les "tracking stocks" évitent ce risque, puisqu'elles sont émises par la société mère qui a généralement une assise financière incontestable » et A. VIANDIER, « Les actions reflet », *art.cit.*, *loc.cit.*

situation permet de manière concomitante aux futurs associés de négocier leur entrée en contrepartie de leur appui financier⁸³⁴. Ils sont alors en position de force lorsque la société connaît des difficultés et ne peut se passer de leurs concours, et à armes égales lorsque leur arrivée au capital s'inscrit dans une opération stratégique pour la société. De plus, si l'octroi d'une préférence aux actions attribuées en contrepartie d'un apport en numéraire peut constituer un moyen pour la société de se prémunir contre les aléas inhérents à certains apports en nature⁸³⁵, cette technique constitue aussi un motif de négociation au profit des souscripteurs. Ils peuvent, par exemple, se voir offrir un droit particulier sur les bénéfices, des droits politiques accrus, ou encore la possibilité d'exercer leurs droits dans une société autre que l'émettrice par le biais d'actions de préférence⁸³⁶. Les termes de la transaction pourront alors porter sur l'ensemble des prérogatives attribuées traditionnellement aux titres ou aux associés, et les aménagements obtenus ou consentis, selon le point de vue, seront dépendants tant de la capacité de négociation de l'entrant que du niveau de besoin de la société émettrice.

b. La préférence octroyée aux investisseurs présents dès l'origine

Il est évidemment plus commode pour des associés entrant de négocier l'attribution de droits particuliers. Néanmoins, l'opportunité pour les associés originels de voir leurs prérogatives évoluer subsiste. Au même titre que la préférence attribuée aux associés entrants constitue tant un instrument au profit de la société qu'un avantage pour les investisseurs, l'aménagement des droits des associés initiaux trouve son pendant dans les avantages qu'en retire la structure.

221. Ainsi, la mise en place de préférence peut constituer la contrepartie d'un service spécifique rendu par un associé ayant contribué à la création de la structure qui se verra récompenser de la prise d'un risque particulier⁸³⁷, comme le cautionnement d'une dette sociale, ou l'acceptation d'un sacrifice demandé, tel l'octroi d'un droit de vote spécifique en contrepartie d'une baisse de ses droits financiers en raison de l'entrée d'un actionnaire

⁸³⁴ En ce sens v. A. COURET, « Le retour du débat sur le droit de vote double », *art.cit.*, §5.

⁸³⁵ V. *supra*, n°213.

⁸³⁶ Pour une étude de l'exercice de droits dans une société autre que l'émettrice v. par exemple : T. ALLAIN, *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, *op.cit.* ou encore T. ALLAIN, « Regards optimistes sur la validité des actions de préférence "dissociées" », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 27 et s.; Pour une étude des prérogatives qui peuvent être attribuées par les actions de préférence : v. partie 2.

⁸³⁷ En ce sens v. V. MAGNIER, « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », *art.cit.*, p. 2559, §3-4.

privilegié sur ce terrain. L'attribution d'une préférence pourra aussi avoir pour objet de contrebalancer une dilution capitalistique des droits des actionnaires subie lors d'une opération de restructuration⁸³⁸. Dans cette situation, les actionnaires initiaux d'une structure prospère bénéficieront d'un pouvoir de négociation des droits particuliers qui leurs seront attribués, dans la mesure où ils auront le pouvoir de bloquer l'opération par leur vote lors des assemblées destinées à valider celle-ci. Elle sera susceptible d'avoir également pour objet de récompenser la fidélité des associés historiques par le biais d'émission d'actions de préférence à leur profit avant l'entrée de nouveaux actionnaires⁸³⁹, pour compenser par exemple l'improductivité initiale des capitaux investis lors de l'entrée de fonds nouveaux dans une période prospère de la société⁸⁴⁰. Cette fidélisation de l'actionnariat peut également passer par le biais de mécanismes incitatifs, qui, profitables à la structure, permettent aux associés initiaux et stables d'accroître leur influence ou leurs droits sur les bénéficiaires de la société. Il en va ainsi de la possibilité de prévoir statutairement l'octroi du droit de vote double⁸⁴¹ ou d'un dividende majoré pour les actions détenues nominativement depuis au moins deux ans⁸⁴².

222. L'attribution d'un droit préférentiel de souscription constitue aussi un avantage au profit des actionnaires présents dans la structure en amont d'une augmentation de capital. Celui-ci leur offre la possibilité d'y souscrire prioritairement et ainsi, si ce n'est de pouvoir augmenter leur pouvoir au sein de la structure, au moins de préserver l'équilibre de la répartition initiale de ceux-ci⁸⁴³. De même, la possibilité pour la structure d'attribuer aux nouveaux actionnaires des actions privées de droit de vote, permettant notamment aux structures fermées de ne pas ouvrir leur contrôle à des tiers tout en augmentant leurs fonds, est également profitable aux

⁸³⁸ J.-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilège non financiers », *art.cit., loc.cit.*

⁸³⁹ Cl. FERRY, R. CANARD et M. CRETTE, « Les actions de priorité », *art.cit.*, p. 2.

⁸⁴⁰ P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires, op.cit.*, p. 58 : « Les actionnaires d'origine ont couru les premiers risques de l'entreprise. Leurs capitaux sont restés improductifs pendant quelques exercices. Au moment où l'exploitation devient bénéficiaire, se développe et nécessite des capitaux frais, les actions d'origine seront dédommagées par l'attribution d'une part plus forte ou mieux assurée des résultats de l'entreprise. Ce seront alors les actions anciennes qui seront privilégiées ».

⁸⁴¹ V. par exemple A. COURET, « Le retour du débat sur le droit de vote double », *art.cit.*, § 5 ou Cl.-M. RUFIN, *L'égalité dans les sociétés par actions, op.cit.*, p. 105.

⁸⁴² V. par exemple B. PETIT et Y. REINHARD, « Dividendes majorés – attribution à certaines actions nominatives », *art.cit., loc.cit.* ou F. PELTIER, « L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable », *art.cit., loc.cit.*

⁸⁴³ V. Cl.-M. RUFIN, *op.cit.*, p. 137 : l'attribution d'un droit préférentiel de souscription « permet seulement la conservation d'un certain équilibre dans la répartition du capital social au profit des anciens actionnaires (...) (ils) ont accepté des sacrifices et ont sans doute été privés de dividendes plus élevés pour que la société atteigne sa prospérité actuelle. Il est équitable de leur reconnaître un tour de faveur dans la souscription des actions nouvelles ».

actionnaires présents, lesquels voient ainsi préserver les majorités existantes tout en bénéficiant d'un capital plus important⁸⁴⁴.

Et si seuls certains associés bénéficient directement du fruit de la préférence concédée, en réalité, l'ensemble de la collectivité des associés escompte tirer profit de ces inégalités de traitement. Celles-ci sont implicitement, mais nécessairement, subordonnées au respect de l'intérêt social dans leur acceptation par ceux qui n'auraient pas vocation à en tirer profit directement, puisque la satisfaction de cet intérêt aura des retombées positives pour tous.

2. *Subordination implicite des accords individuels au respect de l'intérêt social*

Le point de rencontre des intérêts individuels réside dans la volonté de réalisation d'un profit social, ensuite partagé entre les associés. Cet intérêt qui leur est commun est la raison d'être de la souscription des associés au contrat de société, mais aussi leur adhésion à ses modifications ultérieures compte tenu du fait qu'ils ne sont que très rarement contraints de rentrer ou de demeurer dans la structure⁸⁴⁵. De fait, la préférence ne bénéficiant pas directement à chacun d'entre eux, elle ne peut être consentie que dans l'intérêt commun des associés. Ceux-ci la subissent licitement, car ils sont supposés escompter par ce biais obtenir un profit plus important que s'ils ne l'avaient pas accordée. Leur consentement ne sera donné que sous la condition implicite, et nécessaire, du respect de cet intérêt, dont la réalisation est dépendante de l'intérêt social.

223. Si l'intérêt commun consiste en la réalisation d'un profit ensuite partagé entre les associés, alors celui-ci doit être le plus élevé possible afin que la part que chacun en retire soit optimale. Tous les intérêts individuels ne peuvent être directement satisfaits par la mise en place d'une préférence, notamment lorsque l'avantage accordé à l'un a, de prime abord, pour conséquences de réduire les droits des autres. Toutefois, cette préférence peut avoir pour effet de satisfaire l'intérêt commun en permettant la maximisation du profit global de la société, qui sera répercuté individuellement sur les associés.

⁸⁴⁴ V. par exemple B. MERCADAL, « Que faire des actions de préférence ? », *art.cit.*, p. 15.

⁸⁴⁵ En ce sens v. Y. GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés*, *op.cit.*, p. 11, 1§ : « La société n'est jamais un groupement forcé et personne ne peut être contraint d'entrer dans une société. Certes il y a quelques exceptions, au moins en apparence (...). Mais dans tous les cas il y a bien eu à l'origine une manifestation de volonté, même si celle-ci a eu des conséquences que les futurs associés n'avaient pas nécessairement envisagées ».

224. On aura compris que si l'octroi d'une préférence pécuniaire au profit d'un associé peut paraître contraire aux intérêts individuels de ceux qui n'en bénéficient pas, il faut en fait observer les conséquences de l'aménagement dans leur globalité. Ainsi, un droit particulier sur les dividendes pourrait être accordé à un investisseur comme condition de son entrée au capital. Consécutivement, la part en pourcentage dans les dividendes qui reviendra aux autres associés sera inévitablement diminuée. Néanmoins, l'entrée au capital de ce nouvel actionnaire privilégié aura pour effet direct d'augmenter les fonds propres de la structure, et donc pourra concourir à l'augmentation en valeur du dividende octroyé à chacun : un pourcentage plus faible d'un bénéfice distribuable plus important pourra valoir mieux que l'inverse. Ainsi, le sacrifice consenti ou imposé aux associés ne bénéficiant pas de la préférence se justifie par l'espoir légitime de réalisation d'un profit commun plus important à court ou long terme. Le même raisonnement peut être tenu à l'égard de l'octroi d'un droit équivalent au profit d'un associé ayant rendu un service particulier à la société ou ayant un statut ou des connaissances bénéfiques pour la société et qui négocierait son maintien ou son entrée dans la structure à la condition d'un traitement privilégié. Les associés accepteront alors d'abandonner une part de leur pourcentage dans les bénéfices, considérant que ce qu'il leur reviendra en valeur sera potentiellement plus important que s'ils n'avaient pas consenti à cet aménagement.

225. De même, l'octroi d'une préférence en subordonnant celui-ci à une condition de stage, comme l'attribution d'un dividende majoré ou d'un droit de vote double dès lors que les actions sont détenues nominativement par un actionnaire pendant deux exercices, est conforme aux exigences de l'intérêt commun. En effet, l'incitation à un actionnariat stable par l'attribution de droits spécifiques, conforme aux intérêts de la société, contribue également à la réalisation de l'intérêt commun puisque, de manière indirecte, les autres actionnaires profiteront de la pérennité de la société qui sera ainsi dans des conditions adéquates pour réaliser un profit potentiellement plus important. Cet effet stimulant de la fidélisation de l'actionnariat est particulièrement illustré dans le cadre des sociétés cotées. Ces dernières, en persuadant leurs actionnaires de conserver leurs titres pendant une certaine durée afin de se voir octroyer des droits renforcés, raréfient l'offre en raison du maintien des actionnaires pour une durée supérieure au stage. Elles accroissent ainsi la demande de souscription de leurs titres en raison de l'attrait qu'ils représentent: *« l'offre devenant plus rare et la demande plus soutenue, la valorisation boursière sera plus importante, et cette valorisation profitera à tout le monde : à*

la société qui bénéficiera d'une meilleure capitalisation boursière, mais aussi à ceux qui ne font que des allers-retours sur le titre »⁸⁴⁶.

L'octroi d'un droit de vote renforcé peut également s'avérer justifié par la recherche de maximisation du profit par les associés qui le consentent. Comme RIPERT le faisait remarquer, les associés, en tant qu'acteurs commerciaux animés par l'esprit de lucre, préféreront certainement un despote éclairé qu'une démocratie incompetente à assurer la pérennité et les intérêts de la société dont ils entendent tirer profit⁸⁴⁷. Si la gestion de la société leur est, en fait, confisquée, au profit de l'un ou plusieurs d'entre eux par le biais d'aménagements du droit de vote consentis, il faut considérer que ce sacrifice n'est pas le fruit d'un acte désintéressé de leur part, mais qu'il résulte d'une négociation aux termes de laquelle ils ont considéré que le profit qu'ils retireront de la situation sera plus important qu'en l'absence de la mise en place de ladite préférence.

226. De même, une augmentation de capital réservée à des tiers par le biais de la suppression du droit préférentiel de souscription peut, comme il l'a déjà été envisagé, être nécessaire à la survie de la société⁸⁴⁸, et ainsi, de manière indirecte, être profitable à l'intérêt commun des associés préexistants qui, voyant la structure sauvée, peuvent escompter en tirer de nouveau un enrichissement. Il en va de même pour tous les aménagements dont l'objet serait de permettre le renflouement de la société. Toute préférence qui serait consentie par les associés au profit de certains d'entre eux est nécessairement au moins implicitement guidée et justifiée par la réalisation de l'intérêt commun.

SECTION II : L'INTÉRÊT SOCIAL, LIMITE DE LA PRÉFÉRENCE

Si la préférence est légitime lorsqu'elle vient au soutien de l'intérêt social, alors celui-ci devrait intervenir comme critérium de partage entre les aménagements licites et illicites. La préférence en adéquation avec cet intérêt est *a priori* valable – l'inégalité mise en place étant alors justifiée ; à défaut, elle devrait être sanctionnée. D'ailleurs, cette limite est théoriquement envisageable et envisagée par certains auteurs à l'égard des aménagements contractuels dans la

⁸⁴⁶ R. MORTIER, « Primes de fidélité : le revers de la médaille », *Bull. Joly Sociétés*, 1996, n°1, p. 23, §17.

⁸⁴⁷ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 95 et s.

⁸⁴⁸ V. *supra*, n°218.

société (§1). Il apparaît cependant que seule la préférence lui étant contraire, et non simplement non conforme, pourra être sanctionnée (§2).

§1. Une limite théorique envisageable

La légitimité des actes des associés et dirigeant est parfois appréciée au regard de la notion d'intérêt social, ceux-ci étant sanctionnés dès lors que leur nocivité pour la société est démontrée (A). Par conséquent, la préférence, dont l'objectif peut être de nourrir cet intérêt, doit pouvoir trouver une de ses limites dans cette notion. Partant de ce postulat, l'idée de recourir à cette notion générale pour sanctionner la préférence est d'ailleurs séduisante de par son pouvoir d'adaptabilité aux situations concrètes (B).

A. *Un intérêt prohibant les actes mettant en péril la société*

L'intérêt social est un instrument juridiquement éprouvé, les juges y recourant pour déterminer la licéité de certains actes affectant la vie de la société (1). Or, l'intérêt social pouvant être assimilé à la cause de la société, la sanction est en outre justifiée d'un point de vue du droit des obligations (2).

1. *Un instrument éprouvé par le droit des sociétés*

L'intérêt social est considéré comme l'instrument de prédilection d'intervention du juge dans la vie de la société⁸⁴⁹. Il est à ce titre directement visé dans de nombreuses décisions aux objets variés, mais dont le dessein commun consiste à écarter les comportements nocifs pour la société⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ En ce sens v. J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A-S. MESTRE-CHAMI, *Le Lamy Sociétés commerciales*, éd. 2018, n°1533 ; A. CONSTANTIN, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Études offertes à Barthélemy MERCADAL*, EFL, 2002, p. 320, §9 ou encore Ph. BISSARA, « L'intérêt social », *art.cit.*, p. 3.

⁸⁵⁰ Il ne sera ici réalisé qu'un aperçu non exhaustif de l'utilisation de la notion par les juges – pour un panorama plus complet v. par ex. I. VEZINET, « La position des juges sur l'intérêt social », *Droit et patrimoine*, av. 1997, p. 50.

227. L'intérêt social est tout d'abord appelé à intervenir pour encadrer le pouvoir des dirigeants et, cas échéant, pour engager leur responsabilité à l'égard de la société. En effet ce dernier, en tant que représentant de la société, doit toujours agir dans l'intérêt de cette dernière⁸⁵¹. S'il commet un acte contraire à cet intérêt, sa responsabilité pourra être engagée pour faute de gestion par la société⁸⁵² (action *ut universi*) ou de manière subsidiaire par les associés (action *ut singuli*)⁸⁵³ afin que le patrimoine social soit reconstitué. Il s'agira alors de démontrer, conformément au droit commun de la responsabilité, qu'il existe une faute, un préjudice et un lien de causalité entre eux⁸⁵⁴, donc que l'acte du gérant contraire à l'intérêt social a eu des effets néfastes pour la société.

228. Cet aspect de l'intérêt social appliqué aux actes du dirigeant connaît un volet fiscal – l'acte anormal de gestion⁸⁵⁵ – et pénal – l'abus de bien sociaux. L'article L. 241-3 4° du Code de Commerce⁸⁵⁶ prévoit en effet que « *le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci* » à des fins personnelles directes ou indirectes, est constitutif d'un délit. Afin de qualifier un abus de biens sociaux, le juge recherchera donc, entre autres, un usage des biens de la société contraire à l'intérêt de celle-ci. L'intérêt social œuvre alors comme critère déterminant de qualification pénale. L'administration fiscale peut elle aussi être amenée à sanctionner les actes du dirigeant en se fondant sur la notion d'intérêt social : l'acte anormal de gestion est un acte qui ne se rattache pas à l'activité normale de la société et qui n'est pas justifié par l'intérêt de celle-ci. Il a été précisément défini comme étant l'acte « *qui met une dépense ou une perte à la charge de l'entreprise, ou qui prive cette dernière d'une recette, sans que l'acte soit justifié par les intérêts de l'exploitation commerciale* »⁸⁵⁷. Si l'administration qualifie une dépense d'acte anormal de gestion – considérant que celle-ci n'a pas été occasionnée pour les besoins de la société –, la dépense – qui était jusqu'alors comptabilisée comme charge déductible – sera réintégrée dans son résultat imposable.

⁸⁵¹ V. en ce sens art. 1848 C. Civ., L. 221-4 C. Com. ou encore art. L.223-18 C. Com.

⁸⁵² En ce sens v. par exemple Cass. Com., 13 déc. 2005, n°03-20.591.

⁸⁵³ Art. 1850 C. Civ., art. L.223-22 et art. L.225-251 C. Com. : les dirigeants sont responsables envers la société de leurs infractions aux dispositions législatives, réglementaires, statutaires ainsi que pour leurs fautes de gestion.

⁸⁵⁴ Cass. Com., 27 septembre 2005, n°03-18.952, *Droit des sociétés*, 2005, comm. 221, note J. MONNET.

⁸⁵⁵ Pour une étude de la théorie de l'acte anormal de gestion v. M. COZIAN et FI. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, §1960 et s.

⁸⁵⁶ À rapprocher de l'art. L.242-6 C. Com. pour les sociétés par actions.

⁸⁵⁷ En ce sens v. Concl. POUSSIÈRE, CE, 5 janvier 1965, n°62099 cité par Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, op.cit., p. 90, §70

229. L'intérêt social joue ensuite – et surtout – un rôle important en ce qui concerne les pouvoirs des associés, notamment l'usage de leur droit de vote. Qu'il soit question d'abus de majorité, de minorité ou d'égalité, l'intérêt social est opposé aux intérêts égoïstes afin de déterminer si une sanction doit intervenir. Pour qu'un abus soit retenu, deux conditions sont alors requises : il faut d'une part, que le vote soit contraire à l'intérêt social et d'autre part, qu'il soit réalisé dans l'intérêt du ou des votants au détriment des autres. Plus spécialement, l'abus de majorité sera constitué lorsque les voix émaneront de la majorité, en contrariété avec l'intérêt de la société et au détriment des minoritaires⁸⁵⁸. S'il s'agit d'un abus de minorité, les conditions sont équivalentes : le vote du minoritaire qui dispose d'une minorité de blocage doit avoir empêché la réalisation d'une opération essentielle pour la société, donc contraire à l'intérêt social, dans son seul intérêt⁸⁵⁹. Les conditions seront les mêmes pour caractériser un abus d'égalité⁸⁶⁰.

230. L'intérêt social apparaît également comme critère de règlement des crises de la société, qu'il s'agisse de justifier la mise en œuvre d'une sanction en interne, ou l'intervention d'un tiers dans le fonctionnement de la société. En cas de dysfonctionnement de la société, les associés peuvent tout d'abord envisager la révocation du dirigeant s'ils estiment que ce dysfonctionnement lui est imputable. Or, à l'inverse de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs de sociétés anonymes qui n'est subordonnée à aucun fait justificatif, la révocation du gérant de SARL par les associés⁸⁶¹ doit se fonder sur un juste motif⁸⁶², qui peut se traduire par la démonstration d'une contrariété du comportement du dirigeant avec l'intérêt social, et ce même en l'absence de faute de ce dernier⁸⁶³. Les tribunaux peuvent également procéder à cette révocation s'il leur est justifié une « cause légitime ». Cette cause légitime, comme le juste motif, sera appréciée au regard de l'intérêt social⁸⁶⁴. Les associés peuvent également envisager l'intervention momentanée d'un tiers pour suppléer au fonctionnement des

⁸⁵⁸ Cass. Com., 18 avril 1961, *Bull. civ.*, 1961, III, n°175 ; *D.*, 1961, jurispr., p. 661.

⁸⁵⁹ CA, Paris, 26 juin 1990, *JCP E*, 1990, II, 15915, note M. GERMAIN ; *Revue des sociétés*, 1990, p. 613, note M. BOIZARD.

⁸⁶⁰ Cass. Com., 31 mars 2009, *RJDA*, 6/2009, n°548 ; *Droit des sociétés*, 2009, comm. 116, obs. D. GALLOIS-COCHET ; *Bull. Joly Sociétés*, 2009, p. 660, note P. LE CANNU ; *JCP E*, 2009, 1844, note G. ROYER ; *Revue des sociétés*, 2009, p. 601, note B. DONDERO.

⁸⁶¹ Solution transposable aux sociétés non soumises à l'article L. 225-47.

⁸⁶² Sauf à verser des dommages et intérêts au gérant qui serait révoqué sans juste motif – Art. L.223-25 C. Com.

⁸⁶³ Cass. Com., 4 mai 1993, n°91-14.693, *BRDA*, 10/1993, p. 6 ; *RJDA*, 1993, n° 1047 ; *Revue des sociétés*, 1993, p. 800, note P. DIDIER.

⁸⁶⁴ En ce sens v. J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Le Lamy Sociétés commerciales*, éd. 2018, n°3043, et Cass. Com., 8 févr. 2005, n°01-14.292, *Bull. Joly*, 2005, p. 781 ; *Droit des sociétés*, 2005, n° 139, obs. J. MONNET.

organes sociaux. Afin que le juge accède à leur demande, ils devront alors démontrer l'existence de « *circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société, et menaçant celle-ci d'un péril imminent* »⁸⁶⁵. L'appréciation du juge quant à l'opportunité de nommer un administrateur provisoire portera donc sur la compromission, ou non, de l'intérêt social. Cet intérêt est aussi le critère permettant aux juges, en cas de crise grave de la société, de prononcer l'exclusion d'un associé dans le cadre d'une demande de dissolution pour mésentente. Les juges feront alors primer l'intérêt de la société sur le droit de l'associé fautif de demeurer dans la structure⁸⁶⁶.

231. L'intérêt social intervient également de manière incidente dans le cadre du traitement des difficultés économiques que peuvent connaître les sociétés. C'est en effet la notion de pérennité de la société qui permettra de déterminer s'il convient de mettre en œuvre une technique de prévention ou de traitement des difficultés rencontrées. À ce titre, les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ont toutes deux pour objectif « *la poursuite de l'activité de l'entreprise* »⁸⁶⁷ lorsque celle-ci se trouve compromise. Cet enjeu est inhérent à la notion d'intérêt social. Ce sera alors au nom de la préservation de cet intérêt que tribunal pourra par exemple imposer un changement de dirigeant dans la structure, prononcer l'incessibilité ou la cession forcée des titres sociaux, nommer un mandataire pour exercer leur droit de vote en subordonnant l'adoption du plan de redressement à ces conditions⁸⁶⁸. C'est d'ailleurs à l'aune de l'intérêt général, rejoint par l'intérêt social au niveau de la société, que la Cour de cassation a validé ces mesures perçues comme allant à l'encontre du droit de propriété⁸⁶⁹. Et si la préservation de cet intérêt s'avère impossible, la sanction consistera en la liquidation de la

⁸⁶⁵ Cass. Com., 6 fév. 2007, n°05-19.008, D., 2007, AJ, p. 587 ; *RTD Com.*, 2007, p. 373, note Cl. CHAMPAUD et D. DANET

⁸⁶⁶ Cass. Com., 16 juin 1992, n°90-18.441, *Bull. Joly*, 1992, n°944, note P. LE CANNU ; *Droit des sociétés*, 1992, n°177, note Th. BONNEAU.

⁸⁶⁷ V. art. L.620-1 et L.631-1 C. Com.

⁸⁶⁸ Art. L.631-19-1 C. Com. : « *Lorsque le redressement de l'entreprise le requiert [soit l'intérêt social], le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise. A cette fin et dans les mêmes conditions, le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet. De même, il peut ordonner la cession de ces parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital détenu par ces mêmes personnes, le prix de cession étant fixé à dire d'expert.* ».

⁸⁶⁹ Cass. Com., 12 juillet 2005, n°03-14.045 : « *Attendu, d'autre part, que c'est sans violer les dispositions de l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni celles de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni l'article 544 du Code civil, que la cour d'appel a fait application des dispositions de l'article L. 621-59 du Code de commerce en ce qu'elle sont justifiées par l'intérêt général* », *Bull. Joly*, 2006, note B. SAINTOURENS ; *Revue des sociétés*, 2006, p. 162, note Fr.-X. LUCAS ; *Gaz. Pal.*, 2015, n°309, note D. VOINOT.

société⁸⁷⁰. Ainsi, l'intérêt social sert tant à déterminer les mesures adéquates que les sanctions envisageables dans le traitement des difficultés des entreprises⁸⁷¹.

L'intérêt social intervient donc à bien des égards pour trancher entre comportements nocifs ou pathologiques et comportements normaux⁸⁷². Cette même notion est présentée de manière plus générale comme condition de validité des clauses statutaires, donc des clauses de préférence instaurées par les statuts. L'intérêt social, appliqué aux prévisions statutaires, est ici soutenu par une notion classique du droit des obligations : la cause⁸⁷³.

2. Un instrument soutenu par le droit des obligations

« (Les) obligations doivent (...) être conformes à l'intérêt social, car sinon elles seraient dépourvues de cause. Par conséquent l'obligation statutaire doit permettre à la société de réaliser davantage de bénéfices ou d'économies, car c'est là l'objectif alternatif de ces personnes morales (C.civ. art. 1832). Au contraire, ne serait pas valable la clause qui imposerait à l'associé une obligation inutile ou qui restreindrait ses droits sans profit pour la société »⁸⁷⁴.

232. Par hypothèse, pour GUYON, qui distingue les aménagements statutaires imposant des obligations aux associés et ceux leur donnant des droits non prévus par la loi, les obligations statutaires mises à la charge des associés devraient être sanctionnées sur le terrain de la cause si elles ne permettent par la réalisation de l'intérêt social. L'auteur fait un parallèle entre intérêt social et cause de l'engagement des associés au contrat de société. Ce rapprochement, il est vrai, se vérifie aisément⁸⁷⁵. L'article 1832 du Code civil énonce que la société est instituée par les associés dans le but de profiter des bénéfices ou des économies que l'entreprise commune dégagera. Les associés s'engagent donc, les uns envers les autres, pour atteindre un but qui leur

⁸⁷⁰ Art. L.640-1 C. Com.

⁸⁷¹ Sur la place de l'intérêt social dans les procédures collectives v. notamment Cl. BAILLY-MASSON, « L'intérêt social, une notion fondamentale », *LPA*, 2000, n°224, p. 6.

⁸⁷² En ce sens v. Ph. BISSARA, « L'intérêt social », *art.cit.*, *loc.cit.*

⁸⁷³ En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, §92 et 230.

⁸⁷⁴ Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 167, §92.

⁸⁷⁵ Mais uniquement sur le plan théorique, car, comme il sera étudié ci-après, la mise en œuvre pratique de ce critère de distinction entre aménagements licites ou non n'est possible qu'à l'égard des aménagements manifestement nocif pour l'intérêt social. Cf. *infra*, n°238.

est commun⁸⁷⁶ : la réalisation de bénéfices ou d'économies. Ce but commun se réalise par la satisfaction de l'intérêt social : une société pérenne et prospère est nécessaire à la réalisation de bénéfices ou d'économies. Ainsi, cause et intérêt social sont étroitement liés.

233. Or, en vertu de l'article 1170 du Code civil, « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Cette disposition, issue de la réforme du droit des obligations opérée par le législateur par le biais de l'ordonnance du 10 février 2016, reprend en fait la jurisprudence antérieure. L'ancien article 1131 du Code civil prévoyait que les obligations dépourvues de cause ne pouvaient avoir aucun effet. À l'aune de cette disposition, une jurisprudence abondante avait été rendue à l'égard des stipulations contractuelles excessives. L'une des plus célèbres illustrations de ce mouvement jurisprudentiel se trouve dans l'arrêt *Chronopost* rendu par la Chambre commerciale le 22 octobre 1996 qui avait opéré un contrôle de proportionnalité des obligations des cocontractants, sanctionnant alors par la nullité une clause ayant pour effet de soustraire l'une des parties à son obligation essentielle. Cette jurisprudence⁸⁷⁷, avec pour effet d'attribuer une fonction régulatrice à la notion de cause en droit des contrats⁸⁷⁸, a été reprise *in extenso* par le nouvel article 1170 du Code civil⁸⁷⁹, qui trouve à s'appliquer aux aménagements statutaires des droits des associés.

En contrepartie de leurs apports, les associés entendent tirer un bénéfice ou, au moins, réaliser une économie. Cet objectif est le même pour tous les associés et est dénommé « *intérêt commun des associés* ». Celui-ci passant nécessairement par la satisfaction de l'intérêt social qui le supplante tant que la société perdure⁸⁸⁰, si un aménagement a pour effet de mettre à mal la réalisation de cet intérêt commun, il porte alors atteinte à l'obligation essentielle des associés en tant que débiteurs de la société et devrait de fait être réputé non écrit. C'est d'ailleurs une solution consacrée directement par le droit des sociétés par le biais de l'article 1844-10 du Code

⁸⁷⁶ En ce sens v. Fr. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale de l'obligation*, thèse, Paris II, 2008, p. 281, §299 et Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op.cit.*, p. 396, §347.

⁸⁷⁷ Confirmée par l'arrêt *Faurécia* rendu par la Chambre commerciale le 29 juin 2010 précisant que « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle* » : Cass.Com., 29 juin 2010, n°09-11.841, *JCP G*, 2010, 787, note D. HOUTCIEFF ; *D.*, 2010, p. 1832, note D. MAZEAUD.

⁸⁷⁸ En ce sens v. par ex. A. COURET, *Le contrôle du juge sur les clauses limitatives de responsabilité*, *Revue des sociétés*, 2011, p. 612, §22-23.

⁸⁷⁹ En ce sens v. S. PORCHY-SIMON, *Les obligations*, 9^{ème} éd., Dalloz, Hypercours, 2016, p. 139, §274.

⁸⁸⁰ Il est ainsi possible de lire que « *l'intérêt de la société est en effet leur (celui des actionnaires) intérêt commun* » et « *tant que la dissolution de la société n'est pas prononcée, associés et dirigeants doivent s'efforcer d'en assurer autant que faire se peut la prospérité continue et le bon fonctionnement en respectant le pacte social* » : Ph. BISSARA, « L'intérêt social », *art.cit.*, p. 6-7 ou encore p. 13 : « *L'être moral créé dans l'intérêt commun des associés doit persister tant qu'il n'est pas procédé à sa dissolution et cependant qu'il persiste, l'intérêt social exprime cet intérêt commun* ».

civil. Celui-ci prévoit, outre la nullité de la société qui peut être prononcée en cas de violation des articles 1832 et 1833, le caractère non écrit des clauses statutaires qui y contreviendraient ainsi que la nullité des actes et délibérations de même ordre.

234. C'est également cette logique d'interdépendance entre préférence, intérêt commun et intérêt social qui peut être appliquée à la sanction prévue par l'article 1844-1 alinéa 2 du Code civil à l'égard des clauses léonines. Pour cause, toute clause qui aurait pour effet de priver un associé de tout bénéfice ou de lui faire subir toutes les pertes, ou inversement lui attribuer tous les bénéfices ou le soustraire de tout risque de pertes est prohibée. Or, ces aménagements ont en réalité pour effet de priver l'engagement initial des associés de sa substance : l'article 1832 du Code civil couplé aux prévisions de l'article 1833 prévoit que les associés ont vocation, si ce n'est aux bénéfices, de profiter de l'économie de la société et que ceux-ci contribuent aux pertes. C'est la raison de leur engagement, l'intérêt commun qui les lie. C'est également l'objet de la société, de l'intérêt social qui incarne l'intérêt commun des associés tant que la structure sociale persiste. Parce qu'une clause léonine ne permet pas à chacun de réaliser un profit en accord avec l'intérêt social, et donc porte atteinte à l'intérêt commun⁸⁸¹, la sanction est très logiquement le caractère non écrit de celle-ci, en conformité avec les prévisions du droit des obligations.

Ainsi, le recours à la notion d'intérêt social à titre de sanction des aménagements statutaires est également justifié sur le terrain du droit des obligations : l'intérêt social peut être considéré comme étant une justification alternative des inégalités expressément prosrites par le droit. D'ailleurs, cette justification théorique de l'intérêt social intervenant à titre de sanction n'est pas le seul atout que présente cette notion dans ses relations avec celle de préférence.

B. Une sanction de la préférence théoriquement séduisante

Le recours à la notion d'intérêt social est séduisant. Cette notion floue permet au juge d'adapter la solution à rendre en déterminant exactement l'intérêt de la structure en cause, de manière concrète (1). De plus, le panel de sanctions habituellement appliquées au non-respect

⁸⁸¹ Pour la justification de la prohibition des clauses léonines par l'intérêt commun v. notamment D. SCHMIDT, « Prolégomènes », *art.cit.*, p. 469, §4 ou encore Th. FAVARIO, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Revue des sociétés*, 2008, p. 53.

de cet intérêt, paraît en adéquation avec la nécessité d'adaptabilité des conséquences liées à la préférence illicite (2).

1. *Souplesse du critère de distinction*

235. La notion, d'un point de vue théorique est floue ; preuve en est de la difficulté de trouver un consensus doctrinal quant à sa définition. Et alors même qu'une seule définition serait retenue⁸⁸², cet intérêt s'apprécie nécessairement *in concreto*, en opérant une comparaison entre les enjeux pour la société en cause et les actes réalisés. Or, toute appréciation concrète d'un critère suggère une marge de manœuvre subjective au profit de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ce qui pourrait être considéré comme un écueil théorique peut alors s'avérer un atout pratique au service du juge qui a la capacité de prendre en compte les situations concrètes auxquelles il est confronté pour déterminer l'impact des actes sur l'intérêt social⁸⁸³.

236. L'adaptabilité de la notion aux circonstances de fait peut être illustrée par la jurisprudence relative aux abus de droit de vote. Ainsi, toutes les oppositions de voter une augmentation de capital ne seront pas nécessairement constitutives d'un abus de droit de vote au regard de l'intérêt social même s'il peut sembler que l'entrée de capitaux est toujours propice au bon fonctionnement de la société⁸⁸⁴. L'appréciation de l'abus tiendra à l'évaluation de la situation financière de la société ainsi qu'aux motivations des parties hostiles à la mesure. À cet égard, il a été jugé que ne constituait pas un abus de majorité le fait de voter en faveur d'une augmentation de capital pour laquelle la prime d'émission demandée était très importante « *si la situation de la société exigeait l'apport de capitaux propres* »⁸⁸⁵ mais que ne constituait pas non plus un abus de minorité le fait de s'opposer à une augmentation de capital dès lors « *que les résultats de la société étaient bons et que celle-ci était prospère* »⁸⁸⁶.

⁸⁸² À savoir que l'intérêt social doit être considéré comme celui qui exprime l'intérêt commun des associés qui est d'assurer la prospérité, la continuité et la pérennité de la société afin d'en retirer une économie ou un bénéfice.

⁸⁸³ En ce sens v. à propos de la jurisprudence relative aux conventions de vote pour lesquelles le respect de l'intérêt social est une condition de validité : Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, p. 420, §289 : « *Ce critère a l'avantage de la souplesse. Il laisse aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation, ce qui n'est pas négligeable dans une matière où le meilleur côtoie le pire* ».

⁸⁸⁴ Et, par voie de conséquence, justifiée par l'intérêt social.

⁸⁸⁵ Cass. Com., 22 mai 2001, n°98-19.086, *D.*, 2002, p. 476 ; *Bull. Joly*, 2001, p. 1003, note H. LE NABASQUE.

⁸⁸⁶ Cass. Com., 9 mars 1993, n°91-14. 685, *Bull. civ.*, IV, n°101 ; *D.* 1993, p. 363, note Y. GUYON ; *Bull. Joly*, 1993, p. 537, note P. LE CANNU.

La malléabilité du critère de l'intérêt social est aussi illustrée par les arrêts relatifs aux concours financiers entre sociétés d'un même groupe. Si la société isolée ne doit pas voir son intérêt mis à mal, l'appréciation de son intérêt propre ne sera plus le même dès lors que l'opération est envisagée pour une société issue d'un groupe. Ainsi, dans l'affaire *Rozenblum* de 1985⁸⁸⁷, le dirigeant de plusieurs sociétés aux activités très distinctes décide de consentir des concours financiers importants au profit de sociétés dans lesquelles il était intéressé. Les sociétés ayant réalisé ces avances financières soulèvent l'abus de biens sociaux. L'élément matériel de l'infraction était potentiellement constitué puisque l'abus de bien social est caractérisé notamment par l'usage des biens de la société contraire à l'intérêt social. Mais l'existence du groupe peut alors constituer un fait justificatif à l'atteinte portée à l'intérêt de la société prise isolément, faisant alors apparaître un intérêt de groupe en lieu et place de l'intérêt social : « *Pour échapper aux prévisions des articles 425 (°4) et 437 (°3) de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté, par les dirigeants de fait ou de droit d'une société, à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge* ».

Le caractère malléable de l'intérêt social en fonction de l'espèce est également soulevé par GUYON lorsqu'est en question la validité d'une clause statutaire. Faisant suite à l'énonciation de la règle en vertu de laquelle ces clauses, fautes d'être conformes à l'intérêt social, seraient dépourvues de cause, il précise que « *tel serait le cas, sauf circonstance très exceptionnelle, de la clause de célibat* »⁸⁸⁸, cette clause imposée n'étant pas valable à l'égard d'un « *associé qui ne fait pas d'apport en industrie, car on ne voit pas en quoi les obligations qui naissent du mariage seraient contraires à l'intérêt de la société* »⁸⁸⁹. Il existerait donc des circonstances, « *très exceptionnelles* », où une telle clause serait justifiée – et donc valable, au regard de l'intérêt social. De telles circonstances s'avèrent difficiles à imaginer. Néanmoins, il semble possible de rapprocher cette question de celle qui a pu se poser en droit du travail à

⁸⁸⁷ Cass.Crim., 4 février 1985, n°84-91581, *Bull. crim.*, n°54 ; *Revue des sociétés*, 1985, p. 688 ; *JCP*, 1986, I, n°20585, note W. JEANDIDIER. Dans le même sens v. Cass. crim., 20 mars 2007, *Revue des sociétés*, 2007, p. 590, note B. BOULOC ou encore Cass. crim., 27 novembre 2013, n°12-84.804, *Revue des sociétés*, 2014, p. 186, note B. BOULOC.

⁸⁸⁸ Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 167, §92.

⁸⁸⁹ Y. GUYON, *op.cit.*, p. 349, §230.

l'égard de la jurisprudence relative aux clauses contractuelles portant atteinte à la liberté nuptiale⁸⁹⁰. Ainsi, la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière précise « *qu'il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels ou les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement* »⁸⁹¹. De la même manière, il semble pouvoir être affirmé que les statuts ne peuvent restreindre la liberté matrimoniale des associés que dans des cas très exceptionnels. Le contentieux social révèle à ce titre un exemple de fait justificatif de l'atteinte à la liberté : a été jugé comme conforme aux intérêts de l'entreprise la clause interdisant le mariage avec une personne employée dans une entreprise concurrente⁸⁹² ainsi que la mutation de poste d'une employée dont le mari, ancien salarié démissionnaire, travaillait désormais dans une entreprise concurrente⁸⁹³. Aussi, au même titre que l'intérêt de l'entreprise justifie l'immixtion de l'employeur dans la vie privée de ses employés, si en principe une clause de célibat ne peut être considérée comme valable car non justifiée par l'intérêt social, une clause interdisant à un associé apporteur en industrie de se marier avec une personne exerçant une activité pour la concurrence pourrait être justifiée par l'intérêt social⁸⁹⁴.

Dans la mise en œuvre du critère de l'intérêt social, tout est affaire de circonstances et de justifications. Partant, la possibilité de sanctionner la préférence par le recours à l'intérêt social est séduisante, puisque de cette manière chaque aménagement sera concrètement examiné au regard des objectifs spécifiques poursuivis par la société. L'intérêt social ne se réduit pas à un standard applicable indistinctement à toutes les sociétés, il doit être apprécié *in concreto* et constitue de fait un critère malléable au service du juge. La souplesse du critère de distinction semble en accord avec la liberté nécessaire aux associés pour mener à bien leur projet social. Celle-ci peut être couplée avec un autre aspect du recours à la notion d'intérêt social : la diversité des sanctions qui sont attachées à sa violation.

⁸⁹⁰ Sur les atteintes à la liberté nuptiale par le contrat de travail v. notamment W. DROSS, *Clausier*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2016, p. 529.

⁸⁹¹ Ass.Plén., 19 mai 1978, n°76-41.211, *JCP*, 1978, II, 19009, note R. LINDON.

⁸⁹² CA, Paris, 4 juin 1987, cité par W. DROSS, *op.cit.*, p. 530.

⁸⁹³ Cass. Soc., 4 avril 1979, n°78-40.554, cité par W. DROSS, *op.cit.*, *loc.cit.*

⁸⁹⁴ Il ne semble pas en effet qu'en dehors du cas de l'apport de savoir-faire une clause de célibat puisse se justifier.

2. Souplesse des sanctions

Alors que les juges ont une marge de manœuvre quant à la détermination de ce que constitue concrètement l'intérêt social à l'égard d'une situation rencontrée par la société, il s'avère également qu'ils disposent d'un panel de sanctions diverses lorsqu'il s'agit de statuer sur sa violation.

237. La jurisprudence relative aux abus du droit de vote fait apparaître la mise en œuvre de sanctions variées en raison des dissemblances de situation. Les abus de droit de vote ne peuvent être sanctionnés de manière uniforme puisque le fait de s'abstenir de voter afin de bloquer une décision n'est pas assimilable au fait d'imposer une décision au détriment de la société et des autres associés. Si le vote abusif peut être sanctionné par la nullité de la décision, une telle solution serait absurde en l'absence de prise de décision. De fait, abus de majorité et abus de minorité ne peuvent pas toujours recevoir la même sanction⁸⁹⁵ : le premier donne généralement lieu au prononcé de la nullité de la décision en cause⁸⁹⁶ ainsi qu'à l'octroi d'éventuels dommages et intérêts en engageant la responsabilité des majoritaires⁸⁹⁷, alors que le second, s'il peut donner lieu à la même sanction financière à charge des minoritaires⁸⁹⁸ fera intervenir, pour palier l'impossibilité de prendre une décision, un administrateur *ad hoc* pour voter en lieu et place de la minorité récalcitrante⁸⁹⁹.

De la même manière, les sanctions de l'atteinte à l'intérêt social par le dirigeant varient en fonction de ses actes ainsi que de la situation de la société. Il pourra s'agir d'une condamnation à verser des dommages et intérêts à la société en cas de faute de gestion⁹⁰⁰. La sanction pourra également consister en une révocation sans aucune indemnité si son

⁸⁹⁵ À noter qu'il existe des cas où l'abus de majorité est constitué par une abstention abusive : en ce sens v. par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1998, n°96-16.247, *D.*, 2000, p. 63, note B. DONDERO; *Droit des sociétés*, 1998, n°121, note Th. BONNEAU; *Defrénois*, 1998, p. 1293, obs. H. HOVASSE; *Revue des sociétés*, 1998, p. 778, note J-Fr. BARBIÈRI; dans ce cas, la sanction adéquate sera la même que celle présentée pour l'abus de minorité qui consiste à bloquer la prise de décision.

⁸⁹⁶ Cass. Com., 18 avril 1961.

⁸⁹⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1998, n°96-16.247, *D.*, 2000, p. 63, note B. DONDERO; *Droit des sociétés*, 1998, n°121, note Th. BONNEAU; *Defrénois*, 1998, p. 1293, obs. H. HOVASSE; *Revue des sociétés*, 1998, p. 778, note J-Fr. BARBIÈRI : il faudra alors démontrer au-delà de l'abus et conformément au droit commun de la responsabilité le lien de causalité entre celui-ci et le préjudice subi – en ce sens CA, Versailles, 20 juin 2006, n°05-02.777.

⁸⁹⁸ Cass. Com., 4 février 2014, n°12-29.348, *D.*, 2014, p. 421 ; *D.*, 2014, p. 2434, obs. J-C. HALLOUIN, E. LAMAZEROLLES et A. RABREAU ; *Revue des sociétés*, 2014, p. 426, note B. SAINTOURENS.

⁸⁹⁹ Cass. Com., 9 mars 1993, n°91-14.685, *D.*, 1993, p. 363, note Y. GUYON ; *Revue des sociétés*, 1993, p. 403, note Ph. MERLE ; *RTD com.*, 1994, p. 617, étude D. TRICOT ; *Bull. Joly*, 1993, p. 537, chron. P. LE CANNU.

⁹⁰⁰ Art. 1843-5 C. Civ.

comportement est de nature à compromettre l'intérêt social⁹⁰¹, en la nomination d'un administrateur provisoire pour suppléer la carence des organes de gestion mettant en péril les intérêts sociaux⁹⁰², de son obligation de céder ses titres ou de les conserver ou l'exercice de son droit de vote s'il est jugé que le redressement de l'entreprise en difficulté le requiert⁹⁰³ etc.

Ainsi, en fonction des cas d'atteintes à l'intérêt social, la sanction potentiellement adéquate varie⁹⁰⁴. Cette diversité des sanctions issues du droit positif laisse ainsi présager de la possibilité d'une sanction pleinement efficace de la préférence qui serait contraire à l'intérêt social : nullité de la clause l'instaurant, indemnité au profit de la société qui subit un préjudice du fait de cette préférence, voire au profit des associés qui subissent un préjudice personnel, intervention d'un tiers etc.

§2. Intérêt social et sanction du seul abus de préférence

L'intérêt social permet, tel qu'il est mis en œuvre par le juge dans les cas évoqués précédemment, de distinguer les comportements illicites de ceux qui doivent être considérés comme normaux. En revanche, il ne permet pas d'apprécier l'efficacité relative des actes en cause, leur opportunité⁹⁰⁵. Ainsi⁹⁰⁶, ne pourra être sanctionnée par le recours à la notion d'intérêt social que la préférence qui lui est contraire, et non celle qui ne lui est simplement pas favorable (A). La preuve de cette contrariété n'est pas aisée, ni même l'application d'une sanction adaptée (B).

⁹⁰¹ Ex : Cass. Com., 31 janvier 2012, n°10-26.329, *Revue des sociétés*, 2012, p. 373, note J-Fr. BARBIÉRI; CA, Paris, 4 avril 1997, 15^{ème} Ch. Sect. B ; Cass. Com., 4 mai 1999, n°96-19.503, *Bull. Civ.*, IV, n°94.

⁹⁰² Cass. Com., 24 mai 1994, n°92-21.699, *Bull. Joly*, 1994, p. 789 ; *Droit des sociétés*, 1995, p. 3, obs. Th. BONNEAU.

⁹⁰³ Art. L.631-19-1 C. Com.

⁹⁰⁴ Sur la remise en cause de l'efficacité des sanctions des abus du droit de vote v. L. GODON, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, p. 109 et s., spéc. §175 et s.

⁹⁰⁵ En ce sens v. Ph. BISSARA, « L'intérêt social », *art.cit.*, p. 7.

⁹⁰⁶ Et à l'instar de ce qui est pratiqué ou préconisé à l'égard des autres domaines d'intervention de la notion d'intérêt social : par exemple, pour qu'un abus du droit de vote soit reconnu, il faut que la décision soit contraire à l'intérêt social. À ce titre, GUYON préconise à l'égard des conventions de vote : « on se demande si pour être valable il suffit que la convention de vote ne soit pas contraire à l'intérêt social ou s'il faut qu'elle produise des conséquences favorables au regard de celui-ci. [...] Il serait souhaitable que la jurisprudence s'assouplisse et admette la validité des conventions de vote dès lors que celles-ci ne sont pas contraires à l'intérêt de la société », Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 420-421, §289 ; pour une illustration jurisprudentielle du recours au critère d'utilité et non de contrariété v. L. GODON, *Les obligations des associés*, *op.cit.*, p. 203, §309 : il est alors question de conformité à l'intérêt social et non d'absence de contrariété, « d'utilité économique indiscutable » de la convention en cause (en ce sens v. T. Com., Paris, 4 mars 1981).

A. Nécessité de subordonner la sanction à la preuve d'une contrariété à l'intérêt social

La préférence mise en place relève généralement d'une stratégie économique ou politique : face à un but recherché, plusieurs options peuvent s'offrir aux associés⁹⁰⁷ qui devront alors opérer un choix⁹⁰⁸. L'intérêt social, en tant que critère juridique, ne permet pas de déterminer *a priori* l'efficacité intrinsèque des aménagements : il ne peut qu'intervenir pour sanctionner la préférence manifestement et directement nocive pour la société (2), et se révèle nécessairement inefficace pour sanctionner les stratégies infructueuses qui n'auraient, *in fine*, aucune contrepartie pour la société (1).

1. Absence de sanction par l'intérêt social pour la préférence simplement inutile

Lorsqu'une notion intervient comme critère de validité d'un acte deux solutions sont envisageables. Soit le critère en cause doit être satisfait, auquel cas il s'agira de vérifier si l'acte, en plus de ne pas lui porter atteinte, permet de réaliser le critère. Soit il ne doit pas être affecté par l'acte, auquel cas il suffira de vérifier l'absence de contrariété de cet acte à l'égard de la notion. Ainsi, si le critère est celui de l'intérêt social, la mise en œuvre de celui-ci peut correspondre à deux axiomes différents : soit il faut considérer que pour être valables les actes envisagés doivent être non contraires et utiles à l'intérêt social ; soit les actes, pour être conformes, ne doivent simplement pas être contraires à cet intérêt.

Utilité et absence de contrariété n'impliquent pas le même degré d'exigence : l'utilité requiert de pouvoir déterminer, outre l'absence de contrariété, les effets bénéfiques de l'acte faisant l'objet de l'examen de licéité.

238. À ce titre, la jurisprudence relative à la licéité des conventions de vote donne une parfaite illustration de la mise en œuvre du critère d'utilité : ces conventions pour être valables ne

⁹⁰⁷ V. *supra*, n°95.

⁹⁰⁸ Il en est ainsi pour la plupart des actes réalisés par la société : en ce sens v. Ph. BISSARA, *art.cit.*, p. 8 : « un choix est possible entre conclure ou non un contrat à telles ou telles conditions en essayant de viser dans la négociation le point le plus favorable sans la faire échouer...(...) Les choix déterminants sont effectués non pour des raisons juridiques, mais pour des raisons économiques, techniques, commerciales et financières dans des contextes évolutifs et qui sont appréciés sous l'emprise d'une « culture managériale » elle-même évolutive ».

doivent pas se contenter de ne pas porter atteinte à l'intérêt social, elles doivent lui être favorables⁹⁰⁹. En ce sens, une convention de vote a pu être validée en raison de « *l'utilité économique indiscutable* »⁹¹⁰ qu'elle présentait pour la société. De même, l'organisation d'une restructuration au sein d'un groupe de société par le biais de conventions de vote a été validée dans la célèbre affaire *Rivoire et Carret-Lustucru*, ces conventions permettant d'« *assurer dans les meilleures conditions la gestion du groupe* »⁹¹¹. Il est alors bien fait référence à l'utilité et non à l'absence de contrariété de ces conventions pour l'intérêt social. Si ces décisions ont pour effet de faire regretter à certains auteurs que la validité de celles-ci ne soit pas cantonnée à l'absence de contradiction avec l'intérêt social⁹¹², le fait de subordonner la validité de la préférence à son utilité pour l'intérêt social est clairement inadapté.

239. Si la préférence inutile ou inopportune, inefficace, qui ne donnerait pas le résultat escompté pouvait être sanctionnée par sa confrontation à l'intérêt social, alors la préférence tactique et non nécessaire ne serait pas envisageable, puisque dans le cadre de celle-ci, l'objet est de tenter d'améliorer potentiellement la situation de la société. Le même reproche peut être porté en cas de tentative de sauvetage de la société par la mise en place d'une préférence si celle-ci échoue. En effet, aucune certitude de retombée fructueuse de la stratégie mise en œuvre sur l'intérêt social n'est possible. Ainsi rien n'est moins certain que l'efficacité réelle de la stabilité de l'actionnariat sur le bon fonctionnement de la structure. Bien que cette stabilité, qui pourra être acquise par l'octroi d'un droit spécifique suite au respect d'une clause de stage, puisse potentiellement avoir pour effet d'accroître la pérennité de la structure, les aléas de la vie sociale seront au contraire susceptibles de démontrer que l'existence d'un noyau stable d'associés a eu l'effet inverse. Il pourra par exemple en résulter des conflits paralysant le fonctionnement des organes sociaux. De même, si la séduction de nouveaux investisseurs par l'octroi de prérogatives différenciées des associés ordinaires pourra avoir pour effet de

⁹⁰⁹ En ce sens v. M. JEANTIN, « Les conventions de vote », *RJ Com.*, 1990, p. 124 ; L. GODON, *Les obligations des associés*, *op.cit.*, p. 203, §309 ; Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Sociétés commerciales*, *op.cit.*, p. 397, §369 : « il convient donc de se reporter à la jurisprudence qui, pour distinguer entre les "bonnes" et les "mauvaises" conventions, tient compte d'une part de la gravité de l'atteinte portée à la liberté de vote, et d'autre part de l'intérêt que la clause peut présenter pour le fonctionnement de la société » ; J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI, D. VELARDOCCIO, *Le Lamy Sociétés Commerciales*, *op.cit.*, §837.

⁹¹⁰ T. Com., Paris, 4 mars 1981, *RJ Com.*, 1982, p. 7, obs. DE FONTBRESSIN.

⁹¹¹ Cass. Com., 24 février 1987, n°86-14951, *Bull. Joly Sociétés*, 1987, p. 213 ; *D.*, 1987, p. 599, note A. HONORAT : arrêt de rejet suite à la confirmation de la décision sur renvoi de la CA de Paris en date du 18 juin 1986, Ch. 1, Sect. A, n°000716, ayant elle-même confirmé la décision Cass. Com., 2 juillet 1985.

⁹¹² En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 421, §289 ; M. JEANTIN, *art.cit.*, *loc.cit.* ; B. MERCADAL, « Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires », *RJDA*, 1992, p. 727, spéc. §6 et §8 : pour cet auteur, le recours à la théorie de l'abus de droit de vote et donc à l'atteinte à l'intérêt social devrait suffire à déterminer la validité d'une convention de vote.

recapitaliser une société en difficulté, rien ne peut assurer que l'entrée de ces fonds permettra le sauvetage définitif de la société. Si tel était le cas, la notion de liquidation judiciaire pourrait être rayée du paysage juridique en imposant aux associés de concéder une préférence significative à leurs créanciers ou potentiels investisseurs pour sauver à coups surs la société. Cette démonstration est possible à l'égard de la préférence, quel que soit son objet. La poursuite de l'intérêt social justifie sa mise en place, mais son renforcement ou son sauvetage ne peut être garanti par la préférence. De fait, il faut nécessairement abandonner l'idée de conditionner la validité de celle-ci à la recherche d'une utilité certaine pour l'intérêt social.

Ce constat rejoint celui opéré par les auteurs à l'égard de l'utilisation de l'intérêt social par les juridictions de manière générale : cette notion ne peut qu'avoir pour effet de mettre en reliefs les comportements manifestement nocifs mais elle ne peut être d'aucun secours pour présager de l'efficacité réelle des actes dans la société⁹¹³. Cette limite intrinsèque de la notion atteint son paroxysme à l'égard de la préférence : il s'agit d'aménagements concédés par les associés, ils ne le font que dans l'espoir et non dans la certitude d'une retombée sur leurs intérêts individuels par la réalisation de l'intérêt de la société. Ainsi, sauf cas exceptionnels, la préférence relèvera généralement d'un compromis fait en considération d'un espoir, de la recherche d'une amélioration de leurs situations individuelles ou, de l'absence d'incidence négative sur celle-ci. Ils sont nécessairement présumés avoir pris en considération l'intérêt social en vue d'une potentielle retombée fructueuse ou l'absence d'effet néfaste sur celui-ci, mais en aucun cas ils ne peuvent être assurés de l'effet réel de la préférence sur cet intérêt.

240. Cette spécificité vient d'ailleurs asseoir l'observation réalisée précédemment quant à l'impossibilité de conditionner la licéité de la préférence à la recherche d'une contrepartie⁹¹⁴ : si celle-ci est une potentialité de la préférence, elle ne peut être certaine, et par conséquent, elle ne peut constituer un critérium de validité des aménagements en cause. Pour reprendre l'exemple des actions de préférence, ni les textes ni la jurisprudence ne subordonnent la validité de leur émission à une contrepartie pour les actionnaires ou la société. Elles peuvent tout à fait être dépourvues de bénéfices réels pour l'intérêt social ou les intérêts propres des actionnaires. Le défaut d'exigence d'une contrepartie à l'égard de l'émission des actions de préférence est

⁹¹³ En ce sens v. Ph. BISSARA, « L'intérêt social », *art.cit.*, p. 7 et s. : « C'est que l'instrument parfait que certains regrettent serait celui qui permettrait de distinguer parmi plusieurs actes possibles et dont aucun n'est contraire à l'intérêt social, celui qui le satisferait le mieux, celui qui permettrait de faire le choix de la meilleure stratégie ou de la meilleure décision de gestion, du meilleur investissement, de l'opportunité la plus fructueuse... Un tel instrument n'existe pas et le concept d'intérêt social ne saurait y prétendre ».

⁹¹⁴ V. *supra*, n°81 et s.

parfaitement illustré par la jurisprudence commerciale : un actionnaire ne peut se prévaloir de la survenance de conséquences négatives à l'égard de l'émission d'actions de préférence dont la dévalorisation croissante était prévue par un pacte pour invoquer un vice du consentement. Ainsi, il est loisible à un actionnaire d'accepter l'attribution de titres dont il sait par avance le dénuement de contrepartie personnelle ainsi que l'inutilité pour la société⁹¹⁵. Si le risque d'absence de retour sur investissement est toujours accepté⁹¹⁶, il est même possible que le défaut de contrepartie soit certain dès l'origine. Il n'est donc pas concevable de conditionner leur validité à l'existence d'une contrepartie, réelle ou supposée : leur émission est permise en tout état de cause, sauf à prouver qu'elles sont manifestement et directement nocives pour la société, auquel cas leur licéité pourra – *a priori*⁹¹⁷ – être remise en question sur le terrain de la cause⁹¹⁸ ou plus simplement sur celui de l'intérêt social.

⁹¹⁵ En ce sens v. T. Com., Paris, 7^{ème} ch., 1^{ère} sect., 15 avril 2015, n°JurisData 2015-031957 ; analyse JurisData : « *Le dol suppose, outre des mensonges et manœuvres, la dissimulation d'éléments dont la connaissance aurait fait obstacle au consentement du signataire surpris. En l'espèce, l'actionnaire d'une société sollicite l'annulation du pacte d'associés au motif que son consentement aurait été surpris par le dol. Or, il résulte des commentaires du demandeur que ce dernier avait parfaitement su déceler les points faibles de l'accord passé tout comme ses éventuelles conséquences. Le demandeur a critiqué le projet de pacte d'associés par un courrier adressé au défendeur, visant en particulier le mécanisme des actions de préférence ainsi que leur dévalorisation croissante en fonction de l'éloignement de la date d'obtention de la certification. Il indique avoir signé les accords pour sauver l'entreprise, son financement et sa pérennité sociale au détriment de ses propres intérêts d'actionnaire. Le demandeur a également, dès la signature du pacte, remis sa démission de ses fonctions au sein de la société, expliquant que cette décision, mûrement réfléchie, était liée à l'absence de perspectives personnelles. Le demandeur avait donc parfaitement mesuré la portée du pacte d'associés qu'il a signé et n'établit pas la preuve que son consentement aurait été surpris par le dol* » ; il est d'ailleurs fait mention dans l'arrêt de documents précédents l'opération faisant état de « *la complexité et l'inutilité du montage financier en cause* » ; décision confirmée en appel : CA, Paris, Pôle 5, Ch. 11, 8 sept. 2017, n°15 :11138 : « *ainsi que l'a retenu le jugement entrepris dont la Cour adopte la motivation, Monsieur S.-B. a été, aux termes des échanges tant sur la lettre d'intention du 13 avril 2011 que sur le projet de pacte d'associés, en mesure de déceler les points faibles du projet d'accord avec Gemventures1 Nv et iXcore et, comme il l'a reconnu dans son courrier du 6 décembre 2011 adressé à Newcard, a, en dépit de ces éléments, délibérément accepté le pacte ('J'ai donc signé ces accords, le 13 mai 2011, pour sauver l'entreprise, dans l'espoir que ce partenariat avec l'industriel leader mondial du secteur pourrait être bénéfique pour TV Card, son financement et sa pérennité sociale, au détriment de mes propres intérêts personnels d'actionnaire' - pièce S.-B. n°42) (...) Que le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a débouté Monsieur S.-B. de sa demande de ce chef* ».

⁹¹⁶ En ce sens v. CA, Bourges, Civ., 31 mars 2016, n°JurisData 2016-015770 : « *Une prévision de résultat ou de rentabilité, même chiffrée pour se présenter sous un aspect le plus attirant possible, n'est pas assimilable pas un engagement contractuel. Par conséquent, la souscription des actions de préférence litigieuses contenait nécessairement l'acceptation consciente de la prise de risque de tout investisseur de souscription capitalistique de non-retour sur investissement, voire de la perte du capital investi. Par conséquent, la créance au titre des revenus escomptés doit être rejetée* ».

⁹¹⁷ L'absence de jurisprudence sur cette question (cf. P. LE CANNU, « Peu d'appétence pour les actions de préférence », *art.cit.*, et recherche Légifrance réalisée en dernière date le 11.09.2018 avec pour mot clef « action de préférence » : 6 résultats et 49 en JurisData) ne permet pas d'affirmer ceci de manière définitive – néanmoins il semble peu probable que l'émission de tels titres soit considérée comme licite en dépit d'une atteinte prouvée à l'intérêt de la société

⁹¹⁸ V. *supra*, n°232.

2. Admission du critérium de partage pour la préférence manifestement nocive

Les effets de la préférence ne peuvent être assurés, il est donc exclu de sanctionner son inefficacité au regard de l'intérêt social. En revanche, il paraît inconcevable de ne pas mettre en œuvre une sanction si la préférence porte atteinte à cet intérêt de manière directe et certaine. Lorsqu'une préférence porte atteinte à la pérennité, la stabilité et la prospérité de la société, il est évident que celle-ci pourra être sanctionnée sur le terrain de l'intérêt social.

241. C'est d'ailleurs l'une des explications fondamentales de la prohibition des clauses léonines qui, si elle n'avait pas été directement prévue par l'article 1844-1 du Code civil, se serait imposée « *car elle est inconciliable avec le dessein que se proposent les parties en contractant* »⁹¹⁹. En effet, la vocation du contrat de société telle que prévue par l'article 1832 du Code civil est le partage du résultat, qu'il s'agisse d'un profit, d'une économie ou d'une perte. Par l'instauration d'une clause contraire, les associés portent atteinte à l'esprit même de la société, donc à l'intérêt social. C'est d'ailleurs sur ce terrain que la Chambre des requêtes⁹²⁰ condamne une clause par laquelle un associé se trouvait affranchi, de manière détournée, de toute contribution aux pertes⁹²¹. Pour la Cour, une telle stipulation est « *nulle comme contraire à l'essence de la société* »⁹²². Par elle « *le contrat de société se trouvât lésé dans son essence et l'article 1855 annihilé dans son but* »⁹²³. La cause de l'engagement des associés, à savoir réaliser des économies, des profits ou participer aux pertes conformément à l'article 1832 du Code civil, se réalise par l'existence d'une société pérenne et prospère et donc par l'intérêt social. L'intérêt social condamne donc nécessairement l'existence des clauses léonines qui ont

⁹¹⁹ M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, op.cit.*, p. 41, §1545 : « *elle aurait dû être condamnée s'il n'y avait pas eu une interdiction légale, car elle est inconciliable avec le dessein que se proposent les parties en contractant* ».

⁹²⁰ Cass. Req., 14 juin 1882, reproduit dans *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, Dalloz, 1884, T. 1, p. 222-223.

⁹²¹ *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, Dalloz, 1884, T. 1, p. 223 : « *attendu que cette stipulation affranchit purement et simplement de toute contribution aux pertes les sommes mises dans le fonds de la société par le sieur Schmitt, non seulement pour le capital, mais encore pour les intérêts ; que si les dividendes touchés sont acquis à Schmitt, celui-ci s'est ainsi réservé leur perception dans le cas où l'entreprise prospérerait, mais ne s'est soumis à aucune chance sociale ; d'où il suit que ladite stipulation est nulle aux termes de l'art. 1855 C. Civ.* ».

⁹²² *Op.cit.*, p. 222.

⁹²³ *Op.cit.*, p. 222.

pour effet de dénaturer le contrat de société⁹²⁴. La vocation aux résultats de la société est une condition de bonne gestion de la société, de satisfaction de l'intérêt social⁹²⁵. Si chacun des associés ou certain d'entre eux ne sont pas associés à ce but, l'intérêt social se voit ébranlé. La prohibition des clauses léonines consiste donc à considérer comme non-écrites des clauses portant atteinte à l'intérêt social. La préférence qui aurait pour objet d'attribuer la totalité du profit, d'exonérer des pertes ou inversement, un ou plusieurs associés, voire même la totalité d'entre eux doit être sanctionnée, car contraire à l'intérêt social.

242. Pareillement, la prohibition des clauses d'intérêt fixe, directement prévue par l'article L. 232-15 du Code de commerce, correspond à la sanction d'une atteinte à l'intérêt social. Ces clauses, dont l'objet est de garantir aux associés concernés une rémunération d'un montant déterminé – quel que soit le bénéfice réalisé par la société – portent atteinte, sauf pour le cas spécifique des sociétés à capital variable, à la fixité de ce dernier. Pour cause, en l'absence de bénéfice distribuable, l'intérêt promis devra être prélevé sur les capitaux propres⁹²⁶. Or, l'intérêt social commande à ce que ce capital soit préservé et l'exercice déficitaire évité. De fait, la prohibition de telles clauses est justifiée, car elles ont pour effet de porter atteinte à l'intérêt social. Le même raisonnement doit être retenu à l'égard de la prohibition des dividendes fictifs prévue par l'article L. 232-12 du Code de commerce. La distribution d'un dividende en l'absence de dividende distribuable porte nécessairement atteinte à l'intérêt social : il s'agira alors de prélever des sommes sur les réserves légales ou statutaires ou sur le capital social. Partant, la préférence qui aurait pour effet de porter atteinte à la stabilité financière de la société en assurant aux associés le versement d'un revenu en l'absence de bénéfices effectivement réalisés doit être sanctionnée car en contrariété avec l'intérêt social.

⁹²⁴ En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, p. 203, §122 : « *Les prérogatives pécuniaires (des associés) ne peuvent pas non plus être supprimées par les statuts. En effet si la suppression était générale elle entraînerait une dénaturation de la société, car on ne peut à la fois constituer une personne morale en vue de partager des bénéfices ou de profiter d'une économie et stipuler dans les statuts que la prétendue société ne poursuivra aucun de ces deux objectifs. Si les suppressions s'appliquaient à certains associés seulement, elles constitueraient une clause léonine* ».

⁹²⁵ En ce sens v. M. PLANIOL, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, T. 1, Dalloz, 1890, p. 404 : « *chaque associé doit être exposé à perdre afin que tous soient intéressés à la bonne gestion de la société* » citant Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, T. 2, 4^{ème} éd., 1908, p. 43, n°40 : « *Le législateur de 1804 a sans doute regardé avec raison comme plus conforme à l'essence de la société que chaque associé fût exposé à perdre. Cela est, en outre, plus favorable à une sage administration quand l'associé, qu'on souhaite soustraire à toute perte, est gérant de la société; il serait dangereux qu'un associé pût risquer les mises de ses coassociés sans risquer la sienne* » ; cité par Fr.-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI, J. Cl. Sociétés, Fasc. 15-30, *Théorie des bénéfices et des pertes – Clauses léonines*, 2013, §7.

⁹²⁶ En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, p. 360, §238.

243. À l'aune de ces deux exemples pour lesquels la sanction est directement prévue par le législateur, il semble que l'intérêt social puisse bien servir de critérium de partage à l'égard des aménagements qui lui seraient contraires. C'est une justification alternative de ces sanctions. Néanmoins, il convient de bien prendre garde à opérer une distinction claire entre la sanction qui découle d'une contrariété à cet intérêt et celle qui consiste à ne pas valider un aménagement en raison de son absence d'utilité pour l'intérêt social alors que celle-ci pouvait constituer un fait justificatif. On peut reprendre l'exemple cité précédemment quant à la possibilité avancée de sanctionner une clause de célibat par le recours à la notion d'intérêt social⁹²⁷ : il s'agissait de considérer qu'une telle clause, sauf cas exceptionnel, devrait être considérée comme nulle car non conforme à l'intérêt social et donc dépourvue de cause⁹²⁸. Or, si effectivement, par un raisonnement *a contrario*, une telle clause pourra être validée si elle est utile à l'intérêt social, ce qui constitue le fait justificatif à l'atteinte à la liberté matrimoniale en jeu⁹²⁹ ; il ne semble pas que l'intérêt social puisse directement pâtir d'une telle stipulation. La clause de célibat peut servir, dans des cas extrêmement restreints, la pérennité, la continuité et la prospérité de la société. En revanche, il semble peu admissible qu'elle soit objectivement contraire à l'intérêt de la société⁹³⁰. Autrement dit, alors qu'une clause de célibat peut être justifiée par l'intérêt social, elle ne pourra pas être sanctionnée par celui-ci car elle ne peut objectivement lui être contraire. Lorsqu'une telle clause sera considérée comme nulle, la sanction découlera de l'altération injustifiée de la liberté fondamentale et non l'atteinte à l'intérêt social, puisque la clause ne sera pas nocive mais simplement inutile pour la préservation de cet intérêt. La sanction ne découle pas de l'atteinte à l'intérêt social, mais bien de l'absence de possibilité de la justifier par son utilité pour l'intérêt social. Si l'intérêt social intervient comme fait justificatif, il s'agira alors non de prouver que la clause n'est pas contraire à l'intérêt social, mais qu'elle lui est réellement utile. La cause d'une clause de célibat doit être recherchée dans son fait justificatif qui n'est pas l'absence de contrariété, mais l'utilité à l'intérêt social.

Au-delà de cette remarque, il convient de noter que pour ce qui est de la préférence pour laquelle les limites extrêmes ne seraient pas directement et clairement édictées par les textes, le recours à l'intérêt social suppose de pouvoir déterminer la nocivité des aménagements en

⁹²⁷ V. *supra*, n°236.

⁹²⁸ En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, p. 167, §92.

⁹²⁹ Qui est une liberté fondamentale.

⁹³⁰ On voit en effet difficilement en quoi la pérennité, la continuité et la prospérité d'une structure pourraient être affectées par le célibat imposé des membres qui la composent.

cause. Or, cette preuve paraît si ce n'est impossible à apporter, tout le moins extrêmement délicate, et ce toujours en raison de la nature de la préférence.

B. Preuve de la contrariété de la préférence à l'intérêt social et nécessaire adaptabilité des sanctions

*Actori incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor*⁹³¹ : adage latin résumant le régime de la preuve des obligations, cette sentence rappelle que le demandeur doit démontrer ce qu'il prétend. Cette nécessité, évoquée par l'article 1853 du Code civil à l'égard du régime des obligations, est inscrite à l'article 9 du Code de procédure civile : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Ainsi, la personne qui remettrait en cause la préférence sur le terrain de l'intérêt social devrait rapporter la preuve de la contrariété invoquée. Or, si la sanction de la préférence par le biais de l'intérêt social paraît séduisante en ce que ce critère, même s'il ne permet pas d'écarter la préférence simplement inutile et donc de fournir une ligne de gestion fructueuse à l'attention des sociétés, permet de sanctionner les atteintes qui lui seraient portées, cela nécessite néanmoins de déterminer la nocivité des aménagements en cause et de pouvoir prouver leurs effets contraires à l'intérêt social (1). Cette preuve rapportée, la contrariété doit être sanctionnée de manière adéquate (2).

1. Difficulté de la preuve tenant à la nature de la préférence

La nature de la préférence, notamment en ce qu'elle a vocation à produire ses effets dans le temps, rend la mise en œuvre de ce critère délicate en pratique, la preuve d'une contrariété n'étant, *a priori*, pas évidente (a), et ce d'autant moins lorsque celle-ci s'inscrit dans le cadre d'un groupe de société (b).

⁹³¹ « *La preuve incombe au demandeur; le défendeur devient demandeur en opposant une exception* ».

a. *Caractère général de la difficulté de la preuve*

244. Le préjudice directement porté à l'intérêt social dans le cadre des clauses léonines ou intercalaires est évident. Sa preuve est aisément rapportée puisque dès l'origine celles-ci vont, dans leur principe, à l'encontre de la réalisation de cet intérêt⁹³². Il en est autrement pour la préférence dont les effets néfastes pour l'intérêt social se révéleraient postérieurement⁹³³. Pour cause, dans cette situation, il n'existe pas d'illicéité primitive. Néanmoins, au même titre que l'utilité réelle et définitive d'un aménagement ne peut être déterminée au moment de sa mise en place mais peut se révéler nulle⁹³⁴, il est possible qu'au-delà de son inutilité la préférence ait, à plus ou moins long terme, des effets néfastes sur l'intérêt social. Ce risque est inhérent au caractère aléatoire des effets de la préférence dans le temps⁹³⁵ : une même stratégie mise en œuvre dans deux sociétés différentes n'aura pas les mêmes effets, et ceux-ci ne dépendent pas de données connues au moment de l'insertion de la clause mais de l'évolution de l'environnement social. Il convient cependant, pour la personne qui entend soulever cette contrariété, de rapporter la preuve d'une atteinte à l'intérêt social – donc un préjudice, et un lien de causalité entre la préférence mise en place et ce préjudice.

245. La première difficulté qui sera à ce titre rencontrée par le demandeur sera donc de prouver que l'intérêt social est véritablement atteint au moment où la contrariété est invoquée. L'intérêt social est classiquement considéré comme mis à mal sous deux conditions : il faut d'une part que soit constaté un appauvrissement de la société – puisque cet intérêt réside dans la nécessité de préserver une structure pérenne, prospère et qui s'inscrit dans la durée et donc suppose que la structure se trouve au moins dans une situation d'économie si ce n'est bénéficiaire. D'autre part, il faut que cet appauvrissement soit dénué de toute contrepartie⁹³⁶ – autrement dit que celui-ci ne soit pas contrebalancé par un fait justificatif ou concomitant à la réalisation d'un bénéfice plus important que la perte de substance de l'actif social constatée. En d'autres termes, sera contraire à l'intérêt social l'acte qui, non justifié ou compensé, aura pour effet de remettre en cause la survie de la société. C'est en tout cas ce qu'il ressort de la

⁹³² Ce qui justifie leur prohibition expresse.

⁹³³ Que ce soit à court ou à long terme.

⁹³⁴ V. *supra*, n°238 et s.

⁹³⁵ Ce caractère aléatoire de la préférence doit nécessairement être pris en compte dans les sanctions qui seront attachées à la contrariété à l'intérêt social : cf. *infra*, n°247.

⁹³⁶ En ce sens v. L. GODON, *Les obligations des associés, op.cit.*, p. 96, §147 relativement à l'abus de majorité : « la jurisprudence considère comme portant atteinte avec certitude à l'intérêt social les actes qui entraînent une perte de substance de l'actif social, sans contrepartie, en clair, un appauvrissement de la société ».

jurisprudence relative aux abus de droit de vote⁹³⁷ ou de l'abus de biens sociaux⁹³⁸. L'atteinte ne sera retenue que si elle est actuelle et objective. Il ne peut en être autrement.

Le second écueil qui sera rencontré par le demandeur tient au fait de prouver un lien de causalité entre la préférence dénoncée et l'atteinte constatée. Dans le cadre d'un abus du droit de vote ou de biens sociaux, c'est une décision spécifique qui est remise en cause. Dans ces cas le lien de causalité est manifeste : cause et effets sont étroitement liés. En revanche dans le cadre de la préférence, ce lien peut s'avérer moins évident. En effet, la préférence statutaire a vocation à produire des effets dans le temps. Ainsi, d'un point de vue temporel, conséquences et mise en place de la préférence ne seront pas nécessairement proches. De plus, il est possible que plusieurs instruments de préférence statutaires coexistent. De fait, l'atteinte portée à l'intérêt social peut résulter de la combinaison de plusieurs préférences, sans qu'il soit possible de déterminer la préférence « pathologique ». Il faudra néanmoins, pour dénoncer une préférence, apporter la preuve que, sans sa mise en place, l'intérêt social aurait été préservé. Partant, sauf à remettre en cause tous les aménagements statutaires, la preuve du lien de causalité semble particulièrement difficile à rapporter.

C'est toute la problématique sous tendue par la confrontation entre l'intérêt social et la préférence. D'un côté, le premier suppose une inscription de la structure dans la durée, donc une évaluation de sa situation dans le temps. De l'autre, l'objet de la préférence est déterminé, mais ses effets sur la structure seront aléatoires. Partant, la preuve d'une atteinte est extrêmement délicate. Il faut d'une part prouver que l'intérêt social est atteint – ce qui suppose de le définir *in concreto* et de caractériser un préjudice actuel, et d'autre part que cette atteinte est la conséquence directe de la préférence dont les effets étaient incertains au moment de sa mise en place. Cette problématique est le propre de toute société, et si elle se retrouve également à l'égard du groupe, la difficulté de la preuve de l'atteinte y est encore plus manifeste.

⁹³⁷ V. par ex. Cass. Com., 18 avril 1961, *JCP G*, 1961, II, 12164, note D. BASTIAN ; Cass. Com., 24 mai 2016, n°14-28.121, *Droit des sociétés*, 2016, comm. 160, obs. R. MORTIER.

⁹³⁸ Ainsi, le Tribunal de Correctionnel de Paris a très clairement indiqué dans la célèbre affaire Willot que l'abus de bien sociaux, pour être constitué, nécessitait de rechercher « *si (les) sacrifices ne font pas courir à la société concernée des risques importants, sans contrepartie suffisante, ou hors de proportion avec ses possibilités réelles* » : T. Corr., Paris, 16 mai 1974, *Gaz. Pal.*, 1974, 2, p. 886 ; *D.*, 1975, p. 37 ; *Revue des sociétés*, 1975, p. 665. La même nécessité de vérifier l'absence de contrepartie se trouve illustrée par Cass. crim., 2 décembre 1991, n°90-87.563, *Droit pénal*, 1992, comm. 101 : « *l'opération, dans son ensemble, n'était pas dénuée d'intérêt pour la société VOGALU et qu'il existait pour elle une contrepartie économique et commerciale ; qu'elle ajoute que si cette société a connu, du fait de la location-gérance, des difficultés et des pertes, il n'est pas établi que les conventions critiquées aient été élaborées de mauvaise foi dans le but de favoriser la société SEB* ».

b. Difficulté accentuée dans le cadre de la préférence de groupe

246. Alors que la preuve de la contrariété de la préférence à l'égard de l'intérêt social semble déjà délicate à rapporter, une telle manœuvre se trouve complexifiée dans le cadre d'une préférence ayant vocation à s'exercer dans un groupe de sociétés. En effet, en dehors de la difficulté relative au lien de causalité précédemment évoquée, dans cette situation, ce n'est pas la seule atteinte à l'intérêt social de la structure d'exercice qu'il faudra rapporter, mais également le fait que cette atteinte n'est pas justifiée par l'intérêt supérieur du groupe. Cette condition supplémentaire est la conséquence de la jurisprudence rendue notamment en matière d'abus de biens sociaux. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, l'acte ayant pour effet de porter atteinte à la santé financière d'une société et donc à son intérêt social peut être légitimé au regard d'une politique économique générale, soit l'intérêt du groupe. Ce fait justificatif a été précisé dans le cadre de l'affaire *Rozenblum* en 1985⁹³⁹ dont la lecture permet d'affirmer qu'il n'est pas possible d'invoquer un abus de biens sociaux dans un groupe de sociétés lorsque le concours financier apporté par une société, à son détriment, a réalisé cet acte au profit d'une société appartenant au même groupe, dans l'intérêt économique commun, sans que cela obère de manière définitive sa situation financière sans contrepartie⁹⁴⁰. De la même manière, une préférence qui atteindrait de manière limitée l'intérêt social de la structure d'exercice, mais qui ne serait pas totalement dénuée de contrepartie et permettrait de réaliser l'intérêt économique du groupe ne devrait pas pouvoir être sanctionnée.

Ainsi, puisque l'intérêt du groupe peut constituer le fait justificatif d'une atteinte à l'intérêt social d'une des structures du groupe, il est nécessaire pour la personne qui se prévaut d'une préférence contraire à cet intérêt, de s'assurer que l'intérêt supérieur du groupe n'est pas servi par ladite préférence. De fait, il s'agira, en sus des conditions citées précédemment pour dénoncer une préférence néfaste, de déterminer l'intérêt du groupe, pour s'assurer qu'il ne constitue pas un fait justificatif pour cet aménagement. Or, si l'intérêt social est déjà une notion

⁹³⁹ Cass. crim., 4 février 1985, n°84-91.581, affaire *Rozenblum*, *Bull. crim.*, 1985, n°54 ; *JCP G*, 1986, I, 20585, note W. JEANDIDIER ; *D.*, 1985, p. 478, note D. OHL ; *Revue des sociétés*, 1985, p. 688, note B. BOULOC ou encore Cass. crim., 20 mars 2007, n°05-85.253 ; *Droit des sociétés*, 2007, comm. 141 ; *Bull. crim.*, 2007, n°86 ; *Revue des sociétés*, 2007, p. 590, note B. BOULOC. V. sur la question notamment C. FREYRIA, « De l'abus des biens et du crédit en groupe de sociétés », *JCP E*, 1993, I, n°247 ; M.-E. BOURSIER, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité », *Revue des sociétés*, 2005, p. 273.

⁹⁴⁰ Pour un rappel de ces conditions v. notamment R. SALOMON, « Abus de biens sociaux - L'intérêt de groupe, *probatio diabolica* pesant sur le dirigeant social », *Droit des sociétés*, 2013, n°4, com. 74.

qu'il est difficile de définir *in concreto*, la tâche n'est que complexifiée à l'égard du groupe : cet intérêt correspond-t-il à la somme des intérêts de toutes les sociétés qui composent le groupe ? Faut-il se référer à l'intérêt de la société mère ? Quelles sont les sociétés du groupe dont l'intérêt doit être pris en compte pour déterminer celui du groupe ?⁹⁴¹

De plus, l'atteinte ne pourra être reconnue qu'en cas d'excès pesant exclusivement sur la société qui s'en prévaut, ce qui suppose, aux termes de la jurisprudence, qu'il soit rapporté la preuve que deux limites cumulatives soient dépassées. En premier lieu, la société ne doit pas bénéficier d'une contrepartie pour son sacrifice ou, alternativement, ce sacrifice ne doit pas être supporté par les autres sociétés du groupe. En second lieu, cette atteinte doit avoir des conséquences néfastes irrémédiables sur l'intérêt de la société⁹⁴². À défaut, l'atteinte sera justifiée par l'intérêt du groupe. Par suite, la preuve d'une atteinte à l'intérêt social par une préférence dans un groupe de société suppose la réunion de nombreux éléments de sorte que celle-ci, si elle n'est pas impossible, est en tout cas très peu aisée.

Il est néanmoins possible qu'en dépit de ces obstacles liés à la difficulté de prouver l'atteinte portée par la préférence à l'intérêt social une telle violation soit retenue. Il convient alors de s'interroger sur la possibilité d'appliquer une sanction adéquate pour mettre fin et éventuellement réparer ce préjudice.

2. Recherche de sanctions adéquates

247. À supposer que la preuve d'un préjudice subi par l'intérêt social soit rapporté ainsi que celle d'un lien de causalité entre la préférence et ce trouble, et à défaut de justification par l'intérêt du groupe cas échéant, il convient que le droit y réponde par l'application d'une sanction adaptée et efficace – sauf à faire de cette condition de licéité de la préférence un simple

⁹⁴¹ En ce sens v. par ex. L. GODON, *Les obligations des associés*, *op.cit.*, p. 97, §148 ; Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 420, §289 ; G. SOUSI, « Intérêt du groupe et intérêt social », *JCP*, 1975, 11816.

⁹⁴² Pour une explication détaillée de ces conditions retenues par la jurisprudence dans le cadre de l'abus de biens sociaux v. par ex. W. JEANDIDIER, *Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*, J.Cl. Lois pénales spéciales – Sociétés, Fasc. 85, §64 : « Pour échapper à la qualification pénale, elle ne doit pas dépasser une double limite. La première prend la forme d'une alternative. Ou bien la société bénéficie d'une contrepartie, qui ne doit pas être symbolique et qui ne semble pas devoir être nécessairement simultanée pourvu qu'elle ne soit pas différée à l'excès. Ou bien l'équilibre entre les engagements des sociétés concernées n'est pas rompu : cela signifie que la société mise à contribution ne doit pas être la seule. Quant à la seconde limite elle impose que la société ne soit pas sacrifiée excessivement d'un point de vue cette fois strictement interne. Si sa situation financière est obérée de manière irrémédiable, l'intérêt du groupe ne saurait aliéner celui de la filiale ».

tigre de papier. Une sanction sera adaptée lorsqu'elle aura pour effet de restaurer l'intérêt ainsi atteint. Or, les sanctions classiquement attachées à une contrariété à l'intérêt social sont de trois ordres : nullité de l'acte, dommages et intérêt et intervention d'un tiers⁹⁴³, sachant que celles-ci se cumulent parfois. Cependant, toutes ne sont pas nécessairement adaptées à l'égard de la préférence contraire à l'intérêt social.

Tout d'abord, concernant la nullité de la préférence, il convient de remarquer que cette sanction doit être non seulement parfois circonscrite d'un point de vue de ses effets dans le temps, mais elle doit encore être écartée dans certains cas spécifiques. En effet, si la préférence, dont la nocivité est relevée, consiste à l'attribution d'un droit de vote renforcé au profit de certains associés, il est possible que l'exercice de ce droit ait donné lieu à des décisions. Il serait alors extrêmement délicat de considérer que la nullité qui viendrait affecter la clause emporte des effets depuis son insertion, puisque cela supposerait d'annuler également toutes les décisions prises dans le laps de temps pendant lequel cette préférence était appliquée. Il en va de même dans le cas où la préférence contestée aurait pour objet l'attribution d'un dividende majoré. Considérer que la nullité affectait la clause depuis son insertion obligerait d'une part à réintégrer les sommes versées à ce titre depuis l'origine et de revoir les comptes annuels de la société depuis cette date. Dans les cas où la nullité rétroactive aurait des conséquences dommageables pour la société, il convient de restreindre la sanction à une application pour le futur⁹⁴⁴.

En outre, si la nullité semble de prime abord la sanction la plus à même à rétablir l'intérêt social, il s'avère que dans certains cas sa mise en œuvre semble malaisée. C'est ainsi que si l'instrument de mise en place de la préférence est une action de préférence, la nullité de cette dernière pose un certain nombre de questions. Doit-on annuler purement et simplement les titres et procéder à une réduction de capital alors même que l'augmentation de capital, au cours de laquelle les actions ont été émises, était une condition de survie pour la société ? Ou bien convient-il de considérer que la nullité n'affecte que le caractère préférentiel du titre et ainsi convertir en actions ordinaires des actions de préférence ? Et donc potentiellement accorder des droits aux titulaires de ces titres qu'ils ne s'étaient pas vus accordés ? Il en sera ainsi dans le cadre d'une action de préférence sans droit de vote : la conversion aura pour effet d'accorder

⁹⁴³ Pour un rappel des sanctions classiques de l'abus du droit de vote v. notamment L. GODON, *Les obligations des associés, op.cit.*, p. 110 et s., §172-174 ; Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Sociétés commerciales, op.cit.*, p. 746 et s. et plus particulièrement §664 et 665, ou encore P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 111 et s., notamment §159 et 162.

⁹⁴⁴ V. *infra*, n°280 et s.

un droit de vote à un investisseur, alors même que l'émission des titres dépourvus de ce droit était une stratégie afin de préserver l'intérêt social de l'intervention de tiers dans la gestion de la structure. Dans ces cas spécifiques, où la nullité aura – au même titre que la préférence remise en cause – pour effet de contredire l'intérêt social, il paraît évident que cette sanction doit être écartée au profit d'une autre.

Néanmoins, et c'est la sanction de la violation de l'intérêt social qui vient ensuite à l'esprit, l'octroi de dommages et intérêt n'est pas non plus toujours des plus adapté pour sanctionner la préférence. Premièrement, si en tout état de cause les sommes seront allouées à la société puisque c'est l'intérêt social qui est atteint et non directement les intérêts propres des associés, une telle sanction suppose de déterminer la personne qui en est redevable. Or, la préférence étant le fruit d'une décision collective, cette sanction pourrait être appliquée à tous les associés présents lors de sa mise en place ou peser sur le dirigeant à qui il serait alors reproché une faute de gestion. Secondement, la préférence a un caractère aléatoire : l'objet est connu au moment de sa mise en place mais ses effets dépendent de l'environnement social et de son évolution et donc sont simplement escomptés sans pouvoir être assurés⁹⁴⁵. Cette spécificité doit nécessairement être prise en compte dans la possibilité de condamner quiconque au versement d'une indemnité au profit de la société. En effet, sauf à apporter la preuve du caractère délibérément nocif de l'aménagement lors de sa mise en place, il ne semble pas que la sanction par des dommages et intérêts soit adaptée. Si l'aléa est certain, la contrariété à l'intérêt social n'est pas délibérée puisque l'espoir d'une retombée positive existait. Il serait donc inopportun de sanctionner la préférence sur le terrain de l'intérêt social par des dommages et intérêts⁹⁴⁶. Seule la nullité de la clause est alors envisageable. En revanche, si le risque de retombées nocives était certain et donc l'aléa inexistant, alors l'atteinte à l'intérêt social doit être retenue tant pour annuler la clause que sanctionner ses auteurs au versement de dommages et intérêts. C'est le caractère délibérément nocif à la société qui permet d'appliquer une sanction

⁹⁴⁵ Il convient de rapprocher ce point de vue de la définition du contrat aléatoire (article 1108 al. 2 C. Civ.).

⁹⁴⁶ Ce point de vue a été retenu à l'égard de l'abus de biens sociaux : en ce sens v. W. JEANDIDIER, *Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*, §32 : « Pour analyser correctement l'acte accompli par le dirigeant social, les tribunaux doivent le replacer dans son contexte industriel et commercial et l'examiner tant au regard du préjudice qu'il risquait de faire supporter à la société que des avantages que celle-ci pouvait en attendre (T. corr. Seine, 14 nov. 1958 : JCP G 1959, II, 11240, note P. Bouzat ; D. 1959, jurispr. p. 568, note P. Bonassies). Il importe de se placer au jour de l'opération incriminée pour rechercher si, à cette date, on pouvait prévoir et craindre un résultat préjudiciable aux intérêts de la société. Il arrive en effet parfois que des événements ultérieurs et imprévisibles déjouent les pronostics des chefs d'entreprise et rendent désastreuse une opération considérée comme rentable à la suite d'études minutieuses. Il ne faut donc pas se contenter des seuls résultats mais tenter d'appréhender les perspectives objectives d'avenir et l'idée que s'en faisait le mandataire social (T. corr. Seine, 11 mai 1955 : JCP G 1955, II, 8973, note D. Bastian ; D. 1956, jurispr. p. 274, note Autesserre) ».

pécuniaire: si des effets néfastes se produisent contrairement aux prévisions faites au moment de la mise en œuvre de la préférence, l'intérêt social ne peut pas intervenir pour condamner celle-ci autrement que par la nullité de l'aménagement, sauf à considérer que seules des stratégies dépourvues de tous risques peuvent être adoptées par les sociétés ce qui aurait un effet inhibiteur de toute initiative. Il est nécessaire de bien distinguer l'atteinte délibérée de la simple erreur de stratégie⁹⁴⁷. Et même si l'atteinte délibérée est retenue, restera le problème de la détermination du préjudice à compenser financièrement et donc l'impact pécuniaire de la clause. Enfin il convient de noter qu'en aucun cas l'intervention d'un tiers comme sanction supplémentaire de la nocivité d'une préférence ne semble adaptée. Par conséquent, si la preuve d'une contrariété de la préférence avec l'intérêt social est relevée, seules les deux premières sanctions envisagées pourront être mises en œuvre.

⁹⁴⁷ Sur le fait qu'aucun instrument juridique, et donc l'intérêt social, ne peut avoir pour objet de prémunir tous les risques v. Ph. BISSARA, « L'intérêt social », *art.cit.*, p. 14 : « *les dirigeants peuvent commettre des erreurs, par exemple sous-évaluer un risque ou surestimer les chances d'une initiative et l'on voit mal quel critère juridique pourrait les garder de commettre de telles erreurs ; du moins le critère de l'intérêt social peut-il les aider à éviter de s'égarer en servant un intérêt particulier quelconque distinct de celui de la société, et qui serait, lui, sauf rarissime exception, certainement contraire à l'intérêt commun des actionnaires* ».

Conclusion du Chapitre Deuxième

La préférence en tant que produit de l'expression de la volonté de la collectivité des associés se trouve justifiée d'un point de vue théorique par la notion d'intérêt social. C'est parce que cet intérêt se substitue temporairement, pour la durée de la vie de la société, aux intérêts individuels des associés qui escomptent par sa réalisation tirer un profit personnel renforcé que la préférence consentie se justifie nécessairement par une recherche de cet intérêt supérieur de la personne morale. La préférence peut permettre d'assurer la pérennité, la continuité et la prospérité de la société, vecteurs propices à l'accroissement des intérêts individuels. Seulement stratégique dans la société *in bonis*, la préférence peut encore être requise dans la société dont la continuité se trouve menacée. Toutefois, cette nécessité ne doit pas amener à considérer que la préférence est juridiquement contraignante : le fait qu'elle puisse avoir pour effet d'assurer la survie de la société, tout comme se révéler infructueuse, n'oblige pas pour autant les associés à procéder à sa mise en place pour tenter de restaurer l'intérêt social. En aucun cas il ne pourra être reproché aux associés de ne pas avoir mis en place une préférence pour sauver la structure sociale. La préférence reste un choix à disposition des associés.

En outre, quoiqu'elle soit en principe justifiée par l'intérêt social, ce même intérêt pourra constituer une limite à la préférence. Les conditions de mise en œuvre de cette limite doivent cependant être bien déterminées. Tout d'abord, seule la préférence manifestement nocive peut se voir mise en cause sur le terrain de l'intérêt social, étant donné que la présence d'une contrepartie ne constitue pas une condition de licéité de la préférence statutaire. Ensuite, pour que l'intérêt social puisse être mise en œuvre il sera nécessaire d'apporter la preuve de la contrariété, et donc de définir *in concreto* cet intérêt pour la société et d'établir un lien de causalité entre la préférence et le préjudice avancé. En outre, cette contrariété ne devra pas se voir justifiée par l'intérêt du groupe si la société se trouve dans une telle situation. De plus, il sera nécessaire de répondre à cette contrariété par l'application d'une sanction adaptée, qui ne pourra être la nullité de l'aménagement statutaire que si celle-ci n'est pas elle-même facteur d'atteinte à l'intérêt social et si son application dans le temps ne remet pas en cause tous les actes pris par la société depuis la mise en place de la préférence. Enfin, sur le terrain des sanctions toujours, les dommages et intérêts au profit de la société ne semblent pouvoir être acceptables qu'en cas d'absence d'aléa ou du risque trop important connu au moment de la mise en place de la préférence. À défaut, cela ferait peser une telle responsabilité sur les dirigeants que le risque serait une annihilation des initiatives stratégiques, ce qui est inadéquat dans le cadre d'une société à but si ce n'est rentable, au moins économique.

Conclusion du Titre Deuxième

Dans la mesure où la liberté contractuelle trouve à s'appliquer à l'égard des statuts de la société, dans la limite bien entendu des règles d'ordre public et de celles qui sont impératives en raison de la forme sociale considérée, la préférence trouve à être mise en place par les associés tant par des instruments nommés qu'innommés. Eu égard à cette constatation, il faut admettre qu'il est impossible de dresser une liste exhaustive des aménagements possibles pour la préférence. D'ailleurs, une telle démarche serait contreproductive. Elle reviendrait à restreindre la portée de ces instruments en laissant présumer aux rédacteurs des statuts qu'au-delà des illustrations apportées à cette liberté, d'autres aménagements ne seraient pas envisageables. Si certains aménagements sont connus en raison de la publication des statuts de certaines sociétés ou de leur révélation au cours de litiges, la plupart restent l'apanage des actionnaires et des plumes à l'origine de la convention qui les lie. Établir un inventaire des possibilités serait inopportun. La préférence doit ainsi être considérée comme inhérente à la matière contractuelle dont fait partie le contrat de société. Elle ne doit pas être enfermée dans un carcan déterminé par les théoriciens, afin que la pratique puisse exploiter toutes les possibilités offertes par la liberté. En outre, justifiée d'un point de vue théorique par l'intérêt social, elle est pleinement légitime et ne doit pas faire l'objet d'une dissuasion par la mise en place de sanctions en cas de stratégie de gestion qui se révéleraient inopérantes. Elle semble au contraire devoir être encouragée. Ainsi, même si l'intérêt social justifie la préférence, ce même intérêt ne devra être appelé à sanctionner la préférence qu'au cas où celle-ci serait manifestement néfaste pour la survie, la pérennité et la continuité de la société et, si la nullité d'une clause contraire à cet intérêt paraît dans la plupart des situations une sanction adéquate, en revanche une sanction pécuniaire ne devrait être prononcée que lorsque le risque réalisé pour la société ne pouvait être ignoré par les auteurs de la préférence.

Conclusion de la Première Partie

La désacralisation de la notion d'égalité en droit des sociétés, permet d'affirmer de manière formelle que la rédaction des statuts ne doit pas être guidée par l'idée d'une nécessaire équivalence de traitement entre les associés. À l'égard de certaines prérogatives et relativement à certaines formes sociales, l'égalité sera, il est vrai, amenée à jouer un rôle dans les relations entre associés. Mais ce rôle ne doit pas être pris en considération comme un principe guidant le

contenu des clauses statutaires. Effectivement, à défaut d'accord entre les associés, l'égalité est amenée à intervenir à titre supplétif. Il n'en demeure pas moins que la rédaction des statuts passe nécessairement par une négociation entre les différentes parties à qui il reviendra d'opérer des choix en vue de satisfaire au mieux leurs intérêts individuels, ce qui, passant par la réalisation de l'intérêt social, pourra commander certains sacrifices et donc la mise en œuvre de la préférence.

Tandis que la notion de préférence pouvait apparaître comme paradoxale dans une « *organisation sociale (...) fondamentalement éprise d'égalité et de rationalité* » et dans laquelle « *le droit qui la régit ne devait laisser de prime abord qu'une place marginale aux préférences des hommes dans leurs relations contractuelles* »⁹⁴⁸, elle apparaît finalement comme intrinsèquement liée à la vie des affaires qu'elle permet de servir. Son utilité potentielle pour l'intérêt social est incontestable et ne doit donc pas pâtir d'une application dogmatique de l'égalité qui, au contraire, pourrait conduire à une mauvaise conduite des affaires et donc à l'affaiblissement de l'intérêt social au profit d'une égalité au service d'une sorte de démocratie entre associés qui n'en tireraient pas un parti avantageux. Néanmoins, si le plébiscite de la préférence semble ici réalisé, il convient toutefois de cerner les contours de cette liberté. L'impossibilité de dresser une liste exhaustive des aménagements envisageables rend nécessaire la définition de la préférence par ce qu'elle ne peut pas être.

⁹⁴⁸ J-P. DÉSIDÉRI, *La préférence dans les relations contractuelles*, op.cit., p. 487, §703.

DEUXIÈME PARTIE

LES PERSPECTIVES DE LA PRÉFÉRENCE EN DROIT DES SOCIÉTÉ

La préférence est immanente en droit des sociétés : le fait de pouvoir instaurer des régimes différenciés entre les associés ou les titres qu'ils détiennent est rendu possible par la liberté contractuelle et justifié par l'intérêt de la société et celui des associés, et donc par la notion d'intérêt social. Cependant, la préférence ne peut pas être définie positivement par l'énumération de toutes ses manifestations compte tenu de la définition même de la liberté, qui ne se caractérise que négativement par ce qu'il n'est pas permis de faire. Ainsi, de la même manière que la liberté contractuelle en général peut voir ses contours déterminés par ce qui est interdit, il est possible de déterminer ce que ne permet pas la liberté de préférer. La préférence n'est pas ce qui est proscrit par l'ordre public, que celui-ci soit formel ou non, et elle n'est pas davantage ce qui ne respecte pas les procédures mises en place pour vérifier qu'elle est bien comprise et acceptée par les associés qui la concèdent.

Une fois ce cadre déterminé (**Titre Premier**), il est permis de dresser un tour d'horizon des potentialités pratiques qu'elle procure à l'égard des principaux droits attachés à la qualité d'associé ou aux titres qu'ils détiennent et des clauses qui pourraient être envisagées dans les statuts de leurs sociétés pour mettre en place une préférence dans leurs relations (**Titre Deuxième**).

Titre Premier : La détermination du cadre de la préférence

Titre Deuxième : La mise en œuvre de la préférence

TITRE PREMIER

LA DÉTERMINATION DU CADRE DE LA PRÉFÉRENCE

La liberté ne peut être définie positivement, elle se déploie dans les limites qui lui sont affectées. Ce principe est clairement mis en valeur par la formulation retenue par l'article 1102 du Code civil, en vertu duquel « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». Définir le cadre normatif de la préférence suppose de déterminer non seulement les limites à la liberté, mais également la sanction attachée à leur atteinte. La portée de chacune de ces composantes devra en outre être recherchée. En d'autres termes, après avoir identifié une limite à la liberté, on doit se demander si celle-ci est générale ou si elle ne s'applique qu'à des situations particulières et dans quelle mesure l'atteinte est sanctionnée. Le caractère dissuasif de la norme ne peut s'évaluer qu'à l'aune de l'efficacité de la sanction qui lui est attachée.

Toutes ces questions doivent être examinées pour connaître le cadre contraignant de la préférence en droit des sociétés et délimiter négativement celle-ci. Il est donc à propos de s'attarder non seulement sur la question de l'encadrement substantiel de la préférence (**Chapitre Premier**) mais sur celle de son encadrement procédural (**Chapitre Deuxième**).

Chapitre Premier : Le cadre substantiel de la préférence

Chapitre Deuxième : Le cadre processuel de la préférence

CHAPITRE PREMIER

LE CADRE SUBSTANTIEL DE LA PRÉFÉRENCE

248. La première limite à prendre en compte lors de la mise en œuvre d'une préférence se traduit par l'existence de normes impératives encadrant substantiellement la liberté de préférer. Ces normes, qui peuvent être qualifiées d'ordre public⁹⁴⁹, sont parfois directement définies en tant que telles par le législateur. Il ne fait alors aucun doute quant à leur incidence sur la liberté de préférer. Mais elles ne sont pas toujours expressément identifiées. Elles émanent également de principes généraux imprécis qui ont pour effet d'attribuer un caractère impératif à des normes qui, de prime abord, ne présentent pas cette spécificité. Cette double origine de l'impérativité des normes a pour conséquence une sensation d'« hypertrophie des règles d'ordre public »⁹⁵⁰ décriée par certains auteurs. Néanmoins, les règles d'ordre public, appliquées au droit des sociétés, voient leur impact relativisé. Notamment, la sanction généralement attachée au non-respect de cet ordre public est la nullité, or celle-ci est largement encadrée en droit des sociétés. Ainsi, « l'ordre public sociétair est assez souvent un tigre de papier qui n'effraye que les naïfs »⁹⁵¹. Afin de déterminer les conséquences de l'existence de limites substantielles à la liberté de préférer, notamment en ce qui concerne leur sanction réelle, il convient dans un premier temps de déterminer les limites issues du droit commun qui, en principe, ont vocation à s'appliquer à tous les statuts indépendamment de la forme sociale qu'ils gouvernent (**Section I**) pour ensuite étudier celles qui sont directement issues du droit des sociétés (**Section II**).

Section I : Les limites de droit commun

Section II : Les limites tirées du droit des sociétés

⁹⁴⁹ Ordre public et normes impératives sont parfois jugés comme des notions distinctes. Pour un rappel de cette problématique v. N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, Thèse, Lyon III, 2007, p. 2, §3 et s. La définition retenue par Monsieur BORGA ne procède pas à une telle distinction, car les normes impératives ne seraient « qu'une émanation de l'ordre public » (p. 10, §5). C'est cette approche de l'ordre public qui sera retenue pour la suite de l'étude : l'ordre public est « un instrument de préservation des valeurs jugées essentielles au sein de l'ordre juridique à une époque donnée » (p. 10, §5).

⁹⁵⁰ Y. GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés*, op.cit., p. 26, §10.

⁹⁵¹ *Ibidem*.

SECTION I : LES LIMITES DE DROIT COMMUN

La société, en tant que contrat, est nécessairement soumise aux règles impératives applicables à toute relation contractuelle. Les limites générales à la liberté tirées du droit commun des contrats doivent donc, même si elles ne sont pas directement reprises par le droit des sociétés, trouver à s'appliquer à la préférence (§1). De plus, il ne saurait être admis que les statuts d'une société contreviennent aux droits et libertés fondamentales garantis à tous, notamment à la prohibition des discriminations avec laquelle la préférence semble naturellement en contradiction (§2).

§1. Limites tirées du droit des contrats

Dans les relations entre la société et les associés et les associés entre eux, il existe bien un lien contractuel matérialisé par les statuts, lesquels formalisent un accord de volonté entre les différentes parties⁹⁵². Par le biais de ces derniers, la société devient créancière et débitrice à terme envers les associés. Les associés, à la fois créanciers et débiteurs de la société, s'engagent entre eux à respecter le pacte social. La préférence, trouvant sa source dans des prévisions statutaires, est donc soumise aux règles communes régissant les relations contractuelles. Afin de mener à bien l'étude de ces limites issues du droit commun des contrats, il sera dans un premier temps fait état des conditions de formation et du contenu du contrat auxquelles la préférence devra, *a priori*, se soumettre (A) en vue d'examiner, par la suite, la portée de ces conditions appliquées au contrat de société, et donc le caractère contraignant ou non de celles-ci à l'égard de la mise en place de la préférence (B).

A. La mise en place de la préférence à l'épreuve du droit des contrats

Afin qu'une convention puisse produire des effets, elle doit être légalement formée⁹⁵³ et ne doit pas déroger dans son contenu à certaines exigences normatives⁹⁵⁴. Partant, au même

⁹⁵² En effet, il convient de mettre à l'écart la question de la qualification d'institution ou de contrat pour la société, car même à l'égard des règles de fonctionnement qui sont imposées aux associés dans certaines formes sociales, les associés ont tout de même décidé de s'y soumettre – sauf cas spécifique de fusion-absorption et de scission où il est possible d'admettre une forme d'entrée forcée en société.

⁹⁵³ Art. 1103 C. Civ.

⁹⁵⁴ Art. 1102 al.2 C.Civ : « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

titre que l'ensemble des clauses statutaires et sauf dérogation spéciale prévue par le législateur, la préférence, pour être mise en place dans les statuts et être licite, devra avoir été insérée valablement dans le pacte social (1) et ne pas déroger à l'ordre public contractuel (2).

1. La préférence et la protection du consentement

À la frontière entre encadrement procédural et substantiel de la préférence, une des premières limites à la liberté contractuelle posée par le Code civil se trouve dans l'impératif prévu à l'article 1103 du Code civil : les conventions doivent être légalement formées pour tenir de loi à ceux qui les ont faites. Ainsi, en se reportant aux articles 1112 et suivants de ce même Code, afin que la préférence soit valable, ce qui constitue le premier écueil potentiel à sa mise en place, celle-ci doit en principe être acceptée par les différentes parties au contrat dont le consentement et la capacité doivent être vérifiés. Or, si l'étude de la capacité n'a pas d'influence spécifique sur la possibilité de mettre en place la préférence – le droit commun trouvant pleinement à s'appliquer⁹⁵⁵, concernant l'acceptation et le consentement quelques remarques s'avèrent nécessaires, que la préférence soit originellement négociée (a) ou insérée postérieurement dans les statuts (b).

a. La préférence contenue dans les statuts négociés à l'origine

249. Dans la mesure où la préférence trouve sa place dans les statuts de la société, si celle-ci est intégrée dès l'origine par les futurs associés, la question de l'acceptation ne semble pas poser de difficultés : chacun des signataires du pacte social manifeste ainsi sa volonté d'acquérir la qualité d'associé et est en mesure, en principe, de refuser l'offre qui lui est faite⁹⁵⁶. La question de la validité du consentement rejoint pleinement le droit commun : chacun des signataires devra être sain d'esprit⁹⁵⁷ et le consentement de chacun devra être exempt de vice. Ainsi, en principe, tous les vices rencontrés en droit commun pourront potentiellement être soulevés à

⁹⁵⁵ À la spécificité près que la nullité du contrat sera parfois subordonnée à l'incapacité de tous (v. *infra*, n°282 et s.).

⁹⁵⁶ Dans le cas particulier d'une société par actions se constituant avec une offre publique, les futurs actionnaires formalisent leur volonté par la signature d'un bulletin de souscription faisant référence au projet de statuts, et ainsi l'acceptation ne pose pas plus de difficultés (art. L. 225-2 al. 2 C. Com.). Sur la question du consentement des associés v. P. DIDIER, « Le consentement sans l'échange », *RJ Com.*, 1995, p. 74 et s.

⁹⁵⁷ Art. 1129 C. Civ.

l'égard des statuts et/ou de la préférence qui s'y trouve insérée⁹⁵⁸ : l'erreur (α), le dol (β) ou encore la violence (χ)⁹⁵⁹. Il conviendra alors de permettre à chacun des futurs associés de donner un consentement libre et éclairé à toute préférence statutaire.

α) L'erreur sur la préférence

250. L'erreur est classiquement définie comme la situation dans laquelle le contractant appréhende de manière inexacte la réalité ; soit qu'il prenne pour vrai quelque chose qui ne l'est pas, soit qu'il considère comme faux ce qui est vrai⁹⁶⁰. Elle se caractériserait donc, à l'égard de la préférence, par une fausse représentation que se ferait le futur associé⁹⁶¹ de la préférence envisagée. Or, le droit commun admet plusieurs sortes d'erreurs : l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation, l'erreur sur la personne et l'erreur obstacle⁹⁶².

Les qualités essentielles sont désormais définies par l'article 1133 du Code civil comme « *celles qui sont expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté* ». Cette définition consacre la nécessité de procéder à une appréciation *in concreto* de ce qui était recherché par les parties et, par voie de conséquence, fait peser la charge de la preuve de ce caractère sur celui qui s'en prévaut si cette essentialité n'est pas objective. En effet, lorsque l'erreur est objectivement essentielle, la question ne pose pas trop de difficulté – elle sera aisément admise par le juge. En revanche, si celle-ci n'est pas objectivement essentielle, il reviendra à l'*errans* de prouver la connaissance par son cocontractant de la condition de son engagement. Or, une difficulté spécifique apparaît lorsqu'est appliquée cette théorie à la notion de préférence : le défaut de rentabilité de la préférence peut-il caractériser une erreur essentielle dans la prestation attendue par l'associé dans la mesure où, si elle est justifiée par l'intérêt social, cette rentabilité peut être considérée comme étant de l'essence de la préférence? En effet, de longue date, le droit est indifférent à l'erreur sur la rentabilité

⁹⁵⁸ Les sanctions attachées à ces vices seront étudiées en B, n°272 et s.

⁹⁵⁹ Art. 1130 C. Civ.

⁹⁶⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010, v. *Erreur*. ; Définition reprise par Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, *op.cit.*, p. 233, §208.

⁹⁶¹ Ou l'associé si la préférence est intégrée par le biais d'une modification statutaire – cas qui sera étudié surtout du point de vue de la question de l'acceptation dans le développement n°255 et s.

⁹⁶² Cette dernière catégorie ne fait pas appel à de plus amples développements, aucune spécificité eu égard à la préférence statutaire ne semblant devoir être relevée.

économique⁹⁶³, sauf le cas spécifique où ce motif serait expressément indiqué dans le contrat⁹⁶⁴. Toutefois, plusieurs arrêts rendus en matière de contrat de franchise ont admis cette erreur spécifique, sans que les contrats en cause aient directement prévu que celle-ci était déterminante et alors même que l'aléa économique est inhérent à toute activité commerciale. Pour ce faire, la Chambre commerciale a considéré que la rentabilité économique participait de l'essence même du contrat de franchise « *pour lequel l'espérance de gain est déterminante* »⁹⁶⁵ et a retenu l'erreur dès lors que les chiffres prévisionnels présentés au franchisé étaient « *exagérément optimistes* ».

251. Cette question, mise en parallèle avec celle de la préférence statutaire, incite à suggérer la plus grande prudence lors de l'insertion d'une telle clause, notamment quant aux arguments qui pourraient être présentés aux associés sceptiques sur l'utilité du sacrifice. Cette situation pourrait se rencontrer, par exemple, si un associé accepte de concéder un droit particulier à un autre suite à une négociation au cours de laquelle lui sera démontrée l'efficacité du montage et notamment les retombées économiques dont il pourra bénéficier. Si la préférence a pour objet de satisfaire l'intérêt social, elle doit en effet pouvoir faire miroiter aux associés un certain profit potentiel. Quoique l'aléa initial soit évident et évince nécessairement l'erreur s'il est présenté en tant que tel, si d'aventure les négociations conduisent certains associés à justifier la préférence par des documents prévisionnels, ceux-ci devront se garder d'être trop optimistes⁹⁶⁶ pour convaincre les autres, faute de s'exposer à se voir imputer une présentation trompeuse.

252. L'erreur sur la personne pourra également être relevée dans le cadre de la préférence dès lors que celle-ci est concédée en raison des qualités de la personne à laquelle elle est attribuée. Aux termes de l'article 1134 du Code civil, l'erreur sur la personne n'est admise que

⁹⁶³ V. par ex. Cass. Civ. 3^{ème}, 31 mars 2005, n°03-20.096, *Bull. civ.*, III, n°81 ; *JCP*, 2005, I, 194, obs. Y-M. SERINET, *Droit et patrimoine*, oct. 2005, p. 94, obs. PH. STOFFEL-MUNCK. Cette position, rendue sur éviction de l'erreur de motif (art. 1135 nouveau), peut être confirmée par la règle prévue par l'article 1133 al. 3 : l'aléa sur la qualité de la prestation chassant l'erreur, il est évident que la question de la rentabilité d'une prestation, sauf engagement contractuel défini, doit évincer celle de l'erreur.

⁹⁶⁴ Cass. Com., 11 avril 2012, n°11-15.429, *D.*, 2013, p. 394, note M. MEKKI ; *JCP*, 2012, 1151, note Y-M. SERINET.

⁹⁶⁵ Cass. Com., 12 juin 2012, n°11-19.047, *D.*, 2012, p. 2079, note N. DISSAUX ; *JCP*, 2012, 1151, obs. Y-M. SERINET ; *RTD Civ.*, 2012, p. 724, obs. B. FAGES ; extrait de l'arrêt : « *les chiffres prévisionnels contenus dans ce document, fournis par le franchiseur, sont exagérément optimistes au regard de l'écart très important qu'ils présentent avec les chiffres d'affaires réalisés (...) ces données portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante, la cour d'appel (...) qui a fait ressortir le caractère déterminant des chiffres communiqués, a caractérisé le vice du consentement qu'elle a retenu pour prononcer l'annulation du contrat* » ; dans le même sens Cass. Com., 4 octobre 2011, n°10-20.956, *D.*, 2011, p. 3052, note N. DISSAUX ; *JCP*, 2012, n°135, note J. GHESTIN.

⁹⁶⁶ Cette erreur ne doit pas être confondue avec les manœuvres dolosives, il faut considérer ici que l'optimisme des associés ne consiste pas à cacher intentionnellement la réalité à ceux qui hésitent à accorder la préférence.

dans les contrats conclus *intuitu personae*. Il semble donc que cette catégorie d'erreur puisse être écartée à l'égard de la préférence attachée à un titre. En revanche, si celle-ci est accordée et attachée à un associé en raison de sa personne, la notion trouve à s'appliquer. La préférence pourra alors être remise en cause s'il est prouvé que celle-ci n'a été accordée qu'en considération de qualités avancées par la personne et que celles-ci n'étaient en fait pas avérées.

β) Le dol et la préférence

253. Toute tromperie mise en œuvre pour déterminer le consentement des associés à la préférence pourra également être retenue, qu'il s'agisse de manœuvres dolosives ou de mensonges, comme la présentation volontaire d'une fausse analyse prévisionnelle des retombées de la préférence, ou encore de réticence dolosive en cachant ainsi volontairement une partie moins avantageuse du prévisionnel. Pour que le dol soit retenu, il faudra qu'une des parties ait eu l'intention de tromper l'autre.

De nombreuses illustrations sont donc possible à l'égard de la préférence : dès lors que la partie qui propose l'insertion d'une préférence sera titulaire d'informations sur celle-ci mais décidera soit de les modifier, soit de les passer sous silence, afin de convaincre les autres de l'opportunité de la préférence, un dol pourra être constitué.

γ) La violence et la préférence

254. La violence, rarement admise en jurisprudence⁹⁶⁷, même sous son angle économique, ne semble pas pouvoir en pratique concerner la préférence instituée dans les statuts initiaux de la société. Nul n'étant généralement tenu de devenir associé⁹⁶⁸, les cas où ce vice du consentement pourra être reconnu ne pourront qu'être exceptionnels. En revanche, celle-ci pourra éventuellement être retenue à l'égard d'une préférence issue d'une modification statutaire en raison des rapports de force créés par les détentions capitalistiques et politiques.

⁹⁶⁷ En ce sens v. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, op.cit.*, p. 34, §1535.

⁹⁶⁸ Même dans les cas de fusion-absorption et de scission, il faut considérer que le consentement à devenir associé résulte de l'entrée dans la première structure, et par la suite, nul n'est tenu de rester.

b. La préférence issue d'une modification statutaire

Dès lors que la préférence est le fruit d'une négociation en cours de vie sociale, les données précédemment évoquées sont bouleversées. En effet, si en droit commun la modification du contrat suppose le consentement de toutes les parties⁹⁶⁹, en adhérent au pacte social, les associés s'effacent au profit de la société dès lors que celle-ci est immatriculée – leurs choix ne sont alors plus individuels mais collectifs puisque la révision des statuts exige, le plus souvent, une simple décision majoritaire. Leur consentement à la modification du contrat dépendra alors de la nécessité ou non de recueillir une acceptation de tous, et donc des conséquences de la modification envisagée, et à défaut, du poids décisionnel de chacun mis en parallèle avec les règles légales ou statutaires de prise de décision dans la forme sociale à laquelle ils sont parties.

255. Concernant la nécessité de recueillir ou non le consentement de chacun des associés, il faut se référer à la question de l'augmentation de leurs engagements⁹⁷⁰ : si tel est le cas, chacun devra exprimer son avis et ce ne sera qu'avec l'accord de tous ou de ceux pour qui elle a des répercussions⁹⁷¹ que la préférence pourra être insérée⁹⁷². La notion d'intangibilité des engagements peut être définie comme le fait de ne pas pouvoir accroître postérieurement les engagements auxquels chacun des associés avait adhéré librement lors de l'adhésion au pacte social, ni même de leur imposer une obligation nouvelle à la majorité⁹⁷³ : seul leur consentement individuel peut modifier l'engagement initial dans ces cas. Lors de l'insertion de la préférence, il faudra donc s'assurer des conséquences de celle-ci afin de déterminer les modalités de son insertion. Ainsi, la stipulation ayant pour effet de modifier la répartition des pertes entre les associés d'une société civile sera subordonnée au consentement de chacun de ceux qui verront augmenter leurs engagements financiers⁹⁷⁴. Dans ce cas de figure, comme pour une clause instaurant originellement une préférence, les vices du consentement pourront être opposés par

⁹⁶⁹ Art. 1193 C. Civ.

⁹⁷⁰ Art. 1836 al.2 C. Civ. : « *En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* » - ce principe étant repris notamment par les articles L. 223-30 al.5, L 225-96 et L236-5 du Code de commerce.

⁹⁷¹ L'unanimité semble en effet devoir laisser place à un consentement individuel des associés concernés si tous ne voient pas leurs engagements modifiés – en ce sens v. J. MONNET, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU – Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, §25 et s.

⁹⁷² Les différentes sanctions de ces limites seront étudiées en B, n°272 et s.

⁹⁷³ En ce sens v. par ex. L. GODON, « Détermination d'une augmentation des engagements des associés : méthode d'analyse », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n°5, p. 474 ; F. RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD Com.*, 2000, p. 27, §6 et s.

⁹⁷⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n°98-14.933, *D.*, 2000, p. 475, note Y. CHARTIER ; *Revue des sociétés*, 2000, p. 509, note Y. GUYON.

les associés dont le consentement était requis s'ils estiment que leur aval à la préférence est biaisé.

256. Si la préférence envisagée n'a pas pour effet d'augmenter les engagements des associés, sa stipulation sera soumise à une décision modificative des statuts. Il convient alors de se référer aux règles applicables en la matière pour chaque forme sociale. Or, celles-ci révèlent que les associés ont toujours la possibilité d'exclure, au moins statutairement, l'acceptation de tous pour procéder à de telles modifications. Pour les sociétés civiles et les sociétés en nom collectif, ce ne sera qu'à défaut de disposition contraire des statuts que leur modification requerra l'unanimité⁹⁷⁵. Dans le même ordre d'idée, sauf conditions moins strictes prévues dans les statuts, l'unanimité des commandités et la majorité des commanditaires devront consentir à la mise en œuvre d'une préférence⁹⁷⁶. Pour ce qui est des sociétés à responsabilité limitée, l'unanimité ne pourra pas être requise en dehors du cas de l'augmentation des engagements pour l'insertion d'une préférence, celle-ci étant expressément exclue par l'article L. 223-30 instaurant des seuils minimum de *quorum* et de majorité. La préférence pourra être insérée dans les statuts d'une société anonyme lors d'une assemblée générale extraordinaire pour laquelle l'article L. 225-96 fixe, de manière *a priori* impérative⁹⁷⁷, la majorité au deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés. Les statuts d'une société en commandite par actions voient leur modification subordonnée, sauf clause contraire, à une décision unanime des commandités⁹⁷⁸ ; la majorité qualifiée des commanditaires étant en outre requise par renvoi aux règles applicables aux sociétés anonymes⁹⁷⁹. Et en dehors des exceptions prévues par l'article L. 227-19⁹⁸⁰, les modalités d'insertion d'une préférence dans le cadre d'une société par actions simplifiée seront totalement dépendante des prévisions statutaires⁹⁸¹. Ainsi, en dehors du cas de l'augmentation des engagements des associés, il sera toujours possible qu'une préférence soit insérée en dépit du consentement d'un associé. Dans ce cas de figure, il ne semble pas que ceux qui n'auraient pas consenti à une préférence puissent faire état d'un vice du consentement. Ils

⁹⁷⁵ Art. 1836 al. 1^{er} C. Civ. et art. L.221-6 al. 1^{er} C. Com.

⁹⁷⁶ Art. L.222-9 al. 2 C. Com.

⁹⁷⁷ En ce sens v. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, op.cit.*, p. 414, §2138.

⁹⁷⁸ Art. L.226-11 C. Com.

⁹⁷⁹ Art. L.226-1 al. 2 C. Com.

⁹⁸⁰ L'unanimité est requise pour insérer ou modifier toute clause relative à l'inaliénabilité des actions, à l'exclusion d'un associé et à la suspension des droits non pécuniaires d'un associé personne morale dont le contrôle serait modifié. Concernant les deux premiers cas, l'unanimité, si elle n'était pas prévue par les textes, serait en tout état de cause requise en raison de l'intangibilité des engagements des associés qui trouve à s'appliquer à toutes les formes sociales.

⁹⁸¹ Art. L.227-9 al.1^{er} C. Com.

ont accepté, lors de leur entrée dans la structure, de se soumettre aux conditions de majorité prévues par les statuts. La seule possibilité pour les insatisfaits sera alors de soulever, si tel est le cas, un abus du droit de vote pour lequel ils devront, au-delà de leur déconvenue, prouver que la préférence en cause porte atteinte à l'intérêt social⁹⁸².

De fait, la préférence peut être imposée aux associés, marquant ainsi la rupture entre la technique contractuelle, qui suppose un accord de volonté, et la technique sociétaire, qui admet le recours à la majorité pour modifier le pacte social. La liberté est donc plus grande en droit des sociétés qu'en droit commun, à tout le moins en ce qui concerne les conditions de formation du contrat.

2. *La préférence et le contenu du contrat*

257. De la même façon que les parties sont en principe libres de conclure un contrat ou non, elles sont, conformément à la théorie de l'autonomie de la volonté, les plus à même de déterminer leurs intérêts et donc en principe libres de déterminer le contenu de celui-ci. Néanmoins, cette liberté n'est pas sans limite et le législateur l'a encadrée. De fait, la licéité d'une préférence pourra, au même titre que toute stipulation contractuelle, être remise en cause dès lors qu'elle sera conclue en méconnaissance d'une règle d'ordre public général. Cette limite à la liberté ressort des articles 6 et 1162 du Code civil : qu'il s'agisse de l'objet ou de l'effet du contrat, celui-ci ne peut déroger à l'ordre public, lequel prime sur la volonté des contractants qui doivent s'incliner devant cet impératif concernant le contenu de leurs engagements.

L'ordre public, dont la définition est difficile en raison de la complexité et l'adaptabilité de la notion⁹⁸³, connaît de nombreuses manifestations dépassant le simple cadre du droit des obligations. Il peut se révéler par une formulation expresse de ce caractère par le législateur au sein de la norme qu'il tend à imposer⁹⁸⁴. C'est le cas de la prohibition expresse des engagements

⁹⁸² L'abus de majorité est constitué lorsqu'une décision, prise par les majoritaires, est contraire à l'intérêt social et prise au détriment de la minorité (Cass. Com., 18 avril 1961, *JCP G*, 1961, II, 12164, note D. BASTIAN). L'abus de minorité quant à lui suppose une attitude de la minorité contraire à l'intérêt social empêchant la réalisation de certaines opérations qui seraient essentielles à sa satisfaction dans le but de favoriser ses propres intérêts (Cass. Com., 15 juillet 1992, n°90-17.216, *Revue des sociétés*, 1993, p. 400, note PH. MERLE).

⁹⁸³ V. par ex. J. HAUSER et J-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 1§ ou encore P. LECLERQ et S. VALORY, *Ordre public et bonnes mœurs*, J. Cl. Civil, Code, Synth. 15, §9.

⁹⁸⁴ Les formules utilisées par les textes sont alors très variables, allant de l'affirmation nette du caractère d'ordre public du texte à des formules excluant toute convention contraire en prévoyant leur nullité ou leur caractère non-écrit.

perpétuels prévue par l'article 1210 du Code civil, laquelle justifie l'encadrement des clauses d'inaliénabilité statutaires. Mais il peut aussi trouver sa source dans une qualification jurisprudentielle⁹⁸⁵. Ainsi, ses contours peuvent s'avérer difficiles à saisir. Cependant, une catégorisation des règles d'ordre public est possible. Il y a, d'un côté, l'ordre public « politique » protégeant les valeurs relatives à l'État, dont les fonctions régaliennes ou les institutions qu'il a mis en place ne peuvent être contredites par des conventions privées. De l'autre, se trouve l'ordre public « économique », protégeant ou imposant des comportements aux acteurs privés, afin de réguler l'économie ou d'assurer la protection des citoyens ou de certains intérêts particuliers⁹⁸⁶. À ce titre, certaines conventions seront tantôt imposées, tantôt règlementées, tantôt interdites.

Jusqu'alors appréhendée dans le domaine du régime des obligations à travers les notions de cause et d'objet, cette limite générale à la liberté contractuelle s'articule depuis l'ordonnance du 10 février 2016 autour des concepts de stipulations contractuelles (objet) et but contractuel (cause)⁹⁸⁷. La préférence, pour être valable en tant que clause contractuelle, doit donc avoir un objet et une cause, dont le contrôle de licéité s'effectuera par référence à la notion d'ordre public. Or, au sein des règles impératives codifiées par l'ordonnance de 2016 et encadrant le contenu contractuel, deux méritent un examen approfondi dans le cadre de l'étude de la notion de préférence : celles concernant l'absence de contrepartie (art. 1169) et celles relatives à l'équilibre contractuel, et plus précisément la nécessité de préserver l'obligation essentielle du contrat par les clauses qu'il contient (art. 1170) et celles qui pourraient être considérées comme abusives (art. 1171).

⁹⁸⁵ On appelle ordre public virtuel la mise en œuvre de principes généraux du droit par le juge, consacrée par un arrêt de la Chambre civile rendu le 4 décembre 1929 : « *la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi* ».

⁹⁸⁶ Sur la catégorisation des normes qualifiées d'ordre public v. J. HAUSER et J-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, *op.cit.*, §44 et s.; P. LECLERQ et S. VALORY, *Ordre public et bonnes mœurs*, *op.cit.*, §10 et s.

⁹⁸⁷ Si la réforme du droit des contrats a supprimé la référence expresse à la notion de cause, il ne semble pas faire de doute que le « but » dont il est question conduit à rechercher le motif déterminant des parties, et donc la cause à leur engagement. En ce sens v. notamment N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2017, p. 35 concernant l'article 1128 C. Civ. et p. 57 à propos de l'article 1162 C. Civ. ou encore J-Fr. HAMELIN, « Le contrat de société », in « Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 2016, n°147, doss. 3, p. 7, §25.

a. *La préférence et la contrepartie de l'obligation*

258. Si la notion de cause n'est pas explicitement reprise par la réforme du droit des obligations, en réalité elle se retrouve de manière tacite au sein des articles 1162 et 1169 du Code civil⁹⁸⁸. Selon le premier de ces textes, le but, et donc la cause du contrat ne doit pas heurter l'ordre public. Aux termes du second, le contrat pour lequel la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire est nul. Pour reprendre les termes antérieurement utilisés, une obligation sans cause ou pour cause illicite est nulle, mais, dans le nouveau droit, l'absence de cause s'apprécie au moment de la formation du contrat.

259. Ainsi, il convient de rappeler que la cause de l'engagement des associés au contrat de société se trouve dans la satisfaction de l'intérêt social dont ils escomptent, comme le rappellent les articles 1832 et 1833 du Code civil, tirer une contrepartie, qui se matérialisera par la réalisation si ce n'est d'un profit, au moins d'une économie⁹⁸⁹. Partant, si une préférence met initialement à mal la réalisation de cet intérêt, elle devrait être nulle pour absence de cause en application de l'article 1169 du Code civil. Cependant, comme cela a été précédemment évoqué, la clause instaurant une préférence peut être considérée comme un contrat aléatoire étant donné que les retombées sont espérées et non assurées⁹⁹⁰. Or, l'existence d'un aléa exclut la référence à la nécessité d'une contrepartie compte tenu du fait que les parties consentent, au moment de l'insertion de la clause, à la potentielle inexistence de contrepartie⁹⁹¹. Les associés ont accepté le risque et la clause ne peut pas être remise en cause si celui-ci se produit. Toutefois, si l'aléa n'existait pas à l'origine et que l'absence de contrepartie était certaine, ils pourront recourir, dans une certaine mesure, à la notion d'erreur si celle-ci a été déterminante de leur consentement⁹⁹² ou à la contrariété à l'intérêt social, si celle-ci peut être prouvée⁹⁹³.

Ainsi, sauf défaut d'aléa dans la prestation attendue de la préférence, celle-ci ne peut pas être sanctionnée sur le terrain de la contrepartie. Cette notion ne peut pas constituer une limite

⁹⁸⁸ Pour une analyse de l'impact de la réforme concernant la notion de cause à l'égard du contrat de société v. M. BUCHBERGER, « Le contenu du contrat », in « Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats », *op.cit.*, p. 85, §266-268 ou encore M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? », *Revue des sociétés*, 2016, p. 483, §28.

⁹⁸⁹ V. *supra*, n°95 et s.

⁹⁹⁰ Cette qualification est confirmée par l'article 1108 al. 2 C. Civ. qui définit le contrat aléatoire comme celui pour lequel « les parties acceptent de faire dépendre les effets (...), quant aux avantages et aux attendus, d'un événement incertain ».

⁹⁹¹ En ce sens v. N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op.cit.*, p. 66.

⁹⁹² V. *supra*, n°240 et 250.

⁹⁹³ V. *supra*, n°244 et s.

à la liberté d'instaurer une préférence. Même s'ils ne retirent aucun profit de la préférence ou qu'ils s'engagent en connaissance de l'absence de contrepartie⁹⁹⁴, la préférence est valable. La contrepartie n'est pas une condition de validité de la préférence.

b. La préférence et l'équilibre contractuel

La question de l'équilibre des clauses contractuelles à l'égard de laquelle le législateur, par le biais de la réforme du droit des obligations, a entendu instaurer non une valeur de principe mais prohiber les manifestations excessives de déséquilibre, se trouve illustrée par les dispositions des nouveaux articles 1170 (α) et 1171 du Code civil (β).

α) La préférence et la substance de l'obligation essentielle de l'associé

L'article 1170 du Code civil prévoit la fictivité de « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur* ». Il s'agit alors de se demander dans quelle mesure une préférence pourrait être remise en cause car elle porterait atteinte à l'obligation essentielle des associés et, avant toute chose, de déterminer ce qu'il faut entendre par la « *substance de l'obligation essentielle* ».

260. Cette notion, qui semble correspondre à la codification des règles jurisprudentielles⁹⁹⁵ amorcées au début des années 1990 par un des fameux arrêts *Chronopost*⁹⁹⁶, a pour objet de « *garantir que le contrat présente et conserve bien l'utilité et l'intérêt en considération desquels le cocontractant (...) s'était engagé* »⁹⁹⁷. La préférence dont il est question trouve sa place dans les statuts, il est alors nécessaire de se reporter à la cause de l'engagement des associés au contrat de société, à la raison d'être de ce dernier et à l'intérêt qu'il représente pour les associés. L'engagement de l'associé à l'égard du contrat de société sera vidé de sa substance dès lors que les éléments essentiels de ce statut acquis par l'attribution des droits sociaux seront mis à mal par une clause contractuelle. Leurs intérêts individuels passant par la réalisation de l'intérêt

⁹⁹⁴ V. T. Com., Paris, 7^{ème} ch., 1^{ère} sect., 15 avril 2015, n°JurisData 2015-031957.

⁹⁹⁵ En ce sens v. par ex. N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op.cit., p. 69.

⁹⁹⁶ Cass. Com., 22 octobre 1996, 98-18632, obs. D. MAZEAUD, « Au nom de la cause : feu la liberté contractuelle des maîtres du temps », *Defrénois*, 1997, n°5, p. 333.

⁹⁹⁷ *Ibidem*.

social, la cause de leur engagement repose nécessairement sur l'espoir d'un profit et un risque de participation aux pertes et sur la participation à ce projet commun, conformément à la définition du contrat de société de l'article 1832 du Code civil et de l'intérêt commun prévu par l'article 1833 du même Code. L'engagement de l'associé repose donc sur la participation au résultat, le droit de rester associé et de participer aux décisions collectives⁹⁹⁸. L'article 1170 du Code civil devrait alors condamner toute clause statutaire portant atteinte à ces éléments communs et nécessaires à l'engagement de tout associé⁹⁹⁹.

Tombe ainsi potentiellement sous le coup de cette disposition toute préférence ayant pour effet de mettre à mal la contribution aux bénéfices ou aux pertes de l'associé. En effet, cette prérogative est considérée de longue date comme étant de « *l'essence de la société qui implique au moins l'espérance de gains à réaliser pour chaque associé* »¹⁰⁰⁰. Cette limite à la liberté contractuelle est déjà consacrée par l'article 1844-1 al. 1^{er} et se trouve simplement confortée¹⁰⁰¹ par le nouvel article 1170 du Code civil¹⁰⁰².

β) Contrat d'adhésion et préférence

261. Les clauses ayant pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à un contrat sont combattues par le nouvel article 1171 du Code civil. Ce texte, dont la portée est limitée aux contrats d'adhésion, précise que l'appréciation du caractère abusif « *ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». Le rattachement à cette catégorie de contrat entraîne la possibilité pour le juge

⁹⁹⁸ En ce sens v. M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? », *art.cit.*, §13.

⁹⁹⁹ *Contra* v. J-Fr. HAMELIN, « Le contrat de société », *art.cit.*, p. 8, §27 : « *Toutefois, au même titre que cette célèbre saga jurisprudentielle, son utilité vis-à-vis du contrat de société apparaît très hypothétique. Il est en effet bien difficile de trouver une illustration de clause relative à l'apport d'un associé vidant celui-ci de sa substance. Sans doute, est-ce parce qu'il n'est pas usuel de stipuler dans les statuts des clauses limitant la responsabilité encourue en cas d'inexécution par un associé de son obligation d'apport. L'utilité de l'article 1170 est d'autant plus hypothétique que, si était en cause une clause privant de sa substance l'obligation de contribuer aux pertes d'un associé, il est fort probable qu'une fois encore, la prohibition des clauses léonines de l'article 1844-1 se suffirait à elle-même* ».

¹⁰⁰⁰ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1908, T. 2, p. 43, §39.

¹⁰⁰¹ En ce sens v. M. MEKKI, *art.cit.*, §14 : « *rien n'exclut que les clauses aujourd'hui prohibées comme léonines ne soient plus sanctionnées au seul fondement de l'article 1844-1 mais également à celui de l'article 1170 dont les virtualités autorisent une telle application* ».

¹⁰⁰² On peut simplement se demander si ce nouvel article peut avoir pour effet de remettre en cause d'autres prévisions contractuelles échappant jusqu'alors à la qualification de clause léonine car ne trouvant pas leur siège dans les statuts. Cette question étant en marge du sujet, v. M. MEKKI, *op.cit.*, *loc.cit.*

d'annuler les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre l'adhérent et la partie qui a imposé le contenu du contrat ainsi que d'interpréter ce contrat dans un sens favorable à la partie qui n'a pas été en mesure d'en négocier le contenu¹⁰⁰³. Partant, si le contrat de société peut être rattaché à cette catégorie, les conséquences peuvent s'avérer importantes. Il convient alors d'étudier le champ d'application de ce texte afin de déterminer son impact potentiel sur la préférence statutaire.

i. Champ d'application rationae materiae : un contrat d'adhésion

262. Que ce soit au début ou au cours de l'aventure sociale, la participation d'une personne au contrat de société en tant qu'associé est toujours le résultat d'une acceptation par celle-ci des statuts proposés. La possibilité d'en négocier le contenu n'est le privilège que de quelques-uns, et l'acceptation du contenu statutaire ne pourra être que pure et simple pour une partie des associés. Il serait en effet utopiste de croire que les associés œuvrent tous à armes égales dans la négociation des prérogatives que leur attribuent les statuts¹⁰⁰⁴. Le poids transactionnel de chacun dépend de multiples facteurs en raison desquels certains sont nécessairement « *plus égaux que d'autres* »¹⁰⁰⁵, que ce soit au moment de la rédaction du pacte initial ou de l'entrée de nouveaux candidats. Est-ce pour autant à dire qu'à l'égard de ceux qui le sont moins, le contrat de société est un contrat d'adhésion au sens de l'article 1110 du Code civil, entraînant une possibilité de contrôle de son contenu au regard de la notion de déséquilibre significatif ?

263. Le contrat d'adhésion était défini par l'article 1110 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». La loi de ratification du 20 avril 2018¹⁰⁰⁶ définit quant à elle le contrat d'adhésion comme « *celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

¹⁰⁰³ Sur cette question v. par exemple A. TADROS, « "L'adhésion" du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ? », *D.*, 2017, p. 171.

¹⁰⁰⁴ En ce sens v. A. TADROS, *art.cit.*, §8.

¹⁰⁰⁵ Expression empruntée à G. ORWELL, *La Ferme des animaux*, 1945, trad. J. QUEVAL, éd. Gallimard, coll. Folio, 1984, Chap. 10, p. 144 : « *All animals are equal but some animals are more equal than others* », utilisée à de nombreuses reprises concernant les associés. V. par ex. R. MORTIER, « Contre le droit de repentir en droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2009, p. 457, §18 ; Cl. CHAMPAUD, « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 162.

¹⁰⁰⁶ Qui sera applicable aux contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2018.

264. La première définition retenue par le législateur a été amplement critiquée en raison de son caractère vaporeux¹⁰⁰⁷. Appliquée concrètement à la question du contrat de société, les incertitudes qui en résultent ne sont qu'amplifiées. Deux critères se dégagent de la définition initiale donnée par l'article 1110 en 2016 : d'une part l'absence ou l'insuffisance de négociation et d'autre part la pré-rédaction du contenu du contrat par l'une des parties¹⁰⁰⁸. Pour certains auteurs¹⁰⁰⁹, la qualification semble devoir être écartée à l'égard du contrat de société en ce sens que les statuts d'une société ne peuvent être assimilés à des conditions générales en dépit du caractère standardisé d'un bon nombre des clauses qu'ils regroupent. Bien que des statuts type existent, et que l'ossature principale du contrat de société soit souvent la même, le simple fait que ce standard puisse être négocié et modifié suffit à l'écarter de la qualification de contrat d'adhésion. Partant, les clauses qu'il contient ne pourraient être remises en cause sur le fondement de l'article 1171 du Code civil¹⁰¹⁰. La lecture du contrat d'adhésion est ici réalisée à l'aune des travaux de SALEILLES¹⁰¹¹, pour qui ce contrat se définissait en raison de sa vocation à s'appliquer à une collectivité indéterminée¹⁰¹². Sa qualification serait subordonnée à un critère de standardisation¹⁰¹³ auquel ne répond pas toujours le contrat de société. En effet, à l'égard des fondateurs la négociation et la rédaction des clauses statutaires semble évidente. C'est néanmoins mettre de côté les modèles de statuts mis à disposition par certains opérateurs et notamment par l'administration française¹⁰¹⁴ qui ont vocation à être reproduits par un grand

¹⁰⁰⁷ En ce sens v. N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op.cit.*, p. 14.

¹⁰⁰⁸ V. Fr. CHÉNÉDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G*, 2016, n°27, 776.

¹⁰⁰⁹ En ce sens v. Fr. CHÉNÉDÉ, *art.cit.* ; M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? », *art.cit.* ; G. PARLÉANI, « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », *Gaz. Pal.*, 2017, hors-série, n°3, p. 74.

¹⁰¹⁰ En ce sens v. Fr. CHÉNÉDÉ, *art.cit.* : « le caractère "standardisé" de la convention ne suffit pas à spécifier le contrat d'adhésion. Il faut encore que ce standard, rédigé ou proposé par l'une des parties, ne puisse être négocié et modifié. Telle est la réalité des "conditions générales" mentionnées à l'article 1110. Ne confondons pas le "modèle" et le "règlement", l'"adoption" et l'"adhésion" » ; M. MEKKI, *art.cit.*, §23 ou encore G. PARLÉANI, *art.cit.*, p. 74, §10 et s.

¹⁰¹¹ Fr. CHÉNÉDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion », *RDC*, 2012, p. 1017.

¹⁰¹² R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 194 et s. et spécialement p. 229 : correspondent à des contrats d'adhésion ceux « dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée ».

¹⁰¹³ En ce sens v. Fr. BUY et J. HEINICH, « Droit des sociétés : la menace des clauses abusives ? », *RJ Com.*, 2016, n°5, p. 460 ou encore M. MEKKI, « Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », *Gaz. Pal.*, 2016, n°12, p. 16.

¹⁰¹⁴ V. par exemple pour un modèle de statut de SARL :

<https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/R39954>.

nombre d'acteurs économiques ne souhaitant pas recourir aux services d'une plume spécialisée pour rédiger le contrat qui les liera et ne qui ne modifieront que peu de clauses proposées¹⁰¹⁵.

Pour d'autres, la définition retenue par le législateur est au contraire suffisamment souple pour trouver à s'appliquer au contrat de société dès lors que l'on se trouve face à un associé souscrivant à une augmentation de capital ou adhérant au pacte social après sa négociation¹⁰¹⁶. À l'égard de cet associé, les statuts initiaux s'apparenteraient à des conditions générales¹⁰¹⁷ et ne feraient en principe pas l'objet d'une négociation : le choix est uniquement d'y adhérer en bloc ou non¹⁰¹⁸.

Face aux discordes nées de l'interprétation de la définition initialement proposée, le législateur a fait le choix de substituer à la notion floue de « conditions générales » celle d' « un ensemble de clauses ». Cette précision a le mérite de clarifier la question des contrats de masse qui semblaient pour certains être les seuls concernés par la qualification¹⁰¹⁹ : désormais, tout type de contrat contenant un ensemble de clauses non négociables par l'une des parties pourra, *a priori*, se voir rattacher à la catégorie des contrats d'adhésion¹⁰²⁰.

265. Se pose alors la question de savoir ce qu'il faut entendre à l'égard de la négociabilité et plus précisément quels seront les critères pris en compte par le juge pour trancher entre une qualification de gré à gré ou d'adhésion. La capacité de négociation du contenu contractuel passera certainement par l'analyse de critères plus ou moins subjectifs, tels que l'inégalité entre les parties d'un point de vue économique, voire même intellectuel ou social¹⁰²¹. Ainsi, il paraît évident qu'un apporteur puissant financièrement et dont l'entrée au capital est jugée

¹⁰¹⁵ Néanmoins, c'est peut-être confondre ici « adoption » et « adhésion » comme le suggère Monsieur CHÉNEDÉ : Fr. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *art.cit.*, p. 1337 : « *Le rejet de la qualification de « contrat d'adhésion » (...) s'explique avant tout par le fait que le caractère "standardisé" de la convention ne suffit pas à spécifier le contrat d'adhésion. Il faut encore que ce standard, rédigé ou proposé par l'une des parties, ne puisse être négocié et modifié. Telle est la réalité des "conditions générales" mentionnées à l'article 1110. Ne confondons pas le "modèle" et le "règlement", l'"adoption" et l'"adhésion"* ».

¹⁰¹⁶ En ce sens v. J-Fr. HAMELIN, « Le contrat de société », *art.cit.*, p. 6, §18 et p. 8 §27.

¹⁰¹⁷ Sur la notion de « conditions générales » v. par ex. A. REYGROBELLET, « Le déséquilibre significatif », *Bull. Joly Sociétés*, 2016, n°9, p. 534, §4.

¹⁰¹⁸ Il reste néanmoins en règle générale libre de négocier une partie du contenu le concernant au moment de son adhésion et, dans une certaine mesure pourra subordonner son entrée à la modification des statuts initiaux.

¹⁰¹⁹ En ce sens v. Th. REVET, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.*, 2018, p. 124.

¹⁰²⁰ En ce sens v. notamment M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.*, 2018, p. 900.

¹⁰²¹ En ce sens v. M. MEKKI, *Ibidem.* ou encore D. HOUTCIEFF, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.*, 2018, n°15, p. 14.

indispensable aura une capacité de négociation plus importante qu'une personne dont la souscription n'est pas jugée indispensable.

À l'aune de cette nouvelle définition, le contrat de société doit-il davantage être qualifié de contrat d'adhésion ? La lecture des travaux du Sénat laisse à penser qu'un tel rattachement serait exclu. En effet, le rapport de la première lecture du projet de loi fait apparaître les propos suivants : « *La question peut se poser de savoir si un contrat de gré à gré peut devenir un contrat d'adhésion, dans l'hypothèse où une nouvelle partie se substituerait à une partie présente à la conclusion du contrat ou adhérerait à un contrat de gré à gré déjà conclu sans pouvoir en discuter les stipulations, entraînant dès lors l'application potentielle de l'article 1171 - par exemple une société ou un autre groupement qui accueillerait postérieurement à sa création un nouvel associé, sans pour autant rediscuter les statuts (...). Votre commission estime qu'un contrat de gré à gré le demeure toujours, puisque le code le définit par les seules conditions de sa formation, c'est-à-dire les modalités de négociation de ses stipulations, de sorte que l'adhésion ultérieure d'une nouvelle partie ne saurait en aucun cas avoir d'effet quant à sa qualification de contrat de gré à gré* »¹⁰²².

Cependant, toute argumentation en ce sens et qui viendrait trouver ses fondements dans cette déclaration peut être remise en cause à deux égards. D'une part, cette exclusion réalisée par les sénateurs n'a pas été réalisée à partir de la définition définitivement retenue par le législateur, mais à partir d'une proposition en vertu de laquelle le contrat d'adhésion serait celui « *qui comporte des clauses "non négociables, déterminées à l'avance unilatéralement par l'une des parties"* ». L'évolution de la définition ne permet pas de considérer que l'exclusion alors réalisée doit encore être retenue¹⁰²³ : elle n'était pas réalisée sur un fondement textuel équivalent. D'autre part, en s'en tenant à la lettre du texte qui ne fait plus référence aux « *conditions générales* » mais à « *un ensemble de clauses* », rien ne permet d'exclure de manière définitive les statuts de la qualification, ni d'affirmer que les juridictions tiendront le même raisonnement que les sénateurs. Faute de précédent jurisprudentiel, il faut considérer que le contrat de société peut, *a priori*, être qualifié de contrat d'adhésion¹⁰²⁴, dès lors que la partie

¹⁰²² Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Rapport n°22 (2017-2018) de M. François PILLET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2017, Examen des articles, Article 2 : <https://www.senat.fr/rap/117-022/117-0228.html#toc55>.

¹⁰²³ En ce sens v. M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 », *art.cit.*

¹⁰²⁴ En ce sens v. M. MEKKI, *Ibidem*.

qui se prévaut de ce rattachement ne s'est pas trouvée en capacité de négocier un ensemble de clauses de ce pacte social¹⁰²⁵.

Toutefois, si la définition retenue par la loi du 20 avril 2018 semble bien confirmer la possibilité de rattacher le contrat de société à la catégorie des contrats d'adhésion, il semble peu probable qu'un même contrat soit qualifié à l'égard des parties qui y consentent, d'adhésion pour certains, alors qu'il serait de gré à gré pour les fondateurs – et donc de considérer que certaines clauses soient réputées non écrites entre les premiers alors qu'elles seraient tout à fait valables car négociées à l'égard des seconds. De trop grandes difficultés pourraient naître d'une telle qualification distributive. Il est tout de même possible de s'interroger sur les clauses qui, insérées dans les statuts, pourraient être réputées non écrites à l'égard de ceux qui ne les auraient pas négociées¹⁰²⁶ – soit qu'aient été simplement reproduits des modèles proposés sans aucune forme de négociation, soit que certains aient adhéré postérieurement au pacte social sans avoir d'arguments suffisants pour conditionner leur entrée à la modification de celui-ci¹⁰²⁷.

ii. *Exclusion de l'objet principal et du prix de la prestation*

266. Cette première délimitation des termes de l'article 1171 abordée, la compréhension de ce texte suppose ensuite d'identifier le champ d'appréciation du déséquilibre significatif qu'il prévoit. Si cet article semble cantonner son domaine de contrôle aux obligations accessoires, l'appréciation du déséquilibre étant expressément écartée concernant l'objet principal du contrat et l'adéquation du prix à la prestation, les contours de cette éviction ne sont pas si clairs. Interprétant la directive 93/13/CEE relative aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur et plus particulièrement son article 4 paragraphe 2 dont les termes sont similaires à l'article 1171 du Code civil quant au champ d'application de telles

¹⁰²⁵ Sur la question de la charge de la preuve v. par ex. M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 », *Ibidem.*; B. SAINTOURENS, « Les aspects de droit des sociétés de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats », *Bull. Joly Sociétés*, 2018, n°6, p. 373, spéc. III-C : Le contenu du contrat.

¹⁰²⁶ Certains auteurs en appellent d'ailleurs à la vigilance des praticiens pour évincer la qualification de « contrat d'adhésion » en se ménageant « la preuve de la réalité des négociations effectuées entre les parties, ou à tout le moins de la possibilité de négociation qui leur a été laissée » : Fr. BUY et J. HEINICH, « Droit des sociétés : la menace des clauses abusives ? », *RJ Com.*, 2016, n°5, p. 460. En ce sens v. également M. MEKKI, « Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », *art.cit.*, *loc.cit.*

¹⁰²⁷ En ce sens v. Fr. BUY et J. HEINICH, « Droit des sociétés : la menace des clauses abusives ? », *art.cit.*, p. 459 et Fr. BUY et J.-Ch. RODA, « Les modalités de retrait du membre d'un GIE sont exclues du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce – Cour de cassation, com. 11 mai 2017 », *AJ contrat*, 2017, p. 337.

clauses¹⁰²⁸, la Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé que « *Les clauses du contrat qui relèvent de la notion d'“objet principal du contrat”, au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13, doivent s'entendre comme étant celles qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci (...). En revanche, les clauses qui revêtent un caractère accessoire par rapport à celles qui définissent l'essence même du rapport contractuel ne sauraient relever de la notion d'“objet principal de contrat”, au sens de cette disposition* »¹⁰²⁹.

267. Ainsi, seraient exclues du champ de contrôle des clauses abusives celles qui relèvent de l'essence même du contrat, alors que les clauses accessoires y seraient assujetties. Cette répartition peut être appuyée en droit interne par la coexistence des articles 1170 et 1171, le premier – précédemment étudié, ayant pour objet le contrôle de l'existence de l'obligation essentielle du contrat, le second ne concernerait que les obligations accessoires¹⁰³⁰. Néanmoins, cette lecture n'est pas corroborée de manière claire par la jurisprudence de la Cour de cassation qui a notamment considéré que « *l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne dépend pas du caractère principal ou accessoire de l'obligation contractuelle concernée* »¹⁰³¹. Il n'est donc pas évident que l'article 1171 ne porte que sur les obligations accessoires. De plus, la frontière entre le principal et l'accessoire est parfois ténue, compte tenu du fait qu'une disposition n'ayant pas pour objet l'obligation essentielle du contrat peut avoir des effets sur l'objet de celui-ci¹⁰³².

268. Appliquée au contrat de société, cette formulation semble cependant exclure de manière certaine les clauses relatives à l'évaluation des apports et à la répartition du résultat¹⁰³³ – ces éléments constituant la définition même du contrat en cause, telle que prévue par l'article 1832

¹⁰²⁸ En effet, l'art. 4§2 de la directive 93/13/CEE est ainsi rédigé : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».

¹⁰²⁹ CJUE, arrêt du 23 avril 2015, *Van Hove c. CNP Assurances SA*, affaire C-96/14, D., 2015, p. 972 ; *JCP G*, 2016, doctr. 732, spéc. n°16, note L. MAYAUX ; *RDC*, 2016, p. 67, note F. LEDUC.

¹⁰³⁰ Sur cette possibilité v. M. MEKKI, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.*, 2016, n°17, p. 11 : « *Si on veut bien admettre que l'article 1170 concerne les clauses qui portent atteinte à la substance de l'obligation essentielle et l'article 1171, les clauses qui ont un caractère accessoire, une répartition est envisageable entre ces deux dispositions* ».

¹⁰³¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, n°04-16.698, *RTD civ.*, 2007, p. 113, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁰³² En ce sens v. M. MEKKI, *art.cit.*, *loc.cit.* : « *Il faut cependant avouer que cette répartition ne serait pas toujours pertinente. Notons par exemple qu'une clause qui n'a pas pour objet une obligation essentielle peut avoir un effet sur cette obligation essentielle (par exemple, clause qui confère à une partie le pouvoir de modifier unilatéralement l'essence du contrat)* ».

¹⁰³³ En ce sens v. J-Fr. HAMELIN, « Le contrat de société », *art.cit.*, p. 8 §27.

du Code civil, et relevant, en cas de déséquilibre, du cas de la lésion qui n'est prise en compte par l'article 1168 du Code civil que dans les rares cas où la loi le prévoit expressément¹⁰³⁴. À l'inverse, il semble que la question du caractère abusif concerne toutes les clauses qui auraient trait à des prérogatives particulières conférées à certains titres ou associés et n'ayant pas d'effets sur l'évaluation des apports ou la répartition du résultat social, telle une modulation du droit de vote, du droit d'information, du droit préférentiel de souscription etc.¹⁰³⁵. Cette préférence est nécessairement négociée à l'égard de ceux qui en bénéficient – ce qui exclut, *a priori*, la qualification de contrat d'adhésion et donc l'applicabilité de l'article 1171. En revanche, pour les autres associés qui se trouvent dans le cadre d'une adhésion au contrat ainsi présenté, la question du déséquilibre significatif peut être soulevée.

iii. Existence d'un déséquilibre significatif

269. Le caractère non écrit des clauses contenues dans un contrat d'adhésion est subordonné au fait que ces dernières créent un déséquilibre significatif. Le législateur, en ne dressant pas une liste de clauses prohibées ou présumées abusives comme c'est le cas en droit commercial¹⁰³⁶ ou en droit de la consommation¹⁰³⁷, a consacré, par le biais de l'article 1171, une notion aux contours flous qui devra donner lieu à une interprétation jurisprudentielle¹⁰³⁸. À défaut de recul suffisant sur la mise en œuvre judiciaire de cette disposition en droit commun,

¹⁰³⁴ L'article 1171 exclu de manière indirecte la lésion des causes générales de nullité des contrats. En ce sens v. notamment N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op.cit.*, p. 72. Et, aucune disposition spécifique ne prévoit la prise en compte de la lésion dans l'évaluation des apports et la répartition du résultat.

¹⁰³⁵ En ce sens v. J-Fr. HAMELIN, « Le contrat de société », *art.cit.*, *loc.cit.*

¹⁰³⁶ Art. L. 442-6 II C. Com.

¹⁰³⁷ Art. R 212-1 et R 212-2 C. Cons.

¹⁰³⁸ Fr-X. LICARI, *Contenu du contrat – Déséquilibre significatif du contrat*, JCl. Code, Fasc. 50, 2017, §29.

un raisonnement par analogie aux pratiques commerciales est proposé pour cerner le contenu de cette notion¹⁰³⁹ déjà connue en droit positif¹⁰⁴⁰.

Pour savoir si une clause pourrait être considérée comme abusive, la première question à se poser est celle de son caractère dérogatoire à une règle supplétive. Si le déséquilibre mis en place répond aux prescriptions d'une norme, aucune sanction ne sera possible. Seule la dérogation à la norme ayant pour effet d'amoindrir la protection qu'elle prescrit ou mettant à la charge d'une partie des obligations non prévues pourra entrer dans le champ d'application du déséquilibre significatif. Mais cette dérogation n'est pas à elle seule suffisante pour que le déséquilibre puisse être considéré comme significatif. Ce premier examen de la clause permet seulement d'envisager son caractère abusif car elle rentre dans le premier critère du faisceau d'indices mis à la disposition du juge. Il convient ensuite de vérifier si le déséquilibre n'est pas exclu par l'existence d'une réciprocité dans l'intérêt des deux parties. À défaut d'une réciprocité des obligations, le déséquilibre pourra être exclu en raison de l'existence d'une contrepartie, d'une clause rééquilibrant les rapports entre les parties ou simplement en raison de l'économie de la convention¹⁰⁴¹. En d'autres termes, il conviendrait dans un second temps de regarder les intérêts des stipulants et adhérents, en appliquant la « *pesée des intérêts des parties* » telle que théorisée par GÉNY¹⁰⁴².

Pour s'assurer de la survie de la préférence envisagée, les trois critères devraient donc être appliqués successivement : si la préférence statutaire est justifiée par l'existence d'une disposition supplétive, elle est exclue du champ des clauses abusives. À défaut, elle échappera également au contrôle si elle s'impose de la même manière aux différentes parties et, faute de remplir ce second critère elle pourra encore être justifiée par l'existence d'une contrepartie.

¹⁰³⁹ Sur cette question v. par ex. X. LAGARDE, « Questions autour de l'article 1171 du code civil », *D.*, 2016, p. 2174 ; Fr-X. LICARI, *op.cit.*, §30 et s. ; M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? », *art.cit.*, §29 ; M. MEKKI, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », *art.cit.*

¹⁰⁴⁰ La possibilité de se référer aux solutions déjà rendues en droit de la consommation avait d'ailleurs été suggérée par le Conseil constitutionnel à l'égard de la disposition commerciale dans sa décision n°2010-85 QPC du 13 janvier : « pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ».

¹⁰⁴¹ En ce sens v. la jurisprudence citée par X. LAGARDE, « Questions autour de l'article 1171 du code civil », *art.cit.*, *loc.cit.*

¹⁰⁴² En ce sens v. Fr-X. LICARI, *Contenu du contrat – Déséquilibre significatif du contrat*, *op.cit.*, §30 citant GÉNY (Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II : LGDJ, 2e éd., 1919, n°173).

270. Ainsi, un droit de *veto* conféré à un associé, et n'ayant pu donner lieu à aucune négociation de la part de celui qui le critique¹⁰⁴³, pourrait-il se heurter à la mise en œuvre d'un contrôle des clauses et être considéré comme abusif¹⁰⁴⁴ ? L'application du premier critère amène à écarter l'appréciation d'un déséquilibre à l'égard d'une telle prérogative insérée dans des statuts de société par actions simplifiée ou de société civile¹⁰⁴⁵. Dans ces deux formes sociales, la liberté contractuelle prévue par les articles L. 227-1 alinéa 3, L. 227-9 du Code de commerce et 1852 du Code civil n'a pas pour effet d'instaurer une norme supplétive quant à la répartition des droits de vote en assemblée¹⁰⁴⁶. Partant, l'article 1171 du Code civil ne pourra pas être mis en œuvre pour remettre en cause un tel droit de *veto* dans ces formes sociales : aucune dérogation à une règle supplétive ne peut être relevée. Il en va de même à l'égard des décisions des organes de gestion dans la SAS pour lesquelles la liberté est prévue par l'article L. 227-5 en vertu duquel les pouvoirs des dirigeants sont librement organisés par les statuts. En revanche, concernant les sociétés civiles, l'article 1848 du Code civil contient une règle supplétive à cet égard. Ce texte prévoit en effet en cas d'une pluralité de gérants et à défaut de prévision statutaire différente, un droit de *veto* au profit de chacun d'entre eux¹⁰⁴⁷. De fait, si les statuts prévoient un droit de *veto* au profit d'un seul, une dérogation à la règle supplétive peut être relevée. Il devient alors possible de s'interroger sur le caractère abusif d'une telle clause, et donc de se reporter successivement aux deux autres critères relatifs à la balance des intérêts des parties. Si ce droit de *veto* profite alternativement aux différents gérants – par exemple en fonction du type d'opérations concernées –, il existe une réciprocité écartant l'abus. Au cas où celui-ci ne profiterait qu'à un seul gérant, il reste possible d'admettre la validité de cette prérogative s'il existe une contrepartie ou toute autre justification, comme une situation

¹⁰⁴³ En effet, seules les clauses non négociables tombent dans le champ d'application de l'article 1171 du Code civil, qui, initialement rédigé en son premier alinéa ainsi « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* » a été modifié par la loi du 20 avril 2018, restreignant son champs d'application, puisque désormais rédigé ainsi : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

¹⁰⁴⁴ Cet exemple est tiré de la proposition de clauses potentiellement abusives réalisée par Monsieur HAMELIN : J-Fr. HAMELIN, « Le contrat de société », *art.cit., loc.cit.* : « *Ce faisant, seules seraient concernées les clauses conférant à certains associés des prérogatives particulières dans le fonctionnement social, par exemple un droit de veto, un droit de retrait ou un droit de préemption* ».

¹⁰⁴⁵ Seules ces deux formes sociales seront ici étudiées, le droit de *veto* fera l'objet d'une étude plus complète infra. Sur la question de l'instauration d'un droit de *veto* statutaire, v. notamment A. COURET, « Sur la légitimité du droit de *veto* », *Bull. Joly Sociétés*, 2016, n°5, p. 237 ; H. HOVASSE, « Le droit de *veto* », *Droit des sociétés*, 2014, n°7, doss. 5 ; P-L. PÉRIN, « Droit de *veto* du président de SAS : validation sous condition », *Bull. Joly Sociétés*, 2016, n°07-08, p. 400.

¹⁰⁴⁶ Sur l'aménagement du droit de vote v. *infra*, n°395 et s.

¹⁰⁴⁷ Art. 1848 al.2 C.Civ : « *S'il y a plusieurs gérants, ils exercent séparément ces pouvoirs, sauf le droit qui appartient à chacun de s'opposer à une opération avant qu'elle ne soit conclue* ».

spécifique objective du gérant qui en bénéficie – par exemple des connaissances particulières – justifiant un droit d’opposition de ce dernier dans ce domaine spécifique. En toute hypothèse, l’intérêt social pourra intervenir pour justifier le déséquilibre en cause.

271. Face à ces différentes remarques quant au domaine d’application de l’article 1171 du Code civil, la prudence conduit donc à suggérer aux rédacteurs des statuts d’une part d’offrir la possibilité aux parties de négocier les statuts pour écarter la qualification de contrat d’adhésion¹⁰⁴⁸ et, d’autre part, si l’adhésion aux clauses est inévitable, de maintenir une certaine réciprocité entre les droits et obligations des parties dans les hypothèses où une règle supplétive plus avantageuse existe, à moins de pouvoir justifier le déséquilibre par une contrepartie ou un intérêt supérieur¹⁰⁴⁹, à savoir l’intérêt social. Toutefois, si cette mise en garde peut avoir pour effet d’inhiber certaines initiatives rédactionnelles, reste que la sanction attachée à la transgression de cette disposition semble inadéquate dans le cadre du contrat de société et, somme toute, peu dissuasive voire inapplicable.

B. Les sanctions de droit commun appliquées au droit des sociétés

L’efficacité d’une norme dépend grandement de la sanction qui lui est attachée. Tandis que la propension du législateur à utiliser indifféremment les notions de nullité et de fiction¹⁰⁵⁰ est parfois décriée¹⁰⁵¹, il apparaît que ces deux sanctions coexistent et sont bien distinguées concernant les suites d’une dérogation au droit commun des contrats. Alors que les conditions de validité du contrat sont encadrées par des normes impératives portant en elles la sanction de leur inobservation, à savoir la nullité, c’est le caractère non écrit qui a été retenu à l’égard des clauses qui se révéleraient « *excessives* »¹⁰⁵². Et alors que la fiction retenue à l’égard de certaines clauses par le droit commun est totalement inadaptée dans certains cas (1), la nullité

¹⁰⁴⁸ En ce sens v. Fr. BUY et J. HEINICH, « Droit des sociétés : la menace des clauses abusives ? », *art.cit.*, p. 460.

¹⁰⁴⁹ En ce sens v. M. MEKKI, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *art.cit.* : « À l’aune de l’ensemble de ces informations, l’équation suivante peut être suggérée aux rédacteurs et aux plaideurs : pour échapper à la qualification de déséquilibre significatif, il convient de porter la clause à la connaissance du cocontractant, de veiller à maintenir une certaine réciprocité, de prévoir si une contrepartie est possible, d’éviter les pouvoirs unilatéraux trop étendus, le tout en se préconstituant des preuves ».

¹⁰⁵⁰ Clauses réputées non écrites.

¹⁰⁵¹ En ce sens v. J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.*, 1993, p. 59.

¹⁰⁵² Terme emprunté à Monsieur MEKKI concernant les clauses encadrées par les nouveaux articles 1170 et 1171 du Code civil : M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés », *art.cit.*, §8.

qu'il prévoit est quant à elle toute relative appliquée au droit des sociétés, qui ne l'admet qu'exceptionnellement (2).

1. Les clauses réputées non écrites

272. Les articles 1170 et 1171 du Code civil réservent le même sort aux clauses qu'ils entendent combattre : l'éradication de celles qui seraient indésirables. L'idée est alors de considérer que la clause est censée n'avoir jamais existé¹⁰⁵³. Cette sanction paraît tout à fait adaptée aux clauses statutaires qui auraient pour objet d'instaurer une préférence en ce que le reste du contrat n'est pas atteint par la remise en cause de leur validité (a). En revanche, une difficulté pratique doit être abordée concernant la mise en œuvre de cette sanction dans le cadre des clauses abusives (b).

a. Une sanction assurant le maintien du pacte social

273. Lorsqu'une clause nuit à l'économie du contrat – soit qu'elle porte atteinte à une obligation essentielle soit qu'elle crée un déséquilibre significatif –, le législateur met en place une fiction et la répute non écrite. Cette sanction ne doit pas être confondue avec la nullité¹⁰⁵⁴. En effet, leur régime diffère à plusieurs niveaux¹⁰⁵⁵. Alors que l'action en nullité procède de deux demandes consécutives, à savoir la reconnaissance du caractère nul de la clause, qui sera suivi de la mise à néant de ses effets, le caractère non écrit d'une clause suppose uniquement que le juge constate la mauvaise exécution d'un contrat en raison d'une clause qui n'a jamais existé. Pour la nullité, l'intervention du juge est nécessaire, alors que le caractère non écrit

¹⁰⁵³ Ceci est régulièrement rappelé par la Cour de cassation. Ex : Cass. Civ. 3^{ème}, 9 juin 1999, n°98-10.801, *RDI*, 1999, p. 457, obs. P. CAPOULADE ; Cass. Civ. 3^{ème}, 2 mars 2005, n°03-16.731, *Deffrénois* 2005, p. 1504, obs. Ch. ATIAS ; ou encore Cass. Civ. 3^{ème}, 17 septembre 2013, n°11-21.770, *ADJI*, 2014, p. 286, obs. N. LE RUDULIER.

¹⁰⁵⁴ Il est possible de relever une confusion des deux notions dans de nombreux arrêts pour lesquels la nullité partielle (n'atteignant qu'une clause du contrat) aurait dû être prononcée et dans lesquels le juge a opté pour une terminologie inadéquate en réputant non écrite la clause en question, en dépit du régime que cela sous-tend : v. par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janvier 1970, n°68-12.324, *Bull. civ.*, I, n°11.

¹⁰⁵⁵ Sur cette question v. Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations, op.cit.*, p. 111, §82 ; J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *art.cit.*, I. B. *Le régime de la fiction*.

produit ses effets de plein droit¹⁰⁵⁶. Par voie de conséquence, la prescription n'a pas non plus de manière certaine les mêmes contours appliquée à ces deux notions : alors que l'action en nullité d'une clause peut se trouver prescrite et ainsi priver son demandeur de toute restitution¹⁰⁵⁷, seules les conséquences de la mise en œuvre d'une clause réputée non écrite subiraient, pour certains auteurs, les effets du temps, de tel sorte qu'il sera toujours possible d'invoquer cette fiction devant un juge, quand bien même le contrat au sein duquel elle se trouve serait conclu depuis trop longtemps¹⁰⁵⁸. Autrement dit, les actes qui seraient pris en application d'une clause qui est réputée n'avoir jamais existé sont prescriptibles, alors que la demande d'éradication de cette clause ne l'est pas. En effet, dans le premier cas la prescription trouve à s'appliquer en raison de la réalisation d'un acte juridique indépendant du contrat, puisque la clause dont il découle est censée n'avoir jamais existé. En revanche, s'il est demandé au juge de reconnaître le caractère non écrit d'une clause, aucune prescription ne pourra être opposée au demandeur puisque justement cette action est réputée ne se fonder sur aucun écrit pouvant justifier une forclusion. Bien que cette imprescriptibilité soit parfois remise en cause¹⁰⁵⁹, la prudence doit conduire à envisager cette possibilité en matière de clauses réputées non écrites. Il convient en outre de noter que, contrairement à la nécessité imposée par les textes de rechercher le caractère relatif ou absolu de la nullité pour déterminer la qualité à agir¹⁰⁶⁰, tout intéressé peut se prévaloir du caractère non écrit d'une clause¹⁰⁶¹. Ainsi, la préférence assimilable à une clause réputée non écrite pourra être remise en cause de manière quasi-imprescriptible et par tout intéressé, ce qui peut appeler à beaucoup de prudence de la part des

¹⁰⁵⁶ En ce sens v. Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op.cit.*, *loc.cit.* ; J. KULLMANN, *art.cit.*, *loc.cit.* ; Y. PAGNERRE, *Rupture du contrat par annulation*, JCI. Contrats, Fasc. 172, §161 ; et J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Le Lamy Sociétés commerciales*, éd. 2018, §2689. V. sur ce point Cass. Civ.3^{ème}, 1^{er} avril 1987, Juris-Data n°1987-099647, *Bull. civ.*, 1987, III, n°69.

¹⁰⁵⁷ Sauf à ce que la nullité puisse être soulevée par voie d'exception en cas d'inexécution, conformément à l'article 1185 C. Civ.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁹ V. notamment B. BRIGNON, « Le réputé non écrit et l'application de la loi dans le temps », in « Du réputé non écrit et de l'application dans le temps de la loi Pinel », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2015, n°3, doss. 17 : « Cela étant, en ce qui nous concerne, nous abondons plutôt en faveur de l'application d'une prescription aux actions tendant à faire réputer non écrites les clauses contraires au statut. En effet, la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 Note 15 ayant réformé la prescription ne semble pas exclure de la prescription les clauses réputées non écrites, qui seraient donc prescriptibles, en vertu de l'article 2224 du Code civil, au terme duquel "Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer". D'autant plus que nul ne pouvant se faire justice à soi-même, il semble logique qu'un juge vienne constater ce caractère non écrit, d'où une action prescriptible pour saisir le juge » ; A. POSEZ, « De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite », *D.*, 2014, p. 2119.

¹⁰⁶⁰ V. art. 1179 et s. C. Civ. : toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut invoquer la nullité absolue d'un contrat alors que lorsque la nullité est relative, le simple intérêt à agir n'est pas suffisant et doit se coupler à une qualité attribuée par la loi.

¹⁰⁶¹ V. J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *art.cit.*, *loc.cit.* ; Y. PAGNERRE, *Rupture du contrat par annulation*, *op.cit.*, *loc.cit.*

rédacteurs des statuts. Ce risque est cependant contrebalancé par la portée de la sanction qualifiée de « bombe “propre” »¹⁰⁶². Une différence notable de régime concerne en effet cet aspect de la sanction. Trois points méritent à ce titre d’être développés.

En premier lieu, alors que le prononcé de la nullité, qui doit être distingué des effets de la reconnaissance de la nullité, qualifie pour l’avenir la clause ou le contrat comme nul¹⁰⁶³, le constat de son caractère non écrit par le juge est nécessairement rétroactif. En effet, tandis que la nullité nécessite une intervention judiciaire pour être prononcée et ne peut s’analyser comme une remise en cause de l’existence de cette dernière pour le passé, les tribunaux ne feront que constater un fait qui est censé n’avoir jamais eu lieu lorsqu’ils seront amenés à déclarer une clause comme étant réputée non écrite. Il est donc évident que ce caractère rétroagit, là où le prononcé de la nullité n’a d’effet que pour l’avenir. Il faut ici bien distinguer, en ce qui concerne la nullité, les différents chefs de la demande. D’un côté, il y a le prononcé de la nullité, dont les effets sont cantonnés à l’avenir même si la cause de nullité préexiste à l’intervention du juge : à moins que les parties ne s’accordent sur la nullité de leur convention, tant que le juge ne prononce pas la nullité, celle-ci reste valable. De l’autre, il y a les restitutions consécutives à l’accueil de cette demande qui, elles, pourront rétroagir : une fois la nullité prononcée, « *le contrat annulé est censé n’avoir jamais existé* »¹⁰⁶⁴. C’est ici relever le fait que le jugement n’est que déclaratif pour le réputé non écrit, et non constitutif à l’instar du prononcé de la nullité. La clause réputée non écrite est dépourvue de force obligatoire en dehors de toute intervention du juge et l’est depuis son insertion dans le contrat¹⁰⁶⁵.

274. Ceci amène au second point quant à l’analyse des effets de cette sanction : les conséquences pratiques de la reconnaissance de ce caractère à l’égard des actes qui auraient été pris sur le fondement d’une clause réputée non écrite. Le caractère non écrit devrait en principe emporter pour effet l’invalidation de tous les actes passés depuis l’origine sur le fondement de la clause censée n’avoir jamais existé, dans la mesure où ceux-ci auraient été pris en exécution d’une disposition dénuée de toute force obligatoire. Les effets produits par la clause n’ont formellement aucune raison d’être. Ainsi, si la clause dont le caractère non écrit

¹⁰⁶² J. KULLMANN, *art.cit., loc.cit.* : « *La fiction est une bombe “propre” qui laisse intact la convention* ».

¹⁰⁶³ Il est bien question ici du prononcé de la sanction et non des effets de la nullité. L’article 1178 al. 2 C. Civ. dispose en effet que « *Le contrat annulé est censé n’avoir jamais existé* », mais cette précision concerne les effets de la décision, le contrat a bel et bien été conclu.

¹⁰⁶⁴ Art. 1178 a. 2 C. Civ.

¹⁰⁶⁵ Sur cette question v. notamment S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, RJ, n°13, 2006, préface Y. LEQUETTE, p. 89, §163 et s.

est reconnu par le juge avait pour objet la répartition du résultat entre les associés, les versements réalisés antérieurement sur le fondement de la clause et revêtant un caractère léonin, révèlent un indu objectif au profit de celui qui aurait trop perçu et concomitamment une perception insuffisante au détriment des autres associés qui peuvent revendiquer un manque à gagner¹⁰⁶⁶. Faut-il alors remettre en cause tous les actes réalisés depuis l'insertion de la clause litigieuse ? Le problème est le suivant : aucune prescription ne semble pouvoir être appliquée à l'action en demande de constatation du caractère non écrit d'une clause. Néanmoins, l'absence de prescription de l'action déclarative ne s'étend pas à l'action ayant pour objet de revenir sur les effets produits par la clause en question, qui est distincte, et dont le point de départ de la prescription est celui de l'acte litigieux. En effet, il y a là deux actions de natures différentes et répondant à des régimes différents : si à l'égard de la clause la prescription est écartée en raison de son caractère non écrit, les actes pris sur son fondement ont bien eu lieu. Le droit des sociétés confirme d'ailleurs cette distinction entre clause et actes résultant de sa mise en œuvre lorsqu'il prévoit, à propos de certaines règles impératives, que « *toute clause contraire est réputée non écrite et toute décision contraire est nulle* »¹⁰⁶⁷. Il convient alors, en principe, d'appliquer à ces actes la prescription de droit commun prévue par l'article 2224 du Code civil. Partant, si la déclaration de la fiction peut avoir lieu à tout moment et même très longtemps après l'insertion de la clause, les effets qui pourraient en résulter à l'égard des actes seront limités à un retour en arrière de cinq ans à compter du fait ou de sa connaissance¹⁰⁶⁸. Ainsi, en théorie, si une clause est reconnue comme organisant un partage léonin entre les associés, seules les décisions relatives à ce partage ayant eu lieu dans les cinq années précédant la déclaration du caractère non-écrit de la prévision pourront être remises en cause. Cependant, en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*, le droit des sociétés a prévu un délai préfix de trois ans pour les actions en nullité des actes et délibérations¹⁰⁶⁹. Or, c'est bien la délibération ayant pour objet la répartition du résultat qui doit être remise en cause à l'égard du partage fait en

¹⁰⁶⁶ Sur cette question v. J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *art.cit., loc.cit.* : « *L'amputation de la clause a lieu à l'instant même de la formation du contrat. Les sommes ont été versées sans que le solvens en soit débiteur, ni l'accipiens créancier. L'indu revêt donc un caractère objectif. La Cour devrait s'attacher aux conditions de mise en œuvre de l'action en répétition de l'indu, et non considérer que réputer une clause non écrite n'a d'effet que pour l'avenir* ».

¹⁰⁶⁷ V. en ce sens S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, *op.cit.*, p. 132, §249 citant l'art. L. 225-44 al. 2 C. Com. sur la prohibition d'une rémunération permanente au profit des administrateurs ou encore l'art. L. 225-85 al. 3 pour le conseil de surveillance. Il est à noter que de façon générale l'art. 1844-10 al. 1 et 2 C. Civ. prévoit que la violation d'une disposition impérative par les statuts est sanctionnée par le caractère non écrit (sauf si la loi prévoit la nullité) mais que les actes pris en violation des mêmes dispositions sont nuls.

¹⁰⁶⁸ En ce sens, sous l'empire de la prescription trentenaire antérieure à la loi du 17 juin 2008 (loi n°2008-561) v. S. GAUDEMET, *op.cit.*, p. 131, §246.

¹⁰⁶⁹ Art. 1844-15 C. Civ. et art. L.235-9 C. Com.

application de la clause léonine¹⁰⁷⁰. Ainsi, en restant sur l'exemple d'une clause léonine, devront faire l'objet d'une restitution, en application des articles 1352 et suivants du Code civil, toutes les sommes indument perçues au cours des trois années précédant la déclaration du caractère non écrit de la clause et un partage proportionnel devra être réalisé en lieu et place de la répartition léonine invalidée¹⁰⁷¹. Il faut noter ici que, si d'aventure aucune règle ne trouvait à s'appliquer de plein droit en lieu et place de la clause effacée, les effets du jugement devraient, *a priori*, être limités à l'avenir. C'est en tout cas ce qu'a considéré la Cour de cassation à propos d'une clause de répartition des charges de copropriété réputée non écrite : puisque la détermination d'une clef de répartition licite supposait une décision judiciaire, la décision constatant le caractère non écrit de la clause initiale ne peut valoir que pour l'avenir¹⁰⁷². Ainsi, au regard de cette précision, le risque de restitutions lié à la reconnaissance du caractère non écrit d'une clause est limité à un retour sur trois années au maximum.

275. Le troisième aspect remarquable concernant la portée de la sanction assure efficacement la pérennité du contrat. Alors que dans le cadre de la nullité le juge est invité à s'interroger sur le caractère déterminant ou non de la clause dont la validité est contestée afin de limiter l'impact de la sanction à la seule clause en retenant une nullité partielle ou au contraire anéantir l'intégralité de l'acte qui la comprend¹⁰⁷³, dans le cadre de la fiction les dommages liés à la sanction sont limités à la clause. Cette limite est intrinsèque au mécanisme de la fiction. Puisque la clause est censée n'avoir jamais existé, le constat de son caractère non écrit ne peut pas remettre en cause l'existence du contrat dans lequel elle est réputée n'avoir jamais été inscrite.

¹⁰⁷⁰ En ce sens v. S. GAUDEMET, *op.cit.*, p. 133, §250 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 303, §467 citant Cass. Com., 3 avril 2007, n°06-10.834 : « attendu que si l'article 1844-10, alinéa 2, du code civil répute non écrite toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du titre IX du livre troisième du même code dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, cette disposition est sans application aux irrégularités affectant les actes ou délibérations des organes de la société, dont la nullité peut seulement être demandée dans les cas prévus par le troisième alinéa du même texte » (autrement dit, les actes pris en raison d'une clause réputée non écrite ne sont eux sanctionnés que par leur nullité), v. sur cet arrêt la note de P. LE CANNU, *Bull. Joly Sociétés*, 2007, p. 894.

¹⁰⁷¹ De façon générale sur les sanctions attachées aux décisions de distribution des dividendes v. D. VELARDOCCCHIO, *Dividendes*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, §118 et s. et sur les sanctions attachées à la méconnaissance d'une disposition impérative v. D. GRILLET-PONTON, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *art.cit.*, p. 259 et s. Pour une étude plus étendue de la nullité : v. *infra*, §280 et s.

¹⁰⁷² Cass. Civ. 3^{ème}, 10 juillet 2013, n°12-14.569, *Bull. civ.*, III, n°98 ; *D.*, 2013, p. 1897, obs. Y. ROUQUET ; *AJDI*, 2014, p. 44, obs. Ch. ATIAS ; *RTD Civ.*, 2013, p. 837, obs. H. BARBIER. Texte de l'arrêt : « lorsqu'il répute non écrite une clause de répartition de charges, le juge doit procéder à une nouvelle répartition, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que la décision de réputer non écrite une telle clause ne peut valoir que pour l'avenir et ne peut prendre effet qu'à compter de la date où la décision a acquis l'autorité de la chose jugée ».

¹⁰⁷³ Le droit positif a consacré cette règle à l'article 1184 du Code civil : la nullité du contrat n'est prononcée que si la cause de nullité affecte un élément déterminant de l'engagement des parties.

En prolongeant l'analogie avec la mise en œuvre de la nullité, il faut considérer que ladite clause ne peut pas avoir été déterminante dans la conclusion du contrat puisqu'elle en est absente depuis l'origine. Ainsi, si une préférence doit être réputée non écrite, le contrat de société dans lequel elle aurait été insérée n'en sera pour autant pas remis en cause. Tout au plus, la suppression de la clause sera suppléée par la norme impérative qu'elle contredisait ou la norme supplétive éventuellement prévue par le législateur si la lacune créée par l'éradication de la clause « *compromet la réalisation de la fin poursuivie par la catégorie de contrat en cause* »¹⁰⁷⁴. Autrement dit, si la suppression de la clause a pour effet d'empêcher la réalisation du contrat, cette lacune sera en principe automatiquement comblée par l'intervention de la norme obligatoire ou supplétive qui permet d'atteindre cet objectif. C'est le cas dans l'hypothèse du non-respect de la prohibition des clauses léonines : si une telle clause est révélée, elle est réputée non écrite et le partage du résultat devra se faire au *pro rata* de la participation au capital, comme le prévoit de manière supplétive l'article 1844-1 du Code civil¹⁰⁷⁵. En effet, le contrat de société suppose un partage du résultat et ne peut fonctionner, conformément aux prescriptions de l'article 1832 du Code civil, à défaut d'un tel partage. Donc la clause opérant un partage léonin sera automatiquement suppléée par l'intervention de la norme supplétive afin de rendre au contrat sa cohérence. Le recours à cette norme supplétive sera nécessaire en cas de mise en œuvre de l'article 1170 du Code civil : le retranchement de la clause litigieuse entraîne mécaniquement le retour à la règle supplétive. Toute norme prévoyant la répartition des prérogatives des associés à défaut de stipulation contraire des statuts sera amenée à être appliquée si la clause réputée non écrite l'est parce qu'elle porte atteinte à l'essence du contrat de société au sens de l'article 1170 du Code civil. Pour ce qui est de l'application de cette même sanction prévue pour les clauses abusives par l'article 1171, la solution est la même. Dès lors qu'une clause sera considérée comme abusive, elle sera éradiquée du contrat sans que celui-ci ne soit remis en cause. Néanmoins, la mise en pratique de la sanction se révèle, à cet égard, peu adéquate.

¹⁰⁷⁴ S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, op.cit., p. 270, §530.

¹⁰⁷⁵ En ce sens v. par ex. Fr-X. LUCAS et M. CAFFIN-MOI, *Théorie des bénéfices et des pertes – clauses léonines*, JCl. Sociétés, Fasc. 15-30, §36.

b. Discussion de la sanction pour les clauses abusives – remise en cause de l'applicabilité du texte

276. La difficulté de mise en œuvre de cette sanction est évidente à l'égard des dispositions de l'article 1171 du Code civil. Pour rappel, ce texte ne trouve à s'appliquer qu'aux contrats d'adhésion. Or, cette qualification pourrait être retenue relativement à certains associés, alors que les mêmes statuts seraient qualifiés de contrat de gré à gré pour les autres. Si cette double qualification peut paraître peu pertinente d'un point de vue théorique, elle s'avère totalement inadéquate si d'aventure une clause était remise en cause sur le terrain de l'excès par un associé. Pour cause, il paraît difficile de considérer que la mise en œuvre de cette disposition conduise à considérer que la clause est réputée non écrite à l'égard des associés pour lesquels la qualification de contrat d'adhésion serait possible, alors qu'elle serait parfaitement valable entre les associés pour lesquels l'existence de négociation du pacte social évince cette qualification au profit du contrat de gré à gré¹⁰⁷⁶.

277. Par exemple, si la clause réputée non écrite en raison de son caractère abusif avait pour objet de conférer un droit de *veto* à un actionnaire, et que cette sanction ne trouvait à s'appliquer qu'à l'égard des parties pour lesquelles le contrat n'avait pas pu être négocié, il s'agirait de considérer que cette même clause serait valable dans les relations entre les actionnaires pour qui les statuts seraient qualifiés de gré à gré. La difficulté que cette situation fait naître est alors évidente : à l'égard des premiers, l'actionnaire titulaire de cette préférence ne pourrait pas mettre en œuvre son *veto*, alors que celui-ci serait totalement valable à l'égard des seconds. Ceci est tout simplement inenvisageable pour les décisions collectives, puisque cela reviendrait non seulement à pouvoir faire échec à la mise en œuvre du droit de *veto*, mais encore à réserver la prise de décision aux actionnaires considérés comme « adhérents » : la décision des actionnaires ayant négocié les clauses est annihilée par l'exercice du droit, et les voix exprimées par les seconds ne peuvent pas être contrées. Ainsi, à chaque fois que le droit spécial litigieux sera mis en œuvre, la décision reviendra finalement à ceux pour qui la clause le prévoyant est réputée non écrite.

278. Un auteur préconise deux solutions à l'égard de cette situation absurde : soit considérer que ce n'est pas la validité de la clause qui doit être remise en cause, mais l'adhésion de l'associé qui n'aurait pas pu la négocier et à l'égard duquel elle aurait un effet abusif ; soit évincer

¹⁰⁷⁶ En ce sens v. J-Fr. HAMELIN, « Le contrat de société », *art.cit.*, p. 11, §38.

purement et simplement l'application de l'article 1171 à l'égard du contrat de société. Pour ce faire, il s'agirait non pas de considérer que le contrat de société n'est jamais un contrat d'adhésion, mais de cantonner le domaine de l'article 1171 aux contrats à titre onéreux, auxquels n'appartiendrait pas le contrat de société qui serait qualifié de contrat mutuel¹⁰⁷⁷. Cette seconde approche revenant à refuser l'application de cette disposition au contrat de société peut paraître la plus appropriée¹⁰⁷⁸.

D'un côté, la première solution proposée est difficilement justifiable : sur quel fondement serait-il possible de prononcer la nullité de l'adhésion d'un associé au pacte social en raison de l'existence d'une clause abusive ? Aucun texte ne semble pouvoir le permettre – et cela paraît d'ailleurs en contradiction totale avec les aspirations du législateur quant à la protection du contractant à l'égard des seules stipulations accessoires et non négociées prévue par le texte. Évincer ce contractant de la société reviendrait à prononcer une sanction à l'encontre de celui qui se prévaudrait d'un excès non admis par le législateur. Cette double peine semble peu justifiable, même si elle peut être opportune eu égard aux conséquences potentielles d'une action pour faire reconnaître le caractère non écrit de la clause sur les relations entre les associés. Il n'est pas possible de régler un litige en sanctionnant le demandeur désigné comme « victime » par la norme invoquée. Cette sanction dissuaderait, de plus, l'associé « victime » de la clause abusive de s'en prévaloir. Il convient donc raisonnablement d'évincer cette solution.

De l'autre, le retranchement du contrat de société du champ d'application de l'article 1171 du Code civil paraît possible et pleinement justifié, non pas en modifiant le texte et en le réservant à certains contrats d'adhésion comme cela est proposé¹⁰⁷⁹, mais en combinant d'une part la difficulté relevée par certains auteurs pour rattacher le contrat de société à la catégorie

¹⁰⁷⁷ En ce sens v. J-Fr. HAMELIN, « Le contrat de société », *art.cit.*, p. 8, §27 : « Les clauses introduisant un traitement différencié des associés font en effet généralement l'objet d'après négociations lors de leur insertion. Il n'en demeure pas moins qu'une difficulté se pose lorsqu'ultérieurement un nouvel associé adhère, sans pouvoir négocier, à une société dans les statuts de laquelle figure une telle clause. Faut-il alors remettre en cause la validité de cette clause ou celle-ci doit-elle être considérée comme acquise ? N'est-ce pas plutôt l'adhésion de ce nouvel associé qui devrait être nulle ? La réponse n'a rien d'évident tout simplement parce que le texte litigieux n'a, encore une fois, été pensé que pour un contrat réalisant un échange dont la formation s'achève par l'acceptation d'une offre » et p. 11, §38 : « Assurément, il est difficile d'admettre qu'une même clause puisse être valable pour un contractant et réputée non écrite pour un autre sous prétexte que le contrat de société serait de gré à gré pour les fondateurs et d'adhésion pour le souscripteur d'une augmentation de capital. En conséquence, la solution la plus simple est sans doute de réserver l'application de l'article 1171 aux contrats d'adhésion qui sont par ailleurs des contrats à titres onéreux. En effet, dès lors que la notion de contrat à titre mutuel est reconnue, elle se distingue du contrat au titre onéreux et échappe à son régime ».

¹⁰⁷⁸ Mais pas dans les termes proposés par l'auteur.

¹⁰⁷⁹ Puisque cela suppose d'une part une intervention législative et d'autre part que ce subterfuge de qualification pourrait de nouveau engendrer des difficultés.

des contrats d'adhésion¹⁰⁸⁰ et d'autre part l'inadéquation de la sanction en cas de double qualification pour le même contrat. Le plus raisonnable semble alors bien de considérer que la qualification de contrat d'adhésion ne sied guère à ce contrat spécial qu'est le contrat de société. Et, comme cela a été relevé par un auteur résolument opposé au rattachement du contrat de société à la catégorie des contrats d'adhésion, l'exclusion du domaine de contrôle des clauses abusives n'a pas pour corollaire d'exclure les clauses contenues dans ces contrats de tout contrôle : « ces contrôles relèvent seulement d'une autre logique »¹⁰⁸¹.

279. En reprenant l'hypothèse précédemment avancé du droit de *veto* : si une telle préférence ne peut pas faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité au regard de l'article 1171 du Code civil, il n'en demeure pas moins que sa validité est largement encadrée par le droit des sociétés. À ce titre, s'il est possible qu'un associé de SAS se voit attribuer un droit général de *veto* dans le cadre des décisions collectives, ceci ne sera possible qu'à condition que les autres associés conservent un droit de vote¹⁰⁸². La préférence qui lui est accordée ne lui permet pas de prendre des décisions en lieu et place de ses associés mais uniquement de s'y opposer¹⁰⁸³. Si un abus est constaté dans son opposition, la théorie de l'abus du droit de vote pourra être mise en œuvre par ceux qui ne disposent pas de ce droit¹⁰⁸⁴. Ainsi, l'excès est encadré spécialement par le droit des sociétés. Par suite, s'il on admet que les rédacteurs des statuts peuvent faire fi de l'article 1171 du Code civil à l'égard des clauses qu'ils prévoient, les stipulations en cause ne sont pas pour autant dénuées de tout contrôle de l'excès, lequel se fera à l'aune de la notion de d'intérêt social¹⁰⁸⁵.

2. Les nullités

La violation d'une norme impérative est généralement sanctionnée par la nullité. Ainsi, les conditions de formation et de validité du contrat sont assujetties à ce risque. Les causes de nullité, en droit commun des obligations, peuvent voir leurs effets limités aux clauses qu'elles condamnent ou s'étendre à l'intégralité du contrat. Cette sanction comporte

¹⁰⁸⁰ Cf. *supra*, n°264 et s. Sur la question v. notamment Fr. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *art.cit.*, p. 1137 et s.

¹⁰⁸¹ Fr. CHÉNEDÉ, *art.cit.*, *loc.cit.*

¹⁰⁸² Cf. *supra*, n°270. Sur cette question, v. notamment H. HOVASSE, « Le droit de *veto* », *art.cit.*, §9 et s.

¹⁰⁸³ C'est le principe du droit de *veto* : il s'agit d'un droit d'opposition. Le détenteur de ce droit ne vote pas en lieu et place des autres associés, il a seulement le pouvoir de s'opposer à la décision que ces derniers auraient pris.

¹⁰⁸⁴ V. *supra*, n°237.

¹⁰⁸⁵ V. *supra*, n°238 et s.

donc un risque quant à la survie du pacte social. Cependant, cette menace pour la préférence et la société est à relativiser à bien des égards. Non seulement le droit commun permet de limiter les effets de la nullité sur le contrat dans certaines hypothèses mais le droit des sociétés ne permet quant à lui qu'exceptionnellement le recours à cette sanction.

a. Principe : une sanction comportant des risques pour l'existence du pacte social

On l'a vu, la préférence pourrait se voir remise en cause sur le terrain des vices affectant la formation du contrat dont les conditions sont prévues aux articles 1112 et suivants du Code civil¹⁰⁸⁶. Or, au titre des sanctions prévues par le législateur, la nullité tient une place importante et le principe consacré par l'article 1178 du même Code est qu'« *un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul* ». Cette première disposition de la section relative aux sanctions attachées à la formation du contrat met en évidence l'insécurité juridique inhérente à la mise en œuvre de la théorie des nullités¹⁰⁸⁷ : par exemple, un défaut dans le consentement d'une partie au contrat peut faire échec à la validité de formation de ce dernier. Néanmoins, si ce texte général, venant faire écho à la sanction prévue pour chacun des vices affectant la formation du contrat, paraît de prime abord être le principe, la nullité de l'intégralité de l'acte n'est pas inéluctable. L'article 1184 module en effet expressément l'étendue de la sanction en précisant que « *lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles* ». Le législateur a ainsi consacré la mise en œuvre prétorienne de la nullité partielle¹⁰⁸⁸ de l'acte permettant le maintien

¹⁰⁸⁶ V. *supra*, n°249 et s.

¹⁰⁸⁷ Cette insécurité juridique liée à la théorie des nullités est notamment rappelée par D. GRILLET-PONTON, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *art.cit.*, p. 259, §1 – pour ce qui est du régime de la nullité, il suffit de se reporter aux articles 1179 et s. C. Civ. (nullité relative/absolue – régime des restitutions) : seule la question du risque sera ici abordée pour plus de clarté.

¹⁰⁸⁸ Cette absence antérieure de disposition relative à l'étendue de la nullité et aux possibilités de modulation, si elle avait été apprivoisée par la jurisprudence, était critiquée. V. par ex. Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op.cit.*, p. 462, §420. Cette lacune a été rappelée par le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « *L'article 1184 précise l'étendue de la nullité lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, le code civil étant lacunaire sur cette question, contrairement à d'autres législations européennes* ».

du contrat lorsque les circonstances le justifient¹⁰⁸⁹. La formulation retenue suggère même que le principe est la nullité partielle et que la nullité de l'acte ne sera retenue que de manière exceptionnelle¹⁰⁹⁰. Il reviendra donc à celui qui invoque la nullité de la préférence d'en rapporter le caractère déterminant pour que l'existence de la société puisse potentiellement être remise en cause¹⁰⁹¹. Faute d'apporter cette preuve, seule la nullité de la clause sera retenue.

280. Une difficulté surgit cependant lorsque le texte est appliqué au contrat de société : la nullité du contrat est encourue lorsque la clause a été déterminante de « *l'engagement des parties ou de l'une d'elles* ». Or, il est tout à fait possible que la préférence ait été déterminante de l'engagement d'un seul associé et qu'elle remette ainsi en question la relation de tous les autres dans le cadre du pacte social. Pour reprendre l'exemple de l'erreur sur l'espérance de gain précédemment développé¹⁰⁹² : si le défaut de rentabilité peut éventuellement être neutralisé par le recours à la notion d'aléa, le risque que l'erreur soit néanmoins considérée comme déterminante existe comme en matière de contrat de franchise¹⁰⁹³. Ainsi, si l'entrée d'un associé a été déterminée par une présentation optimiste des gains qu'il en retirerait, l'application de l'article 1184 devrait conduire à la nullité du contrat qui porte la préférence. Le droit des sociétés n'est pas d'un secours absolu ici : comme il le sera rappelé plus tard, celui-ci limite drastiquement les cas de nullité du contrat ; cependant, les « *causes de nullité des contrats en général* » sont bien comprises dans les cas de nullité de la société¹⁰⁹⁴.

281. Ainsi, si un vice du consentement peut être relevé à l'égard de la préférence insérée dans les statuts, le risque est la nullité de la société. Et si l'article 1844-12 soumet l'action fondée sur un vice du consentement à un délai de forclusion de six mois – donc très bref – avec une possibilité de régularisation ou de rachat des droits sociaux de l'intéressé, ce qui annihile

¹⁰⁸⁹ Ainsi, la jurisprudence avait à de nombreuses reprises reconnu que la nullité d'une clause déterminante du consentement des parties devait rejaillir sur l'intégralité de l'acte (ex : Cass. Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2017, n°16-17.184) alors que la nullité partielle, limitée à la clause litigieuse, devait être retenue dès lors qu'elle n'était pas déterminante du consentement (ex : Cass. Civ. 1^{ère}, 11 décembre 1990 – il convient ici de noter que les juges utilisent alors de manière inadéquate le vocable de « clause non écrite »).

¹⁰⁹⁰ En ce sens v. notamment N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op.cit.*, p. 84.

¹⁰⁹¹ *Ibidem*.

¹⁰⁹² V. *supra*, n°250.

¹⁰⁹³ Pour rappel, v. Cass. Com., 4 octobre 2011, n°10-20.956, *JCP*, 2012, p. 135, note J. GHESTIN ; D., 2011, p. 3052, note N. DISSAUX. Extrait de l'arrêt : « *après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise* ».

¹⁰⁹⁴ Art. 1844-10 C. Civ. et L 235-1 C. Com.

presque l'efficacité de la sanction encourue, il n'en reste pas moins que le risque existe dans le cadre des sociétés civiles, des sociétés en nom collectif et en commandite simple¹⁰⁹⁵. À cet égard, selon un auteur, « *il aurait été bon de prévoir que, dans un contrat à titre mutuel, lorsque la cause de nullité ne vicie que l'engagement d'un cocontractant, seul ce dernier est nul, sauf si l'exercice de l'activité commune est compromis* »¹⁰⁹⁶. Il serait en effet plus sécurisant, pour les parties, d'être assurées que la survie de la société ne pourra pas être remise en cause sur le terrain des vices du consentement par la stipulation d'une préférence.

b. Domaine amplement restreint par le droit des sociétés

282. Alors que la nullité prévue par le droit commun des contrats semble déjà gouvernée par un souci de maintien du contrat, diverses dispositions applicables aux sociétés viennent encore amoindrir les menaces de cette sanction. Pas de nullité sans texte, tel est le principe qui gouverne la matière.

Guidé par une volonté de préserver la structure sociale dont la disparition pourrait nuire aux tiers ayant contracté avec elle au-delà des contractants au pacte social, le législateur a tout d'abord pris le soin par le biais des articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce d'énumérer limitativement les cas dans lesquels le contrat pourrait être anéanti dans son ensemble. Ainsi, la nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1 et 1833 du Code civil ainsi que des causes de nullité des contrats en général. La société pourrait donc être annulée si elle ne comportait qu'un associé en dépit de l'exclusion de la forme unipersonnelle pour le type de société concerné, ou encore en cas d'absence d'apports, que ceux-ci soient inexistantes ou fictifs, ou d'*affectio societatis* ou d'intérêt commun entre les associés. Pour ce qui est des causes de nullité des contrats en général, la nullité de la société pourra résulter d'un objet ou d'une cause illicite, d'un vice du consentement ou de l'incapacité d'un associé. Mais, comme cela a déjà été évoqué, ces sanctions sont également encadrées par le droit des sociétés, puisque ces deux vices devront

¹⁰⁹⁵ En effet, dans les sociétés par actions et les SARL, l'article L. 235-1 C. Com. évince expressément la nullité pour vice du consentement ou incapacité « *à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs* ». Cette même limite au prononcé de la nullité est consacrée par l'art. 11 de la directive 2017/1132/CE du 14 juin 2017, applicable aux sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée, sociétés par actions simplifiées. En vertu de cette disposition, la nullité de la société ne peut être prononcée qu'en cas d' « *incapacité de tous les associés fondateurs* ».

¹⁰⁹⁶ J-Fr. HAMELIN, « Le contrat de société », *art.cit.*, p. 11, §38.

affecter l'ensemble des associés dans les sociétés à responsabilité limitée et par actions pour pouvoir entraîner la nullité de la structure¹⁰⁹⁷. À ces cas s'ajoutent ceux prévus par une disposition expresse du Livre II du Code de commerce, qui se limitent en réalité aux prévisions de l'article L. 235-2 du Code de commerce en vertu duquel, les sociétés en nom collectif et en commandite simple doivent accomplir les formalités de publicité imposées par les textes à peine de nullité, sachant que cette dernière peut être écartée par le juge.

283. Et si les causes de nullité sont strictement encadrées par les textes, l'existence de l'une d'entre elles n'aura pas nécessairement pour effet le prononcé de celle-ci en cas d'action en ce sens. En effet, outre leur nombre limité, le législateur a permis une modulation des effets de leur révélation. Que la société soit civile ou commerciale, hormis les cas d'illicéité de l'objet social qui ne souffrent d'aucune régularisation, tant que le tribunal n'a pas statué au fond il est possible pour les associés de couvrir cette nullité¹⁰⁹⁸. De plus, le tribunal saisi d'une demande en nullité d'une société ne peut statuer moins de deux mois après l'introduction de l'instance et peut offrir un délai aux associés pour procéder à la couverture de la nullité invoquée¹⁰⁹⁹. L'action en nullité est en outre enfermée dans un délai de prescription de trois ans¹¹⁰⁰. Ainsi, si les associés font preuve de diligence et souhaitent maintenir la structure à laquelle ils sont parties, il sera aisé d'échapper au prononcé de la nullité.

Ensuite, si le droit interne des sociétés a pris le soin de restreindre les causes de nullités, les sociétés entrant dans le champ d'application de la directive 2017/1132/CE du 14 juin 2017¹¹⁰¹ ne peuvent se voir annuler pour des causes qui ne seraient pas prévues par ce texte. Ainsi, ces structures ne peuvent être sanctionnées par la nullité que dans les cas suivants : « *le défaut d'acte constitutif ou l'inobservation, soit des formalités de contrôle préventif, soit de la forme authentique* » ; « *le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société* » ; « *l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social* » ; « *l'inobservation des dispositions de la législation nationale relatives à la libération minimale du capital social* » ; « *l'incapacité de tous les associés fondateurs* » ;

¹⁰⁹⁷ Art. L. 235-1 C. Com., cette disposition figurait déjà dans la loi du 24 juillet 1966 à l'article 360.

¹⁰⁹⁸ Art. 1844-11 C. Civ. et L. 235-3 C. Com.

¹⁰⁹⁹ Art. 1844-13 C. Civ. et L. 235-4 C. Com.

¹¹⁰⁰ Art. 1844-14 C. Civ. et L. 235-9 C. Com.

¹¹⁰¹ Reprenant et abrogeant la directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers. La directive de 2009 reprenait elle-même la directive 68/151/CE du 9 mars 1968.

« le fait que, contrairement à la législation nationale régissant la société, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux »¹¹⁰².

Partant, même si la préférence mise en place dans les statuts pourrait avoir pour effet, au regard du droit commun, d'entraîner la nullité de la structure, entre limitation des causes admises et possibilité de couverture de celle-ci, la sanction ne sera que très rarement prononcée. En cas de doute sur la licéité d'un aménagement, les associés prendront la plupart du temps un risque qui se limitera à la nécessité de revoir leur partition avant tout prononcé de la sanction.

284. Enfin, la préférence dont le support statutaire serait nul peut faire l'objet d'une mise en œuvre au travers d'actes ou délibérations de la société. Or, la nullité de ces événements est elle aussi strictement encadrée par les articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce : seuls les actes et délibérations intervenus en violation d'une disposition impérative propre aux sociétés ou des lois qui régissent les contrats en général.

Eu égard à ces textes il convient tout d'abord de noter qu'ils ne font référence qu'aux dispositions impératives de nature législative. Ainsi aucune nullité ne pourra résulter de la violation d'une prescription réglementaire. Néanmoins, bien que non expressément visées, en réalité, si leur atteinte entraîne une remise en cause d'une disposition impérative de la loi, alors la nullité trouvera de nouveau à être applicable en tant que sanction.

Ensuite, les règles visées par ces textes ne sont pas toujours aisées à identifier, puisque si certaines font état d'une impérativité expressément formulée par le texte, d'autres normes pourront être appréciées comme impératives par les juges qui disposent alors d'un large pouvoir d'appréciation. Pour ce qui est des normes impératives qui pourraient être contredites par la préférence et dont la mise en œuvre résulterait d'une décision collective des associés, se trouvent par exemple les règles de *quorum* imposées par l'article L. 225-98 alinéa 2 du Code de commerce, ou encore les règles relatives à la compétence de l'assemblée générale extraordinaire prévues par l'article L. 225-96 du même Code. Il est tout à fait envisageable que la préférence mise en place par les statuts contrevienne à ces règles impératives, et que des décisions soient prises en vertu de ces clauses pourtant nulles. Dans ce cas, les décisions qui en résultent seraient elles-mêmes nulles.

¹¹⁰² Art. 11 Directive 2017/1132/CE (ancien article 12 de la directive 2009/101/CE, lui-même issu de l'ancien article 11 de la directive 68/151/CE). Certaines causes de nullité sont donc déjà exclues par le droit interne, antérieurement à ces directives.

285. Enfin, se pose la question de la sanction que pourrait revêtir la violation de la préférence prévue par une clause statutaire par la voie d'une décision collective. Les textes ne visant que la violation d'une disposition impérative, *a priori* la nullité ne devrait pas être retenue. Cependant, par un arrêt en date du 18 mai 2010¹¹⁰³, la Cour de cassation a admis la nullité d'une décision collective lorsqu'il « *a été fait usage de la faculté ouverte par une disposition impérative d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci* » et que les prévisions statutaires en découlant ne sont pas respectées. Tel serait probablement le cas de la violation d'un droit de vote double attribué par prévision statutaire en vertu de l'article L. 225-123 du Code de commerce, présenté comme une exception à la proportionnalité du droit de vote dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions par l'article L. 225-122. Il y a en effet une règle impérative à laquelle il est permis un aménagement conventionnel, ce qui semble entrer dans la prévision de la Cour de cassation. En revanche, si un droit identique est bafoué lors d'une décision collective dans une société par actions simplifiée, aucune règle impérative n'étant prévue à l'égard de cette prérogative, la décision frauduleuse ne pourra pas être sanctionnée par la nullité. Seule une potentielle condamnation des dirigeants pourra venir sanctionner ce non-respect des prévisions statutaires¹¹⁰⁴.

Ainsi, les cas de nullité sont particulièrement restreint en droit des sociétés, et cette sanction ne constitue pas à proprement parler la sanction commune, soit qu'elle soit purement et simplement écartée au profit d'une mise en cause de la responsabilité des acteurs sociaux, soit qu'elle puisse être couverte afin d'éviter toute remise en cause de l'existence de l'être social. Aux côtés de ces deux échappatoires, les cas où la nullité pourra réellement être prononcée sont relativement rares.

§2. Liberté contractuelle, préférence et renonciation à des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux peuvent faire l'objet d'aménagements contractuels. Il en est ainsi de la liberté d'entreprendre qui peut faire l'objet d'une renonciation contractuelle à certaines conditions sous la forme d'une clause de non-concurrence¹¹⁰⁵ ou encore de la liberté

¹¹⁰³ Cass. Com., 18 mai 2010, n°09-14.855, *Bull. civ.*, IV, n°93 ; *Revue des sociétés*, 2010, p. 374, note P. LE CANNU.

¹¹⁰⁴ V. art. 1850 C. Civ., L. 223-22 et L. 225-251 C. Com.

¹¹⁰⁵ Ex : Cass. Com., 31 janv. 2012, n°11-11.071, *Bull. civ.*, IV, n°17 ; *D.*, 2012, p. 501, obs. E. CHEVRIER.

matrimoniale qui peut se trouver contractualisée dans les relations de travail¹¹⁰⁶. Il est possible d'imaginer que la préférence statutaire ait aussi pour effet de porter atteinte à ces droits. Tel serait aussi le cas d'une préférence dont l'objet serait accordé ou refusé aux associés en considération de critères discriminatoires et à ce titre contraires à des droits fondamentaux comme le sexe, l'âge ou les convictions religieuses par exemple. Il convient alors de s'interroger sur les limites de la liberté contractuelle, sur la possibilité de renoncer aux droits fondamentaux au travers d'une préférence en examinant d'une part les conditions de validité de tels aménagements (A) et d'autre part l'efficacité de ces conditions au regard des sanctions qui sont attachées à leur non-respect (B).

A. L'objet du contrôle de la préférence restreignant des droits fondamentaux

L'idée d'une indisponibilité des droits fondamentaux doit être abandonnée¹¹⁰⁷. Si leur indisponibilité était réelle et totale, aucune conciliation entre droits concurrents ne serait possible. Or, il est fréquent qu'une balance entre deux libertés antagonistes soit opérée. Ainsi en est-il des confrontations régulières entre vie privée et liberté de l'information dans lesquelles le juge doit procéder à une balance entre les intérêts divergents protégés. La légitimité de l'atteinte sera alors appréciée *in concreto*¹¹⁰⁸. Au-delà de cette confrontation directe opérée par les juges, il est également admis que ces droits fassent l'objet d'une contractualisation. Tel est le cas en matière de clause de non-concurrence, où l'atteinte à liberté individuelle d'exercer une activité professionnelle peut faire l'objet d'un rachat¹¹⁰⁹. L'autonomie de la volonté permet

¹¹⁰⁶ Ex : Ass. Plén. 19 mai 1978, n°76-41.211 : « *il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels ou les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement* » : en l'occurrence, alors qu'aucune clause de son contrat de travail conclu avec un établissement catholique ne le prévoyait, une institutrice se voit licenciée pour divorce et remariage. Ce motif est considéré comme valable par la cour de cassation qui considère que « *lors de la conclusion du contrat par lequel cet établissement s'était lié à ce professeur, les convictions religieuses de ce dernier avaient été prises en considération et que cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante. Ils en ont justement déduit qu'il incombait au salarié, selon la législation alors en vigueur, d'établir la faute commise par son employeur dans l'exercice de son droit de rompre et ont pu décider que l'institution attachée au principe de l'indissolubilité du mariage qui avait agi en vue de sauvegarder la bonne marche de son entreprise en lui conservant son caractère propre et sa réputation, n'avait commis aucune faute.* ».

¹¹⁰⁷ V. par ex. sur l'affirmation d'une sorte d'indisponibilité v. J. HAUSER, « Liberté du travail et indisponibilité des droits fondamentaux », *RTD Civ.*, 2003, p. 58.

¹¹⁰⁸ V. les nombreuses illustrations jurisprudentielles de la balance des intérêts opérée par le juge sous l'article 9 du Code civil : ainsi, entre le respect de la vie privée et la liberté d'expression/ le respect de la vie privée et les droits de la défense etc.

¹¹⁰⁹ En ce sens v. notamment G. PIGNARRE, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats*, 2013, n°1, p. 251, §32.

alors de contracter sur les prérogatives protégées et d'y renoncer¹¹¹⁰. Cependant, la contractualisation permise n'est pas sans limites : elle est avant toute chose et très logiquement soumise aux conditions de droit commun de validité du contrat (1) mais également à un contrôle spécifique de proportionnalité, consistant en la recherche d'un équilibre entre atteinte et respect des intérêts en présence (2).

1. Une liberté soumise au droit commun : la question de la contrepartie

286. Dès lors que l'atteinte à un droit fondamental se trouve concrétisée par une clause statutaire, celle-ci est en premier lieu soumise aux conditions de droit commun de validité de toute clause contractuelle. Ainsi, l'atteinte devra notamment avoir fait l'objet d'un consentement libre et éclairé, exempt de tout vice. S'il n'est pas question ici de procéder à un rappel de l'intégralité des conditions de formation et de validité du contrat telles que prévues par les articles 1102 et suivants du Code civil¹¹¹¹, une problématique à mi-chemin entre le contrôle de proportionnalité et le droit commun mérite cependant d'être plus amplement étudiée quant au contenu du contrat : la nécessité d'une contrepartie.

La validité de la renonciation à un droit fondamental est en effet parfois subordonnée à l'existence d'une contrepartie suffisante. Il en est ainsi pour les clauses de non-concurrence, pour lesquelles l'atteinte à la liberté d'exercer librement une activité professionnelle/liberté économique individuelle suppose, outre une limitation spatiale et temporelle, une contrepartie financière suffisante. Si cette exigence ne se retrouve pas à l'égard de toutes les atteintes contractuelles à de tels droits, la question d'une rémunération, de quelque nature que ce soit, doit être soulevée à l'égard de la préférence portant renonciation à un droit fondamental. En d'autres termes, il est possible de se demander si, contrairement au cas général de la préférence qui ne nécessite pas de contrepartie¹¹¹², il existe une exception lorsque la préférence a pour objet ou effet de restreindre un droit fondamental.

¹¹¹⁰ Sur cette question v. notamment R. DIJOUX, « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *LPA*, 2011, n°214, p. 12 et s.

¹¹¹¹ V. *supra*, n°249 et s. Sur les conditions de formation et de validité du contrat, v. S. PORCHY-SIMON, *Les obligations*, 11^{ème} éd., Dalloz, coll. HyperCours, 2019, p. 53 et s., §84 et s. ou encore Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op.cit.*, p. 107 et s. pour un rappel de ces conditions avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016.

¹¹¹² V. *supra*, n°81 et s., et n°240.

Il convient alors de s'interroger sur la justification fondamentale de l'existence d'une contrepartie lorsqu'elle est imposée pour déterminer si un raisonnement analogique est possible à l'égard de la préférence portant renonciation à un droit fondamental. Lors de l'avènement de cette condition de validité pour les clauses de non-concurrence, il avait été reproché à la jurisprudence antérieure d'avoir refusé la nécessité d'une telle contrepartie sur le fondement de l'autonomie de la volonté car « *la référence au paradigme de l'autonomie de la volonté paraît pour le moins fictive en matière de droit du travail* »¹¹¹³. Il est alors fait référence au manque de latitude du salarié de négocier une telle contrepartie¹¹¹⁴. Vu à travers le prisme du droit des obligations, l'exigence d'une contrepartie pour la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail se justifie : il s'agit, souvent, d'un contrat d'adhésion¹¹¹⁵. Pour ce type de contrat, il faut se référer à l'article 1171 et au contrôle des clauses abusives. La contrepartie semble alors nécessaire pour justifier l'atteinte car, à défaut, un déséquilibre significatif pourrait être relevé. Faute de jurisprudence spécifique à la question de la préférence, il semble que le même raisonnement doit être tenu. Si l'entrée de l'associé, pour lequel la préférence entraînant renonciation à une liberté ou un droit fondamental s'impose, le met dans une position d'adhérent au pacte social, cela amène à se poser la question d'une contrepartie. En revanche, si la qualification de contrat d'adhésion est exclue, ce qui est fortement probable¹¹¹⁶, aucune contrepartie ne semble obligatoire.

Cependant, si cette solution rapproche cette préférence particulière de la préférence « commune » pour laquelle la question de contrepartie a été également exclue¹¹¹⁷, la renonciation à un droit fondamental qu'elle emporte subordonne-t-elle sa validité à la mise en

¹¹¹³ S. CHOISEZ, « La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail », *Droit social*, 1993, p. 662.

¹¹¹⁴ S. CHOISEZ, *art.cit.* : « *Trop satisfait de trouver un emploi, le salarié sera généralement peu porté à discuter cette disposition du contrat* », et notamment l'existence d'une contrepartie à l'exécution de la clause de non-concurrence. *Le salarié restera soumis au principe de l'autonomie, de la volonté, c'est-à-dire au pouvoir de fait du rédacteur du contrat de travail qui, le plus souvent, refusera d'accorder cette contrepartie* ».

¹¹¹⁵ Pour rappel, au-delà des termes de l'article 1110 al.2 du C. Civ., ce contrat peut être défini par le truchement de son élément caractéristique « *qui réside dans la détermination unilatérale et définitive des conditions générales du contrat que l'adhérent ne peut refuser sans renoncer à la conclusion de la convention* » : Fr. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *art.cit.*, p. 1336.

Sur la qualification de contrat d'adhésion et ses conséquences sur le contrat de travail v. notamment S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Droit social*, 2016, p. 650 : « *Il semble beaucoup facile d'admettre que le contrat de travail soit qualifié de contrat d'adhésion dont il est certainement l'une des illustrations les plus communes. Encore faut-il, certainement, ne pas trop généraliser cette affirmation : les contrats de travail sont souvent des contrats d'adhésion, ce qui ne signifie pas qu'ils relèvent par principe de cette qualification* ».

¹¹¹⁶ V. *supra*, n°261 et s.

¹¹¹⁷ V. *supra*, n°81 et s.

œuvre d'un second contrôle spécifique qui lui est propre, à savoir le contrôle de proportionnalité ?

2. Une liberté soumise au contrôle de proportionnalité ?

« Le contrôle de proportionnalité a pour objet de faire la balance entre les droits et intérêts en présence (...) lors de l'application de la règle à un cas particulier. Il peut conduire à écarter cette application in casu lorsque celle-ci porterait une atteinte excessive aux droits et libertés reconnus à l'individu. Ce contrôle doit s'effectuer au regard des droits et libertés tels que garantis par les normes internes comme par les normes européennes et internationales »¹¹¹⁸.

287. La spécificité du contrôle des droits fondamentaux repose sur la notion de proportionnalité, soit la mesure de la justification de l'ingérence réalisée sur un tel droit par l'une des parties¹¹¹⁹. Ce contrôle, dont la Cour de cassation s'est récemment emparée¹¹²⁰, n'a pas encore donné lieu à une définition claire des données et modalités sur lesquelles il repose dans les relations entre cocontractants¹¹²¹. Et alors que le projet de réforme du Code civil proposait un article 1102 en vertu duquel « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché »¹¹²², la seconde partie de ce texte a été amputée, de sorte qu'aucune indication n'a subsisté quant au sort à réserver à l'atteinte à ces droits. Or, atteintes à l'ordre public et aux

¹¹¹⁸ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656, introduction.

¹¹¹⁹ En ce sens v. F. MARCHADIER, « Le contrôle du contrat au regard des droits fondamentaux : une question qui ne se pose pas et dont la réponse est évidente ? », *Revue des contrats*, 2016, n°3, p. 518.

¹¹²⁰ Sur cette question v. les travaux de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation et notamment sur le contrôle de proportionnalité : Ch. JAMIN, *Contrôle de proportionnalité : "Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux"*, 30 mars 2015. Disponible sur <https://www.courdecassation.fr>.

¹¹²¹ V. en ce sens les interrogations soulevées par F. MARCHADIER, *art.cit.* quant au contrôle des droits fondamentaux suite à la réforme du droit des contrats : « Le vœu de modernité et de clarté qui a motivé la réforme est ici pris en défaut. Si le contrôle de proportionnalité consiste toujours à apprécier l'adéquation d'un moyen (la restriction au droit fondamental) à une fin (dont la légitimité et la réalité doivent être établies), le législateur a perdu l'occasion d'en déterminer le contenu dans les relations entre les cocontractants (intérêt de celui qui subit l'atteinte, de celui qui profite de l'atteinte, d'un intérêt collectif, voire de l'intérêt général) ».

¹¹²² Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015 sur le site du ministère de la justice, p. 2 :

<http://www.justice.gouv.fr/publication>.

libertés fondamentales ne peuvent se confondre. Alors que les premières relèvent d'une appréciation objective conduisant à une réponse binaire – convention valable ou non –, les atteintes aux libertés fondamentales supposent une évaluation *in concreto* des causes pour déterminer si celles-ci sont justifiées ou non¹¹²³. Ainsi, en dépit de la formulation retenue par l'article 1102, il est nécessaire de réserver un sort spécifique à la contractualisation des libertés fondamentales. Il s'agit alors de s'interroger sur les contours du contrôle qui sera opéré sur ces clauses, sur les critères qui seront pris en compte par le juge pour pondérer les intérêts en présence. Trois questions doivent alors se poser : la clause entre-t-elle dans le champ d'application de ce contrôle spécifique ? L'aménagement porte-t-il atteinte à la liberté en cause ? L'atteinte est-elle justifiée et proportionnée ? La sanction ne sera en effet encourue que si la clause porte réellement atteinte à un droit fondamental de façon non justifiée et non strictement proportionnée. Il faut une adéquation du moyen à la fin poursuivie.

Premièrement, pour qu'un contrôle soit justifié, il faut qu'un droit considéré comme fondamental soit en jeu. Il ne suffit pas de brandir une disposition générale, un fondement vague, encore faut-il que la renonciation avancée fasse réellement l'objet d'une protection¹¹²⁴. Il existe un noyau dur de droits et libertés fondamentaux qui ont été consacrés à maintes reprises tant par le juge administratif que judiciaire¹¹²⁵. Parmi ces derniers, au titre de ceux qui pourraient faire l'objet d'une renonciation au sein d'une clause statutaire, se trouvent la liberté d'entreprendre, le libre exercice d'une activité professionnelle, le droit au respect de la vie privée, le droit de propriété, la liberté de conscience et de culte, le droit de mener une vie familiale normale, l'égalité des sexes. Ce noyau dur est complété par des droits fondamentaux spécifiques au droit privé¹¹²⁶, tels la liberté du mariage, laquelle est bien distincte d'un droit fondamental au divorce qui ne fait quant à lui pas l'objet d'une reconnaissance, ou encore le droit pour les associés de participer aux décisions collectives. Or, la première difficulté est que la notion même de droits fondamentaux est difficile à cerner¹¹²⁷ puisqu'au-delà des textes, il apparaît que le « *juge judiciaire dispose d'une grande liberté pour dégager des droits*

¹¹²³ En ce sens v. A-A. HYDE, « Contrats et droits fondamentaux : propos critiques sur le “membre fantôme” de l'article 1102 al. 2 nouveau du code civil », *RDLF*, 2016, chronique n°20.

¹¹²⁴ V. en ce sens H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *art.cit.*, *loc.cit.*

¹¹²⁵ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé », *JCP E*, 2007, n°49, *doctr.* 211, §22.

¹¹²⁶ V. pour ex. X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé », *art.cit.*, §24 et s.

¹¹²⁷ En ce sens v. par ex. X. DUPRÉ DE BOULOIS, *art.cit.* ; N. MOLFESSIS, « Droit fondamental – Un label incontrôlé », *JCP G*, 2009, n°25, 32.

fondamentaux »¹¹²⁸. Ainsi, entre pouvoir d'appréciation ou de création prétorienne, cette première condition est moins évidente à caractériser qu'elle ne peut le paraître¹¹²⁹.

Une fois la liberté fondamentale identifiée, pour qu'une remise en cause soit possible, encore faut-il qu'une clause y porte réellement atteinte. Ainsi, s'il existe bien un droit fondamental consacrant la liberté matrimoniale, aucun texte ni aucune jurisprudence ne proclame un droit au divorce – il suffit qu'un autre choix soit possible¹¹³⁰. Partant, il sera possible par exemple de subordonner l'octroi d'une préférence au maintien de la situation conjugale de l'associé. En revanche, si la préférence est conditionnée au mariage de l'associé, il faudra se demander si cette atteinte est justifiée et strictement proportionnée au but poursuivi.

288. La justification consiste à mettre en avant un intérêt légitime qui viendrait contrebalancer l'atteinte. En d'autres termes, il s'agit de prouver que l'atteinte a été réalisée dans le but de sauvegarder un autre intérêt. À l'égard de la préférence entre associé, l'intérêt qui pourrait justifier l'atteinte à une liberté fondamentale semble devoir être l'intérêt social. Mais à lui seul, cet intérêt ne suffit pas à se prononcer en faveur de la légitimité de l'atteinte. Il faut que cette atteinte soit indispensable à la réalisation de cet intérêt. Autrement dit, si l'existence d'un intérêt antagoniste est indispensable pour que l'atteinte soit admise, il faut en plus que cette dernière constitue le seul moyen de préserver l'intérêt mis en balance avec celui auquel il a été porté atteinte. Pour reprendre l'exemple de la clause de célibat précédemment évoqué, il semble difficile de se prononcer en faveur de sa légitimité dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité : l'atteinte ne sera *a priori* que très rarement justifiée par l'intérêt social et il paraît encore moins évident de considérer qu'une telle clause constitue le seul moyen de satisfaire l'intérêt supérieur de la personne morale.

¹¹²⁸ X. DUPRÉ DE BOULOIS, *art.cit.*, §19.

¹¹²⁹ En ce sens et pour un exemple v. H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *art.cit.* : « La chose n'a rien d'évident, comme l'a montré la décision rendue en référé par le Conseil d'État dans l'affaire des gamètes du conjoint décédé: la veuve en demandait le transfert en Espagne afin d'y procéder à une insémination artificielle prohibée en France. En l'espèce, la requérante s'appuyait sur l'article 8 de la Convention européenne et le Conseil d'État a rendu sa décision d'autorisation au visa de ce texte ; mais ni la requérante, ni le juge ne précisent quelle dimension du droit au respect de la vie privée et familiale était en jeu. Or, si l'on se réfère à la jurisprudence de la CEDH, on peut s'interroger sur la réalité des « droits » invoqués par la demanderesse et, en tout cas, sur leur consistance. Le droit au respect de la vie familiale semble ici hors-jeu, ne serait-ce que parce que la CEDH ne protège qu'une vie familiale existante et non un simple projet de vie familiale ».

¹¹³⁰ V. en ce sens notamment CEDH, 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, n°11329/85, *RTD civ.*, 1989, p. 408 ; ou encore, CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, n°9697/82, *AFDI*, 1987, p. 239, note V. COUSSIRAT-COUSTÈRE; *CDE*, 1988, p. 464, note G. COHEN-JONATHAN.

Cependant, aucune grille de lecture certaine ne peut être avancée eu égard à l'exercice par le juge d'un contrôle subjectif. « À la différence du contrôle traditionnel de police du contrat via l'ordre public, le contrôle de proportionnalité introduit une dose de relativité voire de relativisme. En mettant en œuvre le contrôle de proportionnalité, le juge opère nécessairement au cas par cas pour pondérer les intérêts en présence. Il en résulte qu'en fonction des espèces, l'atteinte à une même liberté pourra être tantôt autorisée, tantôt proscrite, selon qu'elle apparaît ou non justifiée par une finalité admise par l'ordre social, et proportionnée à ladite finalité »¹¹³¹. La balance des intérêts privés en présence relève de la casuistique et il n'est pas exclu que la préférence portant sur une liberté fondamentale donne lieu à une appréciation *in concreto* des juridictions qui pourront considérer qu'elle n'est ni justifiée ni proportionnée au but poursuivi ou au contraire que l'aménagement est tout à fait valable au regard de la nécessité de protection de l'intérêt social. Partant, il faut s'interroger sur la sanction qui résulterait de la qualification d'une telle atteinte.

B. La sanction civile de l'atteinte contractuelle aux droits fondamentaux

Alors que l'avant-projet CATALA avait proposé la nullité absolue comme sanction de la violation d'un intérêt procédant d'une valeur fondamentale¹¹³², la réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 n'a rien prévu en la matière. De fait, il convient de s'en remettre aux sanctions de droit commun¹¹³³. Nonobstant le droit du contractant de demander la réparation du préjudice¹¹³⁴, la clause sera alors réputée non écrite si elle porte atteinte à la substance de l'obligation essentielle du débiteur¹¹³⁵ ou encore si elle est considérée comme faisant partie d'un contrat d'adhésion et créé un déséquilibre significatif¹¹³⁶.

¹¹³¹ A-A. HYDE, « Contrats et droits fondamentaux : propos critiques sur le “membre fantôme” de l'article 1102 al. 2 nouveau du code civil », *art.cit.*

¹¹³² Cf. Avant-projet CATALA, art. 1129-1 al. 2: « Elle est dite relative ou de protection lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde d'un intérêt privé. Toutefois, lorsque l'intérêt privé procède d'une valeur fondamentale, comme la protection du corps humain, la nullité revêt un caractère absolu ».

¹¹³³ En ce sens v. F. MARCHADIER, « Le contrôle du contrat au regard des droits fondamentaux : une question qui ne se pose pas et dont la réponse est évidente ? », *art.cit.*

¹¹³⁴ Sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle – la possibilité du cumul jusqu'alors consacrée par la jurisprudence a été rappelée par l'art. 1178 C. Civ. V. sur cette question N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op.cit.*, p. 77. Le cumul est totalement logique à l'égard de la clause réputée non-écrite puisque justement, elle est réputée n'être jamais entrée dans le champ contractuel.

¹¹³⁵ Art. 1170 C. Civ. Cf. *supra*, n°260 et s.

¹¹³⁶ Art. 1171 C. Civ. Cf. *supra*, n°261 et s.

Elle sera nulle dans les autres cas¹¹³⁷. Encore faut-il déterminer la nature de cette nullité : est-elle absolue ou relative ?

289. Il convient alors de se pencher sur la terminologie retenue par le législateur pour l'article 1179 du Code civil. Le premier alinéa dispose que « *la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général* » tandis que le second réserve la nullité relative aux cas où « *la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé* », excluant de manière claire par le biais de l'utilisation de l'adverbe « seul », les situations où intérêt privé et général sont en jeu¹¹³⁸. Dans ces hypothèses, seule la nullité absolue semble envisagée par le législateur. Or, lorsqu'un droit fondamental est en cause, l'objet de la règle n'est pas seulement la protection d'un intérêt privé mais également, dans une certaine mesure, un intérêt général¹¹³⁹. Les conséquences sont importantes¹¹⁴⁰ : la préférence dont la validité serait remise en cause en raison de l'atteinte qu'elle porte à un droit fondamental pourra voir sa nullité demandée par tout intéressé sans condition de qualité à agir. De plus, le ministère public pourra s'en prévaloir. En outre, cette nullité ne pourra pas faire l'objet d'une couverture par confirmation du contrat par les parties. Et si certains auteurs suggèrent des sanctions plus adaptées, telles la réfaction du contrat ou encore une modération de l'excès afin de ramener l'atteinte constatée dans les limites admises¹¹⁴¹, seules ces sanctions sont envisageables en l'état actuel des textes. La mise en place d'une préférence portant renonciation à un droit ou une liberté fondamentale doit donc faire l'objet d'une attention toute particulière pour limiter tout risque d'une action dirigée contre elle.

SECTION II : LES LIMITES TIRÉES DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Les limites substantielles au jeu de la préférence ressortent non seulement du droit commun du contrat mais encore de règles qui sont propres au contrat de société. Ces règles sont issues du droit interne des sociétés normalisé au sein du Code civil et du Code de commerce,

¹¹³⁷ Art. 1178 et s. C. Civ.

¹¹³⁸ En ce sens v. M. MEKKI, « L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.*, 2016, p. 494, §21.

¹¹³⁹ En ce sens v. F. MARCHADIER, « Le contrôle du contrat au regard des droits fondamentaux : une question qui ne se pose pas et dont la réponse est évidente ? », *art.cit.*, et M. MEKKI, *art.cit.*, *loc.cit.*

¹¹⁴⁰ Art. 1180 C. Civ.

¹¹⁴¹ En ce sens v. F. MARCHADIER, *art.cit.* : « *La sanction civile des clauses portant atteinte aux droits fondamentaux du contractant n'est pas davantage spécifiée. La nullité et les dommages-intérêts sont-ils les seules voies envisageables ? La réfaction du contrat, à l'initiative du juge ou d'une partie, par une réduction ou une modération de l'excès ou par une révision de la disproportion, présenterait l'avantage de ramener l'atteinte au droit fondamental dans de plus justes limites. (...) À défaut d'indications supplémentaires, la clause, si elle n'est pas réputée non écrite (...), est frappée de nullité* ».

ainsi que de la jurisprudence afférente (§1), mais il est possible de relever également l'influence étrangère en droit des affaires avec l'émergence de nouvelles limites, souvent plus souples, impulsées par d'autres systèmes juridiques (§2).

§1. Les limites tirées du droit interne des sociétés

Le droit des sociétés est source de limites à la liberté contractuelle qui lui sont propres. Ces limites se caractérisent par l'existence d'un ordre public sociétaire ayant parfois pour effet d'amoindrir la liberté contractuelle de droit commun¹¹⁴². En cette matière, le législateur a consacré un système clos de nullité en vertu duquel aucune nullité ne peut être prononcée sans texte. Néanmoins, la nullité ne permet pas à elle seule de mettre en évidence l'impérativité de la norme, certaines règles impératives étant sanctionnées par leur caractère non écrit. Ces deux sanctions révèlent l'impérativité des règles qu'elles sanctionnent. Schématiquement, deux corps de règles impératives ayant vocation à encadrer substantiellement la liberté statutaire des associés peuvent être relevés. Il existe d'une part un *corpus* correspondant au « régime primaire impératif » des sociétés (A) et, d'autre part, un certain nombre de règles impératives spéciales (B). Pour chacun de ces noyaux de règles, il convient d'étudier celles qui, prohibitives ou prescriptives, portent en elles la marque de leur impérativité qui viendra limiter la latitude des associés dans leur liberté de stipuler.

A. Le régime primaire du droit des sociétés

290. Le droit commun des sociétés est codifié aux articles 1832 à 1844-17 du Code civil. Ces dispositions ont vocation à s'appliquer à toutes les sociétés, quelle que soit leur forme, sauf si la loi en dispose autrement. À l'image du régime primaire en matière de régimes matrimoniaux, qui a vocation à s'appliquer à tous les époux quel que soit le régime choisi par eux et ne peut faire l'objet d'aménagements conventionnels¹¹⁴³, ces règles sont générales¹¹⁴⁴ et indépendantes de la forme sociale considérée¹¹⁴⁵. Il est ainsi possible de parler d'un régime

¹¹⁴² Sur ce point v. notamment Y. GUYON, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ Com.*, 2003, n°4, p. 147 et s. et particulièrement §11 et s. « *L'influence du droit des sociétés sur la liberté contractuelle* ».

¹¹⁴³ R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, 10^{ème} éd., LGDJ, précis Domat, 2017, p. 39, §32.

¹¹⁴⁴ Le Chapitre I du Titre XI du Code civil consacré à la société s'intitule d'ailleurs « *Dispositions générales* ».

¹¹⁴⁵ Ceci est rappelé par l'article 1834 C. Civ.

primaire impératif qui vient encadrer sous forme d'ordres ou d'interdiction la liberté des associés de choisir les modalités de leurs rapports. Il existe en effet « *un certain nombre de points irréductibles dans (la) situation individuelle* »¹¹⁴⁶ de chaque associé, un socle intangible de droits qui, s'ils peuvent faire l'objet de certains aménagement, ne pourront pas être totalement anéantis, car ils constituent l'essence même de la qualité d'associé. Ces prescriptions et prohibitions communes constituent une limite que les associés ne peuvent pas franchir dans l'établissement de la préférence : ces droits qui leurs sont propres ne peuvent pas être intégralement remis en cause par le simple jeu de la liberté contractuelle¹¹⁴⁷.

1. *La vocation aux bénéfices et aux pertes et prohibition des clauses d'intérêt fixe*

291. Les articles 1832 et 1844-1 alinéa 2 du Code civil encadrent rigoureusement la vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes des associés. Quoique la marge de liberté d'aménagement de ces prérogatives soit grande¹¹⁴⁸, le premier de ces textes conduit à faire de celles-ci une caractéristique intrinsèque à la qualité d'associé¹¹⁴⁹ confirmée par la prohibition instaurée par le second. Quelle que soit la préférence envisagée par les associés portant sur les bénéfices ils ne pourront pas, de manière définitive¹¹⁵⁰, réduire à néant ce droit ou faire peser la contribution aux pertes sur un seul d'entre eux. L'impérativité de ce texte ressort d'ailleurs de la sanction qui est expressément et directement attachée à son non-respect : toute clause contraire sera réputée non-écrite¹¹⁵¹.

292. L'article 1844-1 alinéa 2 semble d'ailleurs constituer le fondement d'une autre prohibition générale applicable, de fait, à toutes les formes sociales : la prohibition des clauses d'intérêt fixe ou intercalaire¹¹⁵². Par le biais d'une telle clause qui constitue une forme de pacte

¹¹⁴⁶ E-E. THALLER, note sous Cass. Civ., 30 mai 1892, *D.*, 1893, n°1, p. 114.

¹¹⁴⁷ La théorie des droits propres des associés – pour lesquels aucun consensus n'apparaît, a été élaborée au cours du XIX^{ème} au sujet des pouvoirs de l'assemblée générale à l'égard de la modulation de l'organisation des sociétés commerciales. Sur cette question v. notamment M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », *art.cit.*, p. 401 et s.

¹¹⁴⁸ Car, au-delà des limites extrêmes prévues par ces textes, tous les aménagements sont permis.

¹¹⁴⁹ En effet, aux termes de ce texte, en s'engageant dans une entreprise commune les associés entendent « *partager le bénéfice ou (...) profiter de l'économie qui pourra en résulter* » et « *s'engagent à contribuer aux pertes* ». Sur le fait que cette participation aux bénéfices et aux pertes est de « *l'essence du contrat de société* » v. Cass. Com., 19 mai 1954, *Bull. civ.*, III, n°189, p. 143.

¹¹⁵⁰ Ce qui n'empêche pas des aménagements temporaires – v. Titre 2 de la deuxième partie.

¹¹⁵¹ V. *supra*, n°272 et s.

¹¹⁵² Pour une application de cette prohibition aux sociétés civiles v. CA, Montpellier, 10 novembre 1992 et pour le fondement sur l'article 1844-1 C.Civ v. Cass. Com., 18 octobre 1994, n°92-18.188, *Droit des sociétés*, 1994, n°205, obs. H. LE NABASQUE.

léonin en altérant les droits des autres associés, ceux qui en bénéficieraient seraient assurés, quel que soit le résultat produit par la société, de percevoir un dividende minimum, même en l'absence de bénéfice suffisant ou de réserves disponibles. Si de telles clauses sont directement prohibées dans les sociétés commerciales par l'article L. 232-15 du Code de commerce, il est évident qu'elles doivent l'être dans toutes les formes sociales. Elles reviendraient à supprimer la vocation aux bénéfices de ceux qui la subiraient en l'absence d'un résultat suffisant et, dans le même temps, exonéreraient des pertes ceux qui en bénéficieraient. Par conséquent, la préférence ne pourra pas avoir pour objet de conférer à son titulaire un intérêt fixe ou intercalaire sur les bénéfices distribuables de la société. Que le fondement de cette prohibition soit recherché dans la disposition spéciale ou l'article 1844-1 du Code civil, la même sanction est attachée au non-respect de cette norme impérative, à savoir le caractère non-écrit de la clause.

2. *Le droit de participer aux décisions collectives*

293. L'article 1844 du Code civil consacre également un droit insusceptible d'être retiré à l'associé, à savoir celui de participer aux décisions collectives. Quelle que soit la forme sociale considérée, dès lors qu'une personne revêt la qualité d'associé, la combinaison du premier et du dernier alinéa de ce texte lui assure un droit intangible de participation aux décisions collectives¹¹⁵³. Deux difficultés doivent cependant être évoquées à l'égard de la mise en œuvre de cette disposition prescriptive.

D'une part, si la règle est en principe d'application simple – ce droit étant attaché à la simple qualité d'associé, encore faut-il pouvoir résoudre la question de l'attribution de la qualité d'associé dans les cas où celle-ci n'est pas certaine. Or, cette question est sujette à débat en matière de démembrement de propriété. Alors que la qualité d'associé du nu-proprétaire n'est pas remise en cause, parce que ce dernier est l'apporteur et a vocation à devenir définitivement propriétaire des titres à l'issue du démembrement opéré, il existe une incertitude non tranchée quant à la qualité d'associé de l'usufruitier¹¹⁵⁴. À défaut de réponse définitive sur cette question, seul le nu-proprétaire semble pouvoir être qualifié de manière certaine d'associé. La lecture

¹¹⁵³V. par ex. Cass. Com., 4 janvier 1994, n°91-20.256, arrêt *De Gaste*, *JCP*, 1994, I, 3769, n°4, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *RTD Civ.*, 1994, p. 644, obs. FR. ZENATI. P. LE CANNU, « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », in *Mélanges Ph. MERLE*, Dalloz, 2012, p. 443.

¹¹⁵⁴V. par ex. pour un rappel des deux thèses opposées quant à l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier : M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op.cit.*, p. 190, §443.

combinée des différents textes relatifs à la répartition des droits de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire a conduit la jurisprudence à admettre la suppression de cette prérogative au détriment du nu-proprétaire. Néanmoins, cette suppression n'est pas exempte de limites puisque si le droit de vote peut bien être statutairement retiré à celui qui a vocation à devenir définitivement titulaire des titres en fin de démembrement, il devra néanmoins être autorisé à participer aux décisions collectives¹¹⁵⁵. Cette circonscription de la liberté commune à toutes les formes sociales s'explique par l'interprétation retenue par la Cour de cassation des premier et dernier alinéas de l'article 1844 du Code civil, en vertu desquels, s'il est loisible aux associés d'aménager le droit de vote entre les titulaires d'un titre démembrement, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Or, le nu-proprétaire se voyant reconnaître cette qualité, ce droit ne peut lui être retiré.

D'autre part, il convient de noter que si cette disposition générale a normalement vocation à s'appliquer à l'ensemble des formes sociales puisqu'elle est contenue dans le premier chapitre du neuvième titre du Code civil, ce n'est qu'à défaut de disposition spéciale contraire¹¹⁵⁶. Or, le législateur a consacré une règle de prime abord similaire eu égard à la plupart des sociétés par actions¹¹⁵⁷ au sein de l'article L. 225-113 du Code de commerce. Il convient donc de se demander si l'existence de cette règle spéciale n'a pas pour effet d'évincer l'application de la disposition générale de l'article 1844 du Code civil pour les sociétés auxquelles ce texte est applicable¹¹⁵⁸. Aux termes de ce dernier, sous peine de voir être réputée non-écrite toute clause contraire, « *tout actionnaire peut participer aux assemblées générales extraordinaires* ». La sanction attachée au non-respect de ce droit de participation est bien la même dans les deux cas puisque, même si l'article 1844 ne prévoit pas directement le caractère non-écrit de toute clause qui contreviendrait à ces prévisions, c'est la sanction qui est attachée à son non-respect en vertu de l'article 1844-10 alinéa 2 du Code civil. En revanche la précision de l'article L. 225-113 quant aux « *assemblées générales extraordinaires* » peut faire douter de l'applicabilité de l'article 1844 dans les sociétés par actions concernées. En effet, l'article 1844 ne distingue pas selon l'objet des assemblées, le champ d'application de la norme ne semble donc pas être le même. Néanmoins, le fait de ne pas appliquer la même règle pour les

¹¹⁵⁵ Cass. Com., 4 janvier 1994, n°91-20.256, arrêt *De Gaste*, *JCP*, 1994, I, 3769, n°4, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *RDT Civ.*, 1994, p. 644, obs. FR. ZENATI.

¹¹⁵⁶ Art. 1834 C. Civ.

¹¹⁵⁷ En effet ce texte est expressément exclu des dispositions applicables à la SAS par l'article L. 227-1 al.2 C. Com. Cependant, il est applicable aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions sur renvoi de l'article L. 226-1 al. 2 C. Com. et aux sociétés européennes sur renvoi de l'article L. 229-1 al.2 C. Com.

¹¹⁵⁸ Cette question ayant déjà été abordée précédemment (v. *supra*, n°107 et s.) il ne sera question ici que de rappeler brièvement les raisons de l'application de l'article 1844 à l'ensemble des sociétés.

assemblées générales ordinaires paraît peu probable et cette lecture du texte peut être rejetée au titre de plusieurs arguments. D'une part, comme cela a déjà été évoqué, antérieurement à l'abrogation de l'article L. 225-112 du Code de commerce opérée par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001, une exception était prévue quant à la participation des actionnaires aux assemblées générales ordinaires puisque celle-ci pouvait être subordonnée à la détention d'un nombre minimal d'actions. Lorsque le législateur a abrogé ce texte, il n'a pas procédé à une modification de l'article L. 225-113. Le maintien de la référence aux assemblées générales extraordinaires semble de fait constituer plus un oubli malencontreux que la consécration d'un régime spécial au profit des sociétés par actions, puisque justement, l'objet de l'abrogation en cause était de rétablir un droit d'accès au profit des petits actionnaires¹¹⁵⁹. Cette situation serait d'autant plus étonnante que ce texte est expressément exclu des dispositions applicables à la société par actions simplifiée qui, de fait, se voit appliquer les dispositions de l'article 1844 et aurait donc un régime moins souple que les autres sociétés par actions à l'égard de l'aménagement de cette prérogative. Cette solution serait étonnante compte tenu de l'essence de liberté dont est empreinte la SAS par rapport aux autres sociétés par actions conformément aux desseins du législateur lorsqu'il a instauré cette forme sociale.

Ainsi, il convient de considérer que le droit de participation aux décisions collectives est un droit intangible de tout associé, quelle que soit la forme sociale considérée, et que la préférence ne pourra pas avoir pour objet ou effet d'y faire échec. À défaut, le caractère non-écrit de la clause pourra être soulevé par tout intéressé. Deux questions sur la portée de cette protection peuvent alors se poser : s'applique-t-elle à d'autres personnes, propriétaires de titres, mais n'ayant pas la qualité d'associé (a) ; englobe-t-elle la question du droit de vote (b) ?

¹¹⁵⁹ Sur ce point v. Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, Avis n°10 (2000-2001) de M. Jean-Jacques HYEST, fait au nom de la commission des lois, déposé le 5 octobre 2000 : « Article 63 (art. 95, 161-1 et 165 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966, devenus les articles L. 225-25, L. 225-107 et L. 225-112 du code de commerce) : Élargissement de l'accès des actionnaires aux assemblées générales et de l'accès des salariés au conseil d'administration

Cet article vise à remédier à l'absentéisme des actionnaires aux assemblées générales :

- en permettant la participation par visioconférence ou moyens technologiques adaptés ;

- et en supprimant d'une part les seuils de détention du capital social donnant accès à l'assemblée générale ordinaire, d'autre part les restrictions à la participation des salariés au conseil d'administration.

2° Suppression d'une restriction à l'accès aux assemblées générales ordinaires :

Le paragraphe 2° du présent article tend à abroger l'article 165 de la loi du 24 juillet 1966 (article L. 225-112 du code de commerce), qui permet aux statuts d'exiger un nombre minimal d'actions ouvrant le droit de participer aux assemblées générales ordinaires, ce nombre ne pouvant être supérieur à dix. Les actionnaires peuvent se réunir pour atteindre le minimum prévu par les statuts. L'article 165 (article L.225-112) prive les petits porteurs de l'usage individuel du droit d'information dont dispose tout actionnaire ».

a. Une protection offerte aux seuls associés

294. D'un côté, l'article 1844 fait référence au cas des associés, or il existe des propriétaires de titres qui ne se voient pas reconnaître cette qualité¹¹⁶⁰. Doit-on alors considérer que la protection instaurée par le texte ne s'applique pas à eux et que, de fait, il est possible de stipuler librement sur la participation aux assemblées de ceux-ci ?

La réponse est négative et peut se scinder en deux axiomes. Les personnes n'ayant pas la qualité d'associé ne se voient pas reconnaître de droit quant au fait de pouvoir participer aux décisions collectives. Si d'aventure elles venaient à le faire, les décisions qui résulteraient de ces assemblées seraient entachées de nullité. C'est la position retenue par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 8 juillet 2015¹¹⁶¹. Dans cette affaire, des héritiers indivisaires avaient participé à une décision collective, alors qu'ils n'avaient pas été expressément agréés en qualité d'associé. La Cour précise alors que, si aux termes de l'article 1844 du Code civil, tous les associés peuvent participer aux décisions collectives, seuls les associés le peuvent. Par conséquent, et c'est ce qui constitue la première réponse à l'interrogation soulevée, il n'est pas possible de stipuler au profit de personnes non associées la possibilité de participer aux décisions collectives. Cette lecture de l'article 1844 peut être confortée par une disposition spéciale applicable aux porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital. Ces porteurs sont titulaires de valeurs mobilières, mais ne sont pas associés. Ils ne devraient donc pas pouvoir participer aux décisions collectives en application de l'article 1844, et aucune clause contraire ne pourrait être prévue. Cependant, ce droit leur est expressément reconnu par l'article L. 228-105 alinéa 4 du Code de commerce en vertu duquel « *dans tous les cas, les représentants des différentes masses ont accès à l'assemblée générale des actionnaires, mais sans voix délibérative* ». Ainsi, par le biais de leurs représentants, ces porteurs peuvent participer aux décisions collectives, alors même qu'ils ne sont pas associés et il ne sera pas possible de restreindre ce droit par une prévision statutaire contraire. De fait, aucune préférence eu égard à la participation aux décisions collectives de personnes propriétaires de titres mais non associées n'est envisageable.

¹¹⁶⁰ Viendront ici illustrer les propos deux cas : les héritiers indivisaires non encore agréés en qualité d'associé mais pourtant bien propriétaires indivis des titres du *de cuius*, et les porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital.

¹¹⁶¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 juillet 2015, n°13-27.248, *Droit des sociétés*, 2015, comm. 189, obs. R. MORTIER ; *Gaz. Pal.*, 2015, n°272, p. 13, obs. B. DONDERO.

b. Une protection étendue au droit de vote ?

295. De l'autre côté, l'article 1844 ne fait référence qu'au droit de participer aux décisions collectives. Doit-on, au même titre que ce qui est souvent avancé tant en doctrine qu'en jurisprudence¹¹⁶², considérer que la protection prévue par cette disposition doit être étendue au droit de vote, qui de fait ne pourrait être supprimé que dans les cas expressément prévus par la loi ? Autrement dit, la notion de participation englobe-t-elle nécessairement celle du droit de vote ?

La question mérite d'être posée, et une réponse négative paraît possible¹¹⁶³. La réhabilitation de la vision contractuelle de la société en ce qui concerne les prévisions statutaires amène à considérer la disposition sous un angle restrictif et purement littéral, n'englobant pas le droit de vote. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 1844 du Code civil ne fait référence qu'à la seule question du droit de participation. Or, dans un arrêt *Château d'Yquem* du 9 février 1999, c'est au visa de cette disposition que la Cour de cassation a affirmé que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions* »¹¹⁶⁴. Et de préciser, quelques années plus tard, dans un arrêt *Arts et entreprise* du 23 octobre 2007, que « *les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi* »¹¹⁶⁵. Autrement dit, c'est une vision institutionnelle de la société qui est avancée par la Cour de cassation, soutenue dans son raisonnement par une grande partie de la doctrine. Ainsi, pour certains, « *il est clair (que la disposition contenue à l'alinéa 1^{er} de l'article 1844) entend viser aussi le droit de voter lors de cette assemblée* ».

Ce raisonnement semble mettre de côté le principe de liberté contractuelle, applicable en droit des sociétés, en vertu duquel, tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis¹¹⁶⁶.

¹¹⁶² En ce sens v. Cass. Com., 9 février 1999, n°96-17.661, *JCP E*, 1999, p. 724, note Y. GUYON ; *Bull. Joly*, 1999, n°122, p. 566, note J-J. DAIGRE ; *Revue des sociétés*, 1999, p. 81, note P. LE CANNU ; Cass. Com. 23 octobre 2007, n°06-16.537, *JCP E*, 2007, 2433, note A. VIANDIER ; *Bull. Joly*, 2008, n°23, p. 101, note D. SCHMIDT ; M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 205, §466 ; Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Sociétés commerciales, op.cit.*, p. 388, §361 ; J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCHIO, *Le Lamy Sociétés commerciales, op.cit.*, §836 et §3868 ; 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*, 2008, chr., p. 3.

¹¹⁶³ V. *supra*, n°17.

¹¹⁶⁴ Cass. Com., 9 février 1999, n°96-17.661, précit.

¹¹⁶⁵ Cass. Com. 23 octobre 2007, n°06-16.537, précit.

¹¹⁶⁶ Cass. Com., 3 juin 1986, n°85-12.657, *Bull. civ.*, IV, n°115 ; *JCP E*, 1986, I, 15846, n°6, obs. A. VIANDIER et J-J. CAUSSAIN ; *D.*, 1987, p. 95, note J-J. DAIGRE ; *Revue des Sociétés*, 1987, p. 52, note Y. REINHARD.

Or, il n'est pas évident que, pour le législateur, participation et vote se confondent. Le seul cas où il paraît évident que le droit de vote ne pourra pas être supprimé, car cela est expressément interdit, est prévu par l'article 1836 du Code civil, lequel subordonne l'augmentation des engagements des associés à l'accord individuel de ceux-ci, ce qui suppose que leur droit de vote soit ici impératif¹¹⁶⁷. Dans les autres cas, ne faudrait-il pas considérer que, dans la mesure où l'aménagement a été accepté et ne s'oppose à aucune norme impérative, celui-ci est valable ?

L'hypothèse peut être illustrée à travers les faits de l'arrêt *Arts et entreprise*¹¹⁶⁸ : en l'occurrence, dans le cadre d'une société par actions simplifiée, les statuts prévoyaient que l'associé dont l'exclusion était envisagée serait privé de son droit de voter sur ladite proposition. Or, aucune disposition n'interdit d'aménager librement le droit de vote dans cette forme sociale puisque, justement, l'article L. 227-9 alinéa 1^{er} affirme que « *les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient* ». De plus, la renonciation à son droit de vote en cas d'exclusion avait été expressément acceptée par l'associé se prévalant de la nullité de la clause, puisqu'il est rappelé, dans les motifs de la Cour d'appel, que « *tous les associés y ont consenti librement lors de la signature des statuts* ». En consentant à cette clause statutaire, l'associé s'expose lui-même au jeu de la stipulation qu'il accepte, et ne devrait pas pouvoir la remettre en cause en dehors de toute prohibition expresse de la loi. D'ailleurs, la mise en œuvre de la clause d'exclusion n'aurait pas davantage pu être attaquée sous l'angle de l'augmentation des engagements des associés, encadrée par l'article 1836 du Code civil. En effet, si cette disposition impose qu'une clause d'exclusion fasse l'objet d'un accord unanime pour être insérée dans les statuts¹¹⁶⁹, elle ne concerne que cette question, et non les décisions prises conformément à des engagements déjà souscrits¹¹⁷⁰. Partant, le fait de ne pas pouvoir voter la question de sa propre exclusion ne constitue pas une augmentation des engagements. De plus, la renonciation acceptée ne pourra que difficilement être remise en cause sur le terrain de la renonciation à un droit fondamental. En effet, si au moment de l'insertion de la clause, l'associé accepte l'éventualité de son expropriation en renonçant à pouvoir s'y opposer par son vote, cette exclusion devra tout de même être justifiée sur le terrain de l'intérêt social. Or, cela correspond bien aux conditions nécessaires de validité des clauses emportant renonciation à un droit fondamental¹¹⁷¹. Enfin,

¹¹⁶⁷ V. *infra*, n°296 et s.

¹¹⁶⁸ Cass. Com. 23 octobre 2007, n°06-16.537, précit.

¹¹⁶⁹ V. par ex. CA, Paris, 3^{ème} ch., 27 mars 2001, *Bull. Joly Sociétés*, 2002, p. 89, note H. LE NABASQUE.

¹¹⁷⁰ En ce sens v. Cass. Com., 26 avril 1984, n°83-11.519, *Revue des sociétés*, 1985, p. 411, note J. MESTRE.

¹¹⁷¹ V. *supra*, n°286 et *infra*, n°298.

l'associé pourrait avancer le fait que cette renonciation entraîne un déséquilibre excessif. Cependant, le contrat de société ne pouvant pas être rattaché aux contrats d'adhésion¹¹⁷², le fait qu'il ait pu négocier cette clause empêche toute intervention du juge pour la réputer non-écrite à son égard¹¹⁷³. Ainsi, il semble qu'une clause entraînant la suppression du droit de vote de l'associé dans le cadre d'une décision d'exclusion pourrait être considérée comme tout à fait licite.

De manière générale, si la possibilité de dissocier le droit de vote de celui de participer aux décisions collectives est largement remise en cause par les auteurs se rangeant à la lecture extensive de l'article 1844 alinéa 1^{er} retenue par la Cour de cassation, d'autres sont plus sceptiques quant à ce point de vue, car si le droit de vote suppose bien le droit de participer, l'inverse n'est pas vrai¹¹⁷⁴. D'ailleurs, selon ces auteurs, si l'on retient l'impossibilité de dissocier ces deux prérogatives, l'application des textes relatifs à la répartition du droit de vote entre usufruitier et nu-proprétaire se retrouve complexifiée, puisque ce dernier ayant la qualité d'associé, et donc le droit de participer aux décisions collectives, ne pourra pas voir son droit de vote supprimé, alors que cela est permis par les textes et la jurisprudence¹¹⁷⁵. Le fait de confondre les deux notions pour leur appliquer une protection similaire sur le fondement de l'article 1844 du Code civil semble donc emporter plus de complications que de solutions viables et justifiées. Une lecture restrictive semble préconisée.

3. *L'intangibilité des engagements des associés*

296. Si le droit de vote peut faire l'objet d'aménagements dans la limite des dispositions impératives propres à chaque forme sociale, un autre droit propre des associés vient limiter de manière uniforme la préférence qui pourrait porter sur cette prérogative : l'intangibilité des engagements des associés affirmée de façon non équivoque par l'article 1836 du Code civil¹¹⁷⁶. Sans accord exprès de sa part, un associé ne peut pas voir ses engagements augmentés au-delà de ce qui était initialement prévu par les statuts. *In fine*, la préférence ne devra donc pas permettre à ceux à qui elle est accordée d'augmenter les engagements des autres associés sans leur accord, ni permettre d'imposer une telle augmentation à ceux à qui elle est accordée sans

¹¹⁷² V. *supra*, n°261 et s.

¹¹⁷³ V. *supra*, n°18.

¹¹⁷⁴ En ce sens v. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 93, §125.

¹¹⁷⁵ En ce sens v. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Ibidem.*, p. 109, §151.

¹¹⁷⁶ V. *supra*, n°102.

qu'ils puissent s'y opposer. Il convient donc de déterminer ce que recoupe la notion d'augmentation des engagements, pour ensuite définir les cas dans lesquels la préférence pourrait porter atteinte à cette intangibilité d'ordre public constituant une limite substantielle à sa mise en place.

297. Quant à la définition de ce que constitue une « augmentation des engagements » le législateur, s'il a fait preuve d'une concision ne laissant planer aucun doute sur le caractère impératif du texte, n'a pas été, de fait, des plus clairs concernant le domaine concerné. À défaut de précision, la jurisprudence et la doctrine se sont emparées de la question. C'est la dimension financière de la notion qui a été retenue par un arrêt de la Cour de cassation du 9 février 1937¹¹⁷⁷. Est alors affirmé que « *les engagements des associés ne sont augmentés que si les dispositions prises par l'assemblée générale entraînent une aggravation de la dette contractée par les associés envers la société ou envers les tiers* ». Ainsi, la responsabilité financière des associés ne peut être directement accrue au-delà de leurs apports sans leur assentiment. Toute augmentation substantielle de leurs obligations envers la société ou au profit des tiers devra recueillir leurs consentements individuels. L'assemblée ne peut pas par exemple contraindre les associés à garantir le passif social dans le cadre d'une cession de titres¹¹⁷⁸. Partant, le cessionnaire ne pourra, sauf accord des associés en place, se voir accorder une telle préférence et celle-ci ne sera supportée, cas échéant, que par ceux qui y auront expressément consenti. De même, caractérise une augmentation des engagements le fait de moduler la répartition des pertes initialement prévue¹¹⁷⁹. Si la préférence envisagée a pour effet d'entraîner une modification de la charge des pertes entre les associés, il faudra l'accord de chacun et, encore une fois, seuls ceux qui y auront consentis verront leurs obligations remaniées.

298. Cette augmentation des engagements ne doit cependant pas s'entendre uniquement d'un point de vue financier car, comme le soulignent certains auteurs¹¹⁸⁰ dont l'approche est confirmée par la jurisprudence¹¹⁸¹, si la dette est très naturellement assimilée à une somme

¹¹⁷⁷ Cass. Civ., 9 février 1937, *DP*, 1937, p. 73.

¹¹⁷⁸ Cass. Civ., 1^{ère}, 5 novembre 1996, n°94-19.529, *Bull. Joly*, 1997, p. 131, note P. LE CANNU ; *Droit des sociétés*, 1997, n°4, obs. Th. BONNEAU.

¹¹⁷⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n°98-14.933, *Revue des sociétés*, 2000, p. 509, note Y. GUYON ; CA, Paris, 27 juin 2000, n°1999/12224, *Bull. Joly Sociétés*, 2001, p. 193, note H. LE NABASQUE.

¹¹⁸⁰ V. en ce sens L. JOBERT, « La notion d'augmentation des engagements des associés », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°5, p. 627.

¹¹⁸¹ Par exemple, pour la nécessité d'un accord de chacun des associés concernés pour l'introduction d'une clause de non-concurrence v. Cass. Com., 26 mars 1996, *D.*, 1996, p. 343, note J-Cl. HALLOUIN ; ou sur l'obligation d'exercer une activité en commun en cas de fusion-absorption nécessitant un consentement individuel des associés v. T. Com., Paris, 24 nov. 1980 cité par L. JOBERT, *art.cit.*

d'argent, juridiquement celle-ci correspond au « *lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes – le ou les débiteurs – sont tenus d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers* »¹¹⁸², ce qui englobe nécessairement l'activité de l'associé au-delà de son engagement pécuniaire. Dès lors, si l'insertion d'une préférence au profit ou à la charge d'un associé a pour effet d'emporter une obligation supplémentaire de faire, de ne pas faire ou de donner à l'égard des autres associés¹¹⁸³, ces derniers devront individuellement y consentir. À défaut, cette préférence ne pourra pas modifier leur situation initiale.

Et alors que les différents textes qui consacrent cette nécessité de recueillir le consentement exprès des associés font référence à un engagement supplémentaire, la question s'est posée de savoir si cette notion devait plus généralement englober toute obligation nouvelle, et s'appliquer de la même manière à la réduction des droits des associés. Dans un premier temps, une lecture stricte de la notion d'augmentation des engagements des associés a été retenue par la Cour de cassation. C'est ce qui ressort notamment de l'arrêt rendu par elle le 9 février 1937 qui indique, sans ambages, que cette règle doit « *être interprétée restrictivement* » ce qui exclut « *une diminution des droits des actionnaires (...) qui ne constituent (...) pas une augmentation de leurs engagements* »¹¹⁸⁴.

Néanmoins, la ligne de partage entre augmentation et diminution des obligations n'est pas toujours aisée puisque, comme l'indique clairement un auteur, il est fréquent qu'une même modification puisse s'interpréter tant positivement que négativement car « *emportant tout à la fois augmentation de leurs engagements envers la société et diminution de leurs droits à l'intérieur du groupement* »¹¹⁸⁵. C'est par exemple le cas de la clause d'agrément pour laquelle, s'il existe une restriction apportée à la libre cessibilité des titres et donc une diminution des droits de l'associé, ce dernier se voit dans le même temps contraint de respecter une procédure spécifique, soit un engagement de faire nouveau¹¹⁸⁶. Cette clause devrait donc être soumise à l'accord de chacun des associés pour son insertion en cours de vie sociale si une lecture

¹¹⁸² V. G CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, v. Dette.

¹¹⁸³ V. sur cette définition de la notion H. LE NABASQUE, « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *Droit des sociétés – Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36.

¹¹⁸⁴ Cf. Cass. Civ., 9 février 1937, *précité* : il était alors question d'une modification statutaire emportant extension du droit de préemption et donc restriction à la libre cessibilité des actions. La Cour a considéré qu'il était possible pour la majorité de procéder à une telle modification puisque cela ne constituait pas une augmentation mais une diminution des droits des actionnaires.

¹¹⁸⁵ H. LE NABASQUE, « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *art.cit.*, *loc.cit.*

¹¹⁸⁶ Exemple cité par L. JOBERT, « La notion d'augmentation des engagements des associés », *art.cit.*, *loc.cit.*

extensive de la notion était retenue. C'est tout le moins la crainte relevée par certains auteurs suite à un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 26 mars 1996¹¹⁸⁷ à propos de l'insertion d'une clause de non-concurrence¹¹⁸⁸. Ce type de clause peut en effet être regardé comme diminuant les droits des associés quant à leur liberté d'exercer librement une activité mais ne semble pas, de prime abord, augmenter les engagements de ceux-ci, s'agissant simplement d'une obligation de ne pas faire. La Cour de cassation considère cependant qu'il s'agit bien là d'une augmentation des engagements des associés. Cette décision pourrait inciter à relever un revirement de jurisprudence, au terme duquel toutes les obligations nouvelles devraient être vues comme une augmentation des engagements.

Toutefois, il ne semble pas que cette interprétation puisse être retenue, sauf à soustraire toute modification statutaire à la loi de la majorité : quelle modification n'emporterait pas en effet, de manière tautologique, évolution de la situation initiale des associés prévue statutairement ? Cette lecture conduirait alors à soumettre toute modification statutaire à l'unanimité, quelle que soit la forme sociale concernée. En réalité, il faut considérer qu'en emportant renonciation des associés à un droit fondamental, la clause de non-concurrence emporte bien augmentation des engagements, tandis que l'insertion d'une clause d'agrément ne fait que restreindre le droit de céder librement ses titres sans pour autant l'annihiler. Partant, la notion d'augmentation des engagements des associés doit être circonscrite à la question d'engagements nouveaux de ceux-ci envers la société et non un simple aménagement de leurs droits¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁷ Cass. Com., 26 mars 1996, n°93-21.250, *Revue des sociétés*, 1996, p. 793, note L. GODON. Extrait de l'arrêt : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, si une clause interdisant à l'ancien actionnaire d'une société anonyme toute forme de concurrence envers celle-ci peut être comprise dans les statuts adoptés lors de sa création, l'introduction ultérieure d'une telle clause qui, par l'atteinte qu'elle porte à la liberté du travail et du commerce, augmente les engagements de l'actionnaire, ne peut être décidée qu'à l'unanimité ».

¹¹⁸⁸ En ce sens v. notamment L. JOBERT, *art.cit.*, *loc.cit.*

¹¹⁸⁹ En ce sens v. notamment F. RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD Com.*, 2000, n°1, p. 27, §16 : « A priori, l'insertion dans les statuts d'une stipulation de non concurrence s'analyse en une diminution du droit de l'associé de travailler librement. Mais, dans son arrêt du 26 mars 1996, la Cour de cassation exprime l'idée selon laquelle la résolution litigieuse constitue une atteinte décisive à la liberté individuelle de l'associé et ne traduit pas un simple aménagement de ses droits. La clause de non concurrence, remettant en cause fondamentalement les libertés de travail, de commerce et d'industrie, implique une augmentation des engagements de l'associé en créant, à sa charge, une obligation de ne pas faire. Tel n'est pas le cas des stipulations de préemption ou d'agrément, qui ne violent pas le droit de propriété de l'associé, mais se contentent de le limiter. Imposant des restrictions à la libre négociabilité des droits sociaux, elles n'interdisent pas à leurs détenteurs de céder leurs titres ; elles les obligent à respecter une procédure déterminée afin de maîtriser les modifications dans la répartition du capital social. Ainsi, aux côtés des clauses statutaires limitant ou diminuant les droits et libertés individuels des associés, d'autres les remettent en cause de manière fondamentale. Seules les premières peuvent être approuvées à la majorité, les secondes requièrent, en tout état de cause, le consentement de chacun des associés ».

La diminution ou limitation des droits ne nécessite pas un accord individuel et exprès de chaque associé¹¹⁹⁰, en revanche la suppression d'un droit fondamental sera soumise à une telle expression de volonté, car elle constitue une véritable augmentation des engagements en emportant renonciation à un droit propre. La question du rattachement à la notion d'augmentation des engagements semble donc une question de degré, plus que de nature de l'engagement. En restant sur la question de la libre cessibilité des titres, l'insertion d'une clause d'agrément n'emporte aucune renonciation à un droit fondamental, puisqu'elle ne fait que restreindre le droit de cession des associés. En revanche, l'insertion d'une clause d'inaliénabilité porte atteinte à la libre cessibilité des titres puisqu'elle annihile ce droit¹¹⁹¹. Elle emporte donc augmentation des engagements des associés, avec une obligation ne de pas faire portant atteinte à une liberté fondamentale¹¹⁹², et devra donc être acceptée individuellement par ceux à qui elle aura vocation à s'appliquer. C'est d'ailleurs la solution retenue par le législateur à l'égard des clauses d'inaliénabilité dans les sociétés par actions simplifiées pour lesquelles l'article L. 227-19 du Code de commerce dispose qu'elles ne « *peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés* ». Ainsi, si un doute est relevé par certains auteurs quant au régime d'adoption de telles clauses dans les autres formes sociales¹¹⁹³, la notion d'augmentation des engagements est une piste certaine de réponse qui doit conduire à une réponse analogue. Parce que ces clauses viennent modifier la substance des engagements initiaux des associés qui renoncent par leur biais à un droit fondamental, elles ne peuvent être adoptées qu'avec leur consentement individuel.

¹¹⁹⁰ Ainsi, il n'y a pas de revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt rendu par la Chambre civile le 9 février 1937 en dépit de la décision rendue à propos de la clause de non-concurrence le 26 mars 1996. V. par ex. postérieurement à cet arrêt CA, Versailles, 12^{ème} ch., 27 janvier 2005, *D.*, 2005, p. 716, note A. LIENHARD ; Cass. Civ., 3^{ème}, 8 octobre 1997, n°95-14.089, *Droit des sociétés*, 1998, n°20, note Th. BONNEAU.

¹¹⁹¹ Considéré par certains comme un droit fondamental : en ce sens v. H. MOUBSIT, « Les clauses d'inaliénabilité en droit des sociétés », *RLDA*, 2013, n°86.

¹¹⁹² C'est d'ailleurs sur ce terrain que sera vérifié la licéité de la clause : on constate que le droit opère une pesée des intérêts : en dehors du cas spécifique de la société par actions simplifiée pour laquelle le législateur a expressément permis aux associés de prévoir une clause d'inaliénabilité dans la limite de dix ans, la licéité d'une telle clause est conditionnée à la réunion de deux critères par la jurisprudence. Il faut d'une part que l'inaliénabilité soit limitée dans le temps, et d'autre part qu'elle soit justifiée par l'intérêt social. En ce sens v. Cass. Civ. 1^{ère}, 31 octobre 2007, n°05-14.238, *Bull. civ. I*, n°337; v. sur cette question H. MOUBSIT, *art.cit.* et étude consacrée à ces clauses *infra*, n°414.

¹¹⁹³ En ce sens v. H. MOUBSIT, « Les clauses d'inaliénabilité en droit des sociétés », *art.cit.* : « *Les conditions légales d'adoption et de modification des clauses statutaires d'inaliénabilité dans la SAS et la SE sont très rigoureuses, puisque le législateur exige l'unanimité. Qu'en sera-t-il dans les autres sociétés (...)? Aucune précision n'y est apportée sur les modalités de consentement à cette clause. Y aura-t-il lieu de transposer l'exigence légale d'unanimité, y compris à la société anonyme, ou faire prévaloir une règle de majorité plus souple, les textes étant silencieux ?* ».

De fait, la préférence ayant pour objet ou effet de limiter ou diminuer les prérogatives des associés n'est pas substantiellement encadrée par les dispositions de l'article 1836 alinéa 2 du Code civil ou celles qui lui sont assimilées en droit spécial, et lorsque la suppression d'un droit résultera son insertion, il conviendra de se reporter à la question de l'existence d'un droit fondamental¹¹⁹⁴.

299. La limite substantielle à la liberté de préférer ne saurait être pleinement efficace, et donc dissuasive, à défaut de sanction. Concernant le non-respect de l'intangibilité des engagements des associés, la jurisprudence s'est montrée impitoyable, notamment dans un arrêt semblant trancher de manière définitive la question, puisque la nullité absolue pourra être demandée par tout associé¹¹⁹⁵. Ce choix opéré n'est pas exempt de critiques car, si le caractère d'ordre public de ces dispositions conforte la sanction retenue, deux arguments permettent de remettre en cause son opportunité.

D'une part, le caractère absolu de cette nullité permet à tout associé, même ceux qui auraient consenti à l'engagement nouveau en toute conscience, de remettre en cause la modification opérée sur leurs engagements, et donc la préférence, dans le délai imparti pour demander la nullité des décisions collectives. Ceci constitue un point de fragilité important pour de tels aménagements. Il aurait été préférable à ce titre de retenir une nullité relative afin d'exclure des demandeurs potentiels ceux qui ont expressément, de manière libre et éclairée, donné leur consentement¹¹⁹⁶ car, ainsi, ils conservent une sorte de droit de repentir dont la légitimité est discutable.

D'autre part, à l'égard de certains aménagements, l'inopposabilité à ceux dont le consentement n'aurait pas été recueilli semblerait une sanction plus adaptée¹¹⁹⁷. C'est d'ailleurs une sanction qui, par le passé, a déjà été retenue¹¹⁹⁸. Quoique la nullité s'avère la seule sanction possible lorsque la décision litigieuse emporte transformation de la structure sociale ou augmentation de son capital par exemple, puisque l'inopposabilité aux associés ne l'ayant pas accepté n'aurait pas de sens, toutefois, dans bien d'autres situations, cette sanction est tout à fait acceptable et plus en adéquation avec l'alinéa 2 de l'article 1836, lequel n'impose pas une

¹¹⁹⁴ V. *supra*, n°289.

¹¹⁹⁵ Cass. Com., 13 novembre 2003, n°00-20.646, *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°2, p. 413, note H. LE NABASQUE.

¹¹⁹⁶ En ce sens v. J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Le Lamy Sociétés commerciales, op.cit.*, n°855 ou encore H. LE NABASQUE, « L'article 1836, alinéa 2, du Code civil serait-il l'un des textes les plus obscurs du droit des sociétés ? », note sous Cass. Com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°2, p. 413.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁹⁸ V. par ex. Cass. Com. 24 juin 1997, n°95-20.056, *Droit des sociétés*, 1997, comm. 138, note Th. BONNEAU.

unanimité, mais un consentement individuel des associés. Dans la mesure où une préférence emporterait par exemple un blocage temporaire de certaines sommes mises à la disposition des associés par la société, ce qui est considéré comme une augmentation de leurs engagements, il paraît tout à fait admissible que la résolution en cause se trouve simplement inopposable à ceux qui n'y aurait pas consenti¹¹⁹⁹. L'inopposabilité semble ici une sanction plus adaptée puisqu'elle permet de préserver l'aménagement tout en ménageant les engagements initiaux de ceux qui y seraient opposés. En revanche, la sanction systématique par la nullité est une source d'instabilité.

B. Les règles impératives spéciales

Aux côtés du socle commun de prérogatives reconnues à chaque associé indépendamment de la forme sociale considérée, certaines règles impératives spéciales viennent aussi encadrer la liberté dans l'établissement de la préférence. Ces règles spéciales existent soit en raison de la forme sociale soit en raison du type de titres détenus. Et si la teneur de ces limites varie quelque peu selon la forme sociale concernée, la plupart ont des objets similaires : elles concernent la latitude des associés à aménager leur droit d'information (1), leur liberté en cas de transactions sur les titres (2), leur capacité à moduler leurs droits politiques (3) ainsi que leur vocation aux dividendes (4).

1. Les limites substantielles quant à l'information des associés

300. Abordée précédemment dans le cadre de l'étude de la pertinence de l'affirmation d'un principe d'égalité, l'information des associés a été caractérisée comme constituant un droit plancher dont bénéficient tous les associés en raison de l'existence de dispositions leur garantissant une information récurrente minimale¹²⁰⁰. Si la qualification de droit plancher a permis d'affirmer que ce dernier était en revanche aménageable à la hausse au profit de certains associés, et ne permettait donc pas d'appuyer l'existence d'un principe d'égalité à son égard, il est néanmoins nécessaire d'énumérer les limites basses infranchissables par la préférence en matière d'information.

¹¹⁹⁹ Sur les exemples où l'inopposabilité semble plus opportune, v. H. LE NABASQUE, *art.cit.*, *loc.cit.*

¹²⁰⁰ V. *supra*, n°104 et s.

301. Il convient avant toute chose de noter que cette protection n'est pas prévue textuellement pour les associés de sociétés par actions simplifiées, les articles L. 227-1 et suivants du Code de commerce ne prévoyant rien à cet égard et excluant expressément les articles L. 225-115 et L. 225-117 du même code régissant cette prérogative dans le cadre des sociétés anonymes. En dépit de l'existence d'une disposition contraignante en ce sens, certains auteurs et quelques décisions au fond semblent préconiser l'organisation statutaire de procédures d'information au profit des actionnaires de sociétés par actions simplifiées, considérant qu'à défaut les votes émis lors des assemblées pourraient être contestés pour absence d'exercice éclairé du droit qui leur est consacré par l'article 1844 du Code civil¹²⁰¹.

302. En dehors de ce cas, si les limites spécifiques ne sont pas absolument les mêmes dans les autres formes sociales, à l'égard de chacune le législateur a encadré de manière prescriptive ce droit au profit des associés. Dans les sociétés civiles, la préférence accordée sur ce droit ne pourra ainsi pas avoir pour effet de porter celui-ci à une périodicité supérieure à une récurrence annuelle puisque les articles 1855 et 1856 prévoient un droit de communication des documents et livres sociaux aux associés au moins une fois par an, et dans les mêmes conditions temporelles un droit d'information sur la gestion sociale. Dans les sociétés en nom collectif, ces mêmes prérogatives sont prévues par l'article L. 221-8 du Code de commerce de manière biannuelle. Il en va de même au profit des associés commanditaires de sociétés en commandite simples selon l'article L. 222-7 du Code de commerce. Pour ce qui est des sociétés à responsabilité limitée, la préférence ne pourra pas porter atteinte aux prescriptions de l'article L. 223-26 assurant une communication minimale du rapport de gestion, de l'inventaire et des comptes annuels au profit des associés dans les six mois de la clôture de l'exercice et un droit d'information permanent concernant les statuts à jour, les bilans, comptes de résultats, annexes, inventaires, rapports et procès-verbaux des assemblées des trois derniers exercices écoulés.

303. Pour ce qui est des sociétés par actions, hors le cas de la société par actions simplifiée pour lesquelles les textes ne prévoient rien¹²⁰², le régime du droit d'information et de communication est assez complexe en raison de la diversité et de la teneur des dispositions régissant cette prérogative¹²⁰³. De manière schématique, à l'instar de ce qui est imposé dans les

¹²⁰¹ En ce sens v. J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *op.cit.*, n°4206. *Conf.* P-L. PÉRIN, « L'information des associés des sociétés par actions simplifiées », *D. aff.*, 1997, p. 1060 ; CA, Limoges, Ch. Civ., 28 mars 2012, n°10/00576.

¹²⁰² L'article L. 227-1 du Code de commerce excluant expressément les dispositions relatives au droit de communication et d'informations en matière de sociétés anonymes et assimilées.

¹²⁰³ En ce sens v. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, op.cit.*, p. 390, §2110.

autres formes sociales, les actionnaires bénéficient d'un droit plancher de communication préalable à toute assemblée en vertu de l'article L. 225-108 du Code de commerce. À ces communications s'ajoutent un certain nombre de documents, qui doivent être tenus à disposition des actionnaires afin qu'ils puissent les consulter en amont assemblées. De plus, aux côtés de cette information occasionnelle, l'article L. 225-117 du même Code leur réserve un droit permanent d'information portant sur un certain nombre de documents sociaux, dont la liste est énumérée par l'article L. 225-115¹²⁰⁴. Dans les formes sociales régies par ces dispositions, s'il reste possible d'aménager à la hausse ce droit d'information et de communication, il est évident, au regard de la liste des documents que les actionnaires sont en droit de consulter à tout moment, que la liberté est largement encadrée.

À défaut de respecter les textes susvisés accordant aux associés de toutes les formes sociales un droit de renseignement sur la vie sociale, toute clause pourra être sanctionnée par son caractère non-écrit car elle contreviendrait à une norme impérative pour laquelle la nullité n'est pas directement prévue par le texte¹²⁰⁵. Ces limites substantielles à la préférence ne constituent cependant pour rappel que des droits planchers au profit des associés¹²⁰⁶, n'empêchant pas ces derniers de faire bénéficier à tous ou seulement certains d'entre eux d'une information plus importante, que ce soit en terme de récurrence ou du type d'information au-delà des documents imposés.

2. *Les limites substantielles quant aux mouvements de titres*

La mise en place de la préférence peut avoir pour objectif de contrôler les mouvements de titres entre associés ou à l'égard des tiers. Or, si la latitude des statuts à organiser ces modifications est de manière générale assez importante, il existe néanmoins des noyaux durs

¹²⁰⁴ Il s'agit selon l'article L. 225-115 C. Com.: « 1° Des comptes annuels et de la liste des administrateurs ou des membres du directoire et du conseil de surveillance, et, le cas échéant, des comptes consolidés ; 2° Des rapports du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, et des commissaires aux comptes, qui seront soumis à l'assemblée ; 3° Le cas échéant, du texte et de l'exposé des motifs des résolutions proposées, ainsi que des renseignements concernant les candidats au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, selon le cas ; 4° Du montant global, certifié exact par les commissaires aux comptes, des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées, le nombre de ces personnes étant de dix ou de cinq selon que l'effectif du personnel excède ou non deux cents salariés ; 5° Du montant global, certifié par les commissaires aux comptes des versements effectués en application des 1 et 4 de l'article 238 bis du code général des impôts ainsi que de la liste des actions nominatives de parrainage, de mécénat » et de l'article L. 225-116 C.Com. de la liste des actionnaires.

¹²⁰⁵ En vertu des art. 1844-10 al. 2 C. Civ. et L 235-1 C. Com.

¹²⁰⁶ V. *supra*, n°101 et s.

de règles que la préférence ne pourra pas venir transgresser. La portée de celles-ci varie selon deux critères, à savoir la forme sociale concernée et la prérogative en cause. Ainsi, l'encadrement substantiel de l'agrément de cessionnaires varie largement en fonction des formes sociales (a), alors que les contours du droit préférentiel de souscription sont les mêmes dans les sociétés par actions (b) et que seule la société par actions simplifiée semble se distinguer des autres formes sociales eu égard à la mise en place d'une inaliénabilité de ses titres (c).

a. Le cadre substantiel de l'agrément

304. La procédure d'agrément permettant, dans une certaine mesure, de contrôler les entrées et les sorties des associés en subordonnant l'entrée d'un cessionnaire à approbation, ces derniers peuvent ressentir le besoin d'en moduler à leur guise les contours afin d'adapter ce mécanisme à leurs besoins spécifiques. Cependant, certaines normes viennent encadrer cette liberté, qu'il s'agisse d'imposer ou au contraire d'interdire ce processus à l'égard de certaines cessions. Ces limites substantielles à la liberté d'aménager cette prérogative varient selon les formes sociales, allant de la prescription pour les sociétés caractérisées originellement par un fort *intuitus personae* à la prohibition pour les sociétés par actions dominées par un principe de libre cessibilité des titres.

305. Dans les sociétés civiles, l'article 1861 du Code civil impose le respect d'une procédure d'agrément pour les cessions au profit de tiers. De fait, aucune préférence spécifique ne semble possible en ce domaine spécifique : quoi qu'il advienne, toute cession à des tiers devra être soumise à l'agrément des autres associés. En revanche, comme il le sera détaillé plus amplement ultérieurement¹²⁰⁷, si le domaine ne peut pas faire l'objet d'aménagement concernant les cessions aux tiers, les modalités de la procédure peuvent quant à elles être modulées. Il sera alors possible pour les associés de déterminer la majorité requise et, faute de disposition contraire, il leur sera loisible d'instaurer des parts catégorielles accordant ainsi une préférence à certains associés qui pourront, par exemple, céder leurs titres à des tiers selon des modalités allégées ou accentuées¹²⁰⁸. La limite à la liberté ne concerne, dans les sociétés civiles, que le domaine de l'agrément.

¹²⁰⁷ V. *infra*, n°418 et s.

¹²⁰⁸ *Ibidem*.

306. De manière plus stricte, l'agrément dans les sociétés en nom collectif est imposé tant quant à son domaine qu'à ses modalités. L'article L. 221-13 du Code de commerce n'offre aucune marge de liberté au profit des associés puisque les parts sociales « ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés », toute clause contraire étant réputée non-écrite sans exception. Partant, s'il n'est pas envisageable de prévoir une liberté totale dans la cession des titres dans cette forme sociale, la préférence ne pourra pas non plus s'exercer par le biais d'une clause d'agrément aménagée.

307. Une certaine rigueur à l'égard de l'agrément se retrouve dans les sociétés en commandite simple, notamment à l'égard des associés commandités. En effet, si l'article L. 222-8 du Code de commerce est supplétif quant aux règles qui s'appliquent aux cessions réalisées par les commanditaires, en revanche en ce qui concerne les commandités, l'aménagement d'une telle clause reste largement encadrée. Alors qu'il est possible de renoncer à la règle de l'unanimité au profit du consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires pour les cessions envisagées par ces derniers envers des tiers, cet assouplissement n'est permis au profit des commandités que pour « *une partie* » de leurs parts et seulement au profit des commanditaires ou des tiers. Autrement dit, il ne sera jamais possible d'aménager les modalités de l'agrément pour les cessions entre commandités, et à l'égard des autres parties, seule une fraction de leurs titres pourra faire l'objet d'un assouplissement de l'unanimité supplétive prévue par le texte. La liberté est donc doublement limitée dans cette forme sociale. Le domaine de la préférence qui en résulte est restreint pour les commanditaires à la possibilité de soumettre les cessions à une majorité assouplie mais néanmoins imposée par le texte¹²⁰⁹ ; et pour les commandités à cette restriction de la liberté s'ajoute celle du domaine précédemment évoqué. Les commandités des sociétés en commandite par actions sont soumis aux mêmes restrictions quant aux domaines et modalités de l'agrément en cas de cession de leurs parts sociales¹²¹⁰.

308. Concernant les sociétés à responsabilité limitée, les frontières à la liberté sont fixées par l'article L. 223-14 du Code de commerce imposant l'agrément des tiers par les associés. Le texte laisse aux associés la possibilité de déterminer les modalités de cet agrément dans la

¹²⁰⁹ En effet, la formulation de l'article L. 222-8 II 2° C. Com. ne laisse pas à penser qu'une majorité différente pourrait être décidée par les statuts. En ce sens v. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op.cit.*, p. 896, §1419.

¹²¹⁰ Par renvoi de l'article L. 226-1 C. Com. En ce sens v. J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Le Lamy sociétés commerciales*, *op.cit.*, n°4084.

limite minimale d'un vote de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, mais il ne sera pas possible d'établir une préférence en écartant la procédure au profit de certains associés dans le cadre de cessions à des tiers. Toute clause qui évincerait l'agrément à l'occasion d'une telle forme de cession est réputée non écrite par le dernier alinéa de l'article L. 223-14¹²¹¹.

309. Il résulte de ces différentes dispositions que l'agrément est imposé par les textes pour certaines cessions de parts sociales, avec parfois la possibilité de moduler les modalités de cette procédure à défaut de pouvoir en déterminer le domaine. Dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions à l'égard des commanditaires¹²¹², le cadre normatif de l'agrément répond à une logique inverse. Plutôt que d'imposer le respect d'une telle procédure à l'égard de certaines cessions, l'article L. 228-23 du Code de commerce écarte de manière ferme la possibilité de soumettre à agrément les mouvements de titres intrafamiliaux. Sont ainsi visés les cas de succession, de liquidation du régime matrimonial, de cession à un conjoint, ascendant ou descendant.

Toutes ces règles venant encadrer positivement ou négativement la liberté des associés à moduler les conditions dans lesquelles ils pourront céder leurs titres et contrôler ces cessions par le biais d'une clause d'agrément sont sanctionnées, en cas de non-respect, par le caractère non-écrit de l'aménagement en cause¹²¹³.

b. Le cadre substantiel du droit préférentiel de souscription

310. Il existe, dans les sociétés par actions, un droit permettant aux actionnaires de souscrire prioritairement à une augmentation de capital projetée en raison de leur qualité d'actionnaire. Ce droit a pour finalité de prévenir la dilution des droits pécuniaires et politiques des actionnaires présents en amont d'une augmentation de capital. Il s'agit du droit préférentiel de

¹²¹¹ En ce sens v. Cass. Com., 21 janvier 2014, n°12-29.221, *D.*, 2014, p. 273, obs. A. LIENHARD ; *D.*, 2014, p. 2434, note E. LAMAZEROLLES ; *Droit des sociétés*, 2014, n°64, note D. GALLOIS-COCHET ; *Revue des sociétés*, 2014, p. 437, note A. LECOURT ; *Bull. Joly Sociétés*, 2014, p. 250, note B. SAINTOURENS ; *JCP E*, 2014, n°1515, note M. CAFFIN-MOI.

¹²¹² Pour lesquelles l'article L. 228-23 C. Com. est applicable par renvoi de l'article L. 226-1 C. Com. – v. par ex. J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Le Lamy sociétés commerciales, op.cit.*, n°4086. Ces limites à la liberté ne sont pas applicables à la SAS qui, en application de l'article L. 227-1 C. Com. et de l'article L. 227-14 C. Com. sont libres de déterminer les conditions de l'agrément.

¹²¹³ Les conséquences de cette sanction ont été étudiées précédemment : v. *supra*, n°273 et s.

souscription prévu par l'article L. 225-132 du Code de commerce¹²¹⁴. Cette prérogative, dont le rapport à la préférence est intrinsèquement lié à sa dénomination, connaît un cadre substantiel spécifique ne permettant pas aux actionnaires de l'aménager dans toutes ses dimensions. Il ne sera en effet pas possible de supprimer statutairement ce droit, sauf à passer par la création d'actions de préférence, et, là encore, des conditions spécifiques viennent encadrer la liberté offerte aux actionnaires.

α) Impérativité du droit préférentiel de souscription des actions ordinaires

311. Dans la mesure où les articles L. 225-135 et L. 225-138 du Code de commerce encadrent drastiquement la suppression du droit préférentiel de souscription en réservant cette opportunité à la seule assemblée générale extraordinaire pour tout ou partie d'une augmentation de capital projetée ou au profit d'une ou plusieurs personnes répondant à des caractéristiques déterminées, la préférence ne pourra pas avoir pour objet ou effet de procéder à une suppression statutaire de ce droit. A défaut, toute décision prise en application d'une telle clause serait entachée de nullité en vertu de l'article L. 225-149-3 alinéa 2.

Il convient de noter qu'avant l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004, le second alinéa de l'article L. 225-132 du Code de commerce imposait, en outre, une proportionnalité de ce droit au montant des actions détenues par les actionnaires. Ainsi, la préférence ne pouvait pas avoir pour objet de déroger à cette proportionnalité puisque toute clause contraire était réputée non-écrite. La liberté semble aujourd'hui plus grande car, si les statuts ne peuvent pas supprimer ce droit qui est, de fait, un droit d'ordre public au profit des actionnaires, en revanche ils peuvent tout à fait l'aménager à la hausse ou à la baisse.

β) Cas spécifique des actions de préférence sans droit de vote

312. Si les statuts ne peuvent procéder à une suppression du droit préférentiel de souscription concernant les actions ordinaires, en revanche l'article L. 228-11 alinéa 5 du Code de commerce a ouvert cette possibilité pour certains types d'actions de préférence. La préférence peut donc,

¹²¹⁴ Cette disposition s'applique aux sociétés anonymes mais également aux sociétés en commandite par actions eu égard aux commanditaires par renvoi de l'article L. 226-1 C. Com. et aux sociétés par actions simplifiées pour lesquelles l'article L. 227-1 C. Com. n'exclue pas des dispositions applicables l'article L. 225-132 C. Com.

a priori, trouver une certaine liberté dans ce cadre. Encore faut-il respecter les deux conditions cumulatives imposées par ce texte. Il faut que les actions en cause soient privées de droit de vote dès leur émission mais également qu'elles confèrent « *un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation* », chacune de ces conditions emportant son lot d'incertitudes¹²¹⁵.

Pour ce qui est de la première condition, si la lettre du texte modifié par l'ordonnance n°2008-1145 du 6 novembre 2008 laisse entendre que seules les actions de préférence dépourvues depuis l'origine de droit de vote peuvent être dépourvues de droit préférentiel de souscription, même si elles recouvrent ensuite ce droit¹²¹⁶, une incertitude quant à l'interprétation de cette disposition est née des suites d'une réponse du Ministère de la justice au Président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes datée du 7 mai 2012¹²¹⁷. Si celle-ci confirme bien que « *sauf dispositions contraire des statuts, les actions de préférence émises sans droit de vote sont dépourvues de droit préférentiel de souscription même si elles recouvrent un droit de vote au cours de leur existence* », la seconde affirmation contenue dans la réponse n'est pas en accord avec la lettre de l'article L. 228-11 alinéa 5. Elle indique que « *sauf disposition contraire des statuts, les actions de préférence émises avec un droit de vote conservent un droit préférentiel de souscription même si elles sont privées du droit de vote au cours de leur existence* ». Or, si l'article permet bien par dérogation au principe de l'existence du droit préférentiel de souscription de supprimer ce dernier pour les actions de préférence émises sans droit de vote, il ne permet en aucun cas de déroger aux prescriptions de l'article L. 225-135 et les actions de préférence émises avec un droit de vote ne peuvent jamais être privées statutairement de leur droit préférentiel de souscription. En dépit de cette réponse ambiguë, il semble donc nécessaire, pour que le droit préférentiel de souscription soit supprimé,

¹²¹⁵ Sur cette question v. notamment H. LE NABASQUE, « La réforme des actions de préférence », *JCP E*, 2008, n°48, ét. 2445, §26 et s.

¹²¹⁶ Avant l'ordonnance, le texte ne faisait pas référence à « l'émission » des actions et laissait entendre que les actions qui recouvraient leur droit de vote en cours de vie sociale récupéraient dans le même temps leur droit préférentiel de souscription, rendant ainsi le mécanisme moins attractif en raison du recouvrement régulier de ce droit (sur cette question v. H. LE NABASQUE, *art.cit.*, §29 faisant état des observations suivantes : « *Le comité de droit financier de Paris Europlace avait observé en effet que la plupart des actions de préférence émises sur le marché international étaient des actions « émises sans droit de vote ». Il notait cependant que ces actions de préférence recouvraient assez fréquemment leur droit de vote (...) lorsque la rémunération promise aux souscripteurs ne leur était pas intégralement servie, soit à la clôture d'un exercice, soit au terme de plusieurs exercices successifs* »). Selon le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence : « *Cette précision est indispensable au développement de ce type d'action et donnera toute sa portée à la réforme que le Parlement a entendu promouvoir en autorisant le Gouvernement, par la même loi, à agir par voie d'ordonnance* ».

¹²¹⁷ Lettre du ministère de la Justice du 7 mai 2012 au président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, CNCC n°166, p. 304.

que les actions soient émises sans droit de vote. Aucune disposition statutaire ne pourra y contrevenir.

Du reste, les actions en cause devront, pour permettre la suppression du droit préférentiel de souscription, être attachées d' « *un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation* ». Cette seconde condition, cumulative de la première exposée, suppose une appréciation au regard des actions ordinaires émises par la société émettrice. Il suffit alors qu'une action de préférence ait un droit moindre qu'une action ordinaire dans un des trois domaines « financiers » visés par le texte pour que la condition soit remplie et que l'action soit privée, faute de disposition contraire des statuts, du droit préférentiel de souscription. Ainsi, une action de préférence sans droit de vote à laquelle serait attaché un droit majoré sur le boni de liquidation et les réserves mais un droit limité aux dividendes est, sauf disposition contraire des statuts, privée de droit préférentiel de souscription.

Cependant, il n'est pas toujours aisé de déterminer si une action entre dans le champ d'application de cette condition. La question se pose notamment de savoir si une action comporte des droits « financiers » limités lorsque l'objectif poursuivi par les associés est de mettre en place une clé de répartition de ces droits différente de celle prévue par le droit commun des sociétés et non de les limiter¹²¹⁸. Cette problématique d'analyse de la condition n'est pas dénuée d'intérêt puisque la possibilité de supprimer le droit préférentiel de souscription est subordonnée à la satisfaction de cette condition et qu'en cas d'erreur la conséquence est la nullité de l'émission¹²¹⁹. Il aurait été nécessaire que le texte de loi soit élaboré plus soigneusement à cet égard¹²²⁰.

En tout état de cause, il convient donc de considérer que la possibilité pour les actionnaires de supprimer statutairement cette prérogative n'est certaine qu'en cas d'actions émises originellement sans droit de vote et pour lesquelles la limitation des droits pécuniaires

¹²¹⁸ En ce sens v. A. REYGROBELLET, « Le régime des actions de préférence est retouché », *RTDF*, 2008, n°4, p. 110: « *Que décider si le droit aux bénéfices est restreint en période normale, mais sensiblement augmenté lorsque survient un évènement objectivement déterminé ? Il nous semble que ces hypothèses n'entrent pas dans les prévisions de l'article L. 228-11, alinéa 5, sans qu'il y ait à faire le décompte, au cas par cas, pour examiner si, au total, les avantages consentis compensent les préférences négatives* ».

¹²¹⁹ Art. L.225-149-3 al. 3 C. Com. : « *Sont nulles les décisions prises en violation des dispositions de la présente sous-section (...)* ».

¹²²⁰ En ce sens v. H. LE NABASQUE, « La réforme des actions de préférence », *JCP E*, 2008, n°48, p. 2445, §32 et S. SYLVESTRE et J. PASSEMARD, « Les actions de préférence peuvent-elles conférer des droits inférieurs aux actions ordinaires ? », *RTDF*, 2010, n°1, p. 71.

est nette eu égard aux actions ordinaires. Au-delà de ce cadre limité, toute suppression statutaire du droit préférentiel de souscription pourrait être remise en cause.

c. Le cadre substantiel de l'inaliénabilité

313. En vue de constituer des noyaux stables d'associés ou de se prémunir contre une prise de contrôle de l'un d'entre eux ou de tiers, ces derniers peuvent être tentés d'introduire dans leurs statuts des clauses d'inaliénabilité imposant la conservation des titres par le même détenteur pendant une certaine durée¹²²¹. La mise en place de telles clauses a été validée à l'égard de toutes les formes sociales par la jurisprudence sur le fondement de l'article 900-1 du Code civil, soumettant alors leur validité au respect des conditions de droit commun de l'inaliénabilité devant s'apprécier *in concreto* : un caractère temporaire et une justification sérieuse et légitime¹²²². Ces conditions de fond ne constituent pas, de fait, un cadre strictement défini à la liberté de préférer¹²²³. La limite certaine à la liberté se trouve en revanche dans les modalités du consentement à cette clause, qui nécessitera l'accord individuel de ceux à qui l'inaliénabilité sera imposée, cette dernière constituant une augmentation de leurs engagements¹²²⁴.

314. Dans le cadre des sociétés par actions simplifiées, les limites de l'inaliénabilité sont rigoureusement définies par l'article L. 227-13 du Code de commerce. Si aucune justification n'est imposée, ce qui constitue une liberté plus grande au profit des actionnaires de cette forme sociale, la limite temporelle de l'inaliénabilité est quant à elle arrêtée par le législateur. Aux termes de ce texte, les actionnaires ne pourront pas être retenus prisonniers de leurs titres pour une durée excédant dix années¹²²⁵. Ainsi, alors que dans les autres formes sociales, une inaliénabilité plus longue pourrait être mise en place si elle est dûment justifiée, en aucun cas la préférence ne pourra avoir pour objet ou effet de porter cette durée au-delà de la décennie maximale imposée par le législateur pour les sociétés par actions simplifiées. La possibilité de

¹²²¹ Ces clauses peuvent concerner toutes les formes d'aliénation : cession, donation, échange, apport en société – les rédacteurs devant alors prendre soin de déterminer le domaine de la clause qu'ils insèrent dans les statuts.

¹²²² V. par ex. CA, Paris, 3^{ème} ch., A, 4 mai 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, I, p. 152 ou encore Cass. Civ. 1^{ère}, 31 octobre 2007, n°05-14.238, *Bull. civ. I*, n°337; v. sur cette question H. MOUBSIT, « Les clauses d'inaliénabilité en droit des sociétés », *RLDA*, 2013, n°86, issu du compte rendu du colloque sur *L'indisponibilité en droit des affaires* organisé par la faculté de droit de Douai le 11 avril 2013.

¹²²³ Sur les difficultés soulevées pour l'appréciation de ces conditions v. H. CONCHON, « Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps », *LPA*, 2002, n°75, p. 6. V. *supra*, n°286 et s.

¹²²⁴ V. *supra*, n°298.

¹²²⁵ La règle est similaire pour les sociétés européennes en vertu de l'article L. 229-11 C. Com.

ne pas justifier cette interdiction de céder ses titres à pour contrepartie une limitation expresse de la durée au cours de laquelle l'atteinte à la liberté est permise. De plus, alors que seul un consentement individuel sera requis dans les autres formes sociales, l'adoption ou la modification d'une telle clause dans la société par actions simplifiée nécessitera une décision unanime en vertu de l'article L. 227-19 du Code de commerce.

3. *Les limites substantielles quant au droit de vote*

Le droit de vote, en tant que prérogative essentielle inhérente à la qualité d'associé, ne peut être supprimé, selon certains¹²²⁶, que dans les cas où la loi le prévoit¹²²⁷. Cette protection antérieurement exposée est valable quelle que soit la forme sociale considérée¹²²⁸. Encore faut-il déterminer les cas où le législateur a permis, de manière certaine, une suppression de ce droit et dans quelle mesure il a potentiellement encadré sa simple minoration (a). Parallèlement, la liberté dans l'aménagement de ce droit peut être restreinte lorsqu'est envisagée sa majoration (b).

315. À titre liminaire, une forme sociale voit tout aménagement de ce droit prohibé : la société à responsabilité limitée. En effet, en vertu de l'article L. 223-28 du Code de commerce, toute clause qui contreviendrait à la proportionnalité eu égard au nombre de titres détenus par les associés serait réputée non-écrite. Aucune préférence ne pourra faire échec à cette proportionnalité, que ce soit par une majoration ou une minoration du droit de vote. La liberté est largement circonscrite à l'égard de cette forme sociale. Une proportionnalité, cette fois capitalistique¹²²⁹, est également prévu à l'égard du droit de vote dans les sociétés par actions – hors le cas spécifique de la société par actions simplifiée – par l'article L. 225-122. Néanmoins, si la liste en est limitative, le texte prévoit directement un certain nombre d'exceptions permettant d'aménager ce droit à la hausse ou à la baisse. Par conséquent, la limite n'est pas aussi stricte que celle prévue pour les sociétés à responsabilité limitée, bien que les exceptions

¹²²⁶ V. *supra*, n°295.

¹²²⁷ Cass. Com., 9 févr. 1999, n°96-17.661, *Bull. civ. IV*, n°44, *Droit des sociétés*, 1999, n°5, chr., p. 5, note TH. BONNEAU ; *JCP E*, 1999, p. 724, note Y. GUYON ; *Bull. Joly sociétés*, 1999, p. 566, note J.-J. DAIGRE ; *Revue des sociétés*, 1999, p. 269, obs. Y. REINHARD.

¹²²⁸ Néanmoins, le fait que l'article 1844-1 protège également le droit de vote peut être remis en cause. V. *supra*, n°293.

¹²²⁹ Même si, *in fine*, dans la SARL la proportionnalité est nécessairement capitalistique également en raison de l'article L. 223-2 C. Com. qui impose une valeur nominale égale pour les parts.

en cause connaissent elles même un encadrement spécifique qu'il s'agisse de moduler ce droit à la hausse ou à la baisse.

a. L'encadrement de la minoration du droit de vote

La préférence peut consister non seulement en un amoindrissement du droit de vote mais encore en sa suppression. Alors que pour la suppression de ce droit il faudra, *a priori*¹²³⁰, une justification textuelle, ce qui induit que les cas qui seront ci-après énumérés sont limitatifs¹²³¹ (α), en revanche pour ce qui est de la minoration n'ayant pas pour effet de priver les associés de leur principale prérogative politique, la liberté est importante en dehors du cas où le législateur a entendu la restreindre pour les sociétés par actions soumises à l'article L. 225-125 du Code de commerce (β).

α) Encadrement de la suppression du droit de vote des actions de préférence

316. Les cas dans lesquels le droit de vote de l'associé peut être conventionnellement supprimé et directement prévus par le législateur sont extrêmement limités. En effet, seules deux techniques permettent, de manière certaine¹²³², une telle atteinte à cette prérogative : l'existence d'un démembrement de propriété et la création d'actions de préférence. Alors que la suppression du droit de vote du nu-proprétaire est permise dans toutes les formes sociales, à condition de préserver son droit de participer aux décisions collectives¹²³³, et constituerait par conséquent le seul moyen de supprimer cette prérogative dans les sociétés par parts sociales, en revanche les sociétés par actions se sont vues dotées d'un instrument plus adapté à cet aménagement par le biais des actions de préférence. Il convient dès lors de déterminer les contours de la liberté offerte par ces titres spéciaux.

317. L'article L. 288-11 du Code de commerce permet la création d'actions de préférence « *avec ou sans droit de vote* », celui-ci pouvant être aménagé ou suspendu « *pour un délai*

¹²³⁰ V. *supra*, n°295.

¹²³¹ Il ne s'agira ici que d'envisager les cas de suppression statutaire de ce droit, les suppressions temporaires prévues par les textes ne relevant pas de l'étude de la préférence.

¹²³² V. *supra*, n°295.

¹²³³ V. *supra*, n°293.

déterminé ou déterminable »¹²³⁴ voire même supprimé. Dans ce dernier cas, les actions dépourvues de droit de vote ne pourront « *représenter plus de la moitié du capital social* », sachant que ce seuil maximal est abaissé au quart du capital lorsque les actions en cause sont admises sur un marché réglementé. Si les contours de ces dispositions ne posent pas de problème dans le cadre des sociétés par actions simplifiées au sein desquelles la préférence ne pourra simplement pas consister à porter le nombre de titres dépourvus de droit de vote au-delà des seuils précédemment rappelés¹²³⁵ - mais dont il faudra déterminer le calcul, en revanche, les précisions du premier alinéa de ce texte quant à la nécessité de respecter les prévisions des articles L. 225-122 à L. 225-125 engendrent quelques difficultés de détermination des frontières de la liberté dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions. En effet, le premier de ces textes prévoit sans présenter les actions de préférence comme une exception permise et sous peine de réputer non-écrite toute clause contraire, que « *chaque action donne droit à une voix au moins* », ce qui semble s'opposer à la suppression du droit de vote. Cependant, il semblerait que ce texte énonce simplement l'impossibilité de détacher le droit de vote de l'action ainsi que l'indivisibilité de celui-ci sans pour autant interdire la suppression de cette prérogative dans les cas expressément énumérés par la loi¹²³⁶. Partant, dans les seuils déterminés par l'article L. 228-11 il sera loisible aux actionnaires de supprimer le droit de vote attaché aux actions et ce quelle que soit la société par actions concernée.

Encore faut-il s'interroger sur la méthode de calcul des seuils imposés par ce texte. Le texte faisant référence aux « *actions de préférence sans droit de vote* », s'est posée la question de savoir si les *maximas* devaient comprendre les actions dont le vote serait simplement suspendu ou seulement celles dont la prérogative serait supprimée définitivement. Afin de répondre à cette question, il semble qu'il faille adhérer à la lecture du texte retenue par un auteur qui, faisant référence à la logique de protection des actionnaires induite par ces limites à la liberté, suggère de ne pas différencier suspension et suppression du droit de vote pour déterminer l'atteinte des seuils en cause. En effet, d'une part l'alinéa relatif à l'établissement de ces seuils ne fait pas référence aux actions de préférence dont le droit de vote aurait été

¹²³⁴ Les différents aménagements possibles en dehors de la suppression du droit de vote seront étudiés ultérieurement – le texte ne prévoyant à cet égard pas de limites spécifiques. V. Titre suivant.

¹²³⁵ Il convient ici de noter que le recours aux actions de préférence sera la seule possibilité, en dehors du cas du démembrement de propriété, de supprimer statutairement le droit de vote d'un actionnaire de SAS en dépit de la grande liberté de cette forme sociale

¹²³⁶ V. sur cette question J-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », *Revue de droit bancaire et financier*, 2004, n°5, dossier 100065 ou encore A-V. LE FUR, « "Concilier l'inconciliable" : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *D.*, 2008, p. 2015.

supprimé mais plus largement aux actions sans droit de vote tandis que l'alinéa précédent prend soin de distinguer ces différents cas de figure. D'autre part, s'il était possible aux actionnaires de ne prendre en compte, pour le calcul de ces *maximas*, que les actions dont le droit de vote serait réellement supprimé, il serait aisé de contourner la règle « *en prévoyant un régime de simple suspension qui, bien aménagé, pourrait n'en être pas très différent en pratique* »¹²³⁷. La logique et la prudence conduisent donc à retenir une méthode de calcul qui devra prendre en compte tous les titres dont le droit de vote serait annihilé temporairement ou définitivement¹²³⁸. À défaut de respecter cette prescription, la sanction consistera en la nullité de l'émission en vertu de l'alinéa 4 de l'article L. 228-11 qui ne distingue pas entre les actions ayant pour effet de provoquer un dépassement du seuil et les autres, ce qui peut s'avérer lourd de conséquences.

β) Encadrement du plafonnement dans les SA et SCA

318. L'article L. 225-125 du Code de commerce, dont les dispositions ne concernent pas la société par actions simplifiée, offre la possibilité aux actionnaires de limiter statutairement le nombre de voix dont ils peuvent user lors des assemblées dès lors que cette limitation s'applique à toutes les catégories d'actions. En raison du caractère dérogoire de ce texte au principe de proportionnalité du droit de vote dans les sociétés soumises à l'article L. 225-122, ce plafonnement statutaire est strictement encadré. Trois séries de questions sont soulevées par les termes du texte pour déterminer les contours de la liberté des actionnaires.

319. Tout d'abord, l'aménagement est rendu possible eu égard aux droits de vote dont disposent les actionnaires « *dans les assemblées* ». S'est alors posée la question de savoir si la limitation pouvait ne porter que sur certaines assemblées ou si au contraire elle voyait son champ limité à un aménagement relatif à toutes les assemblées. En l'absence de disposition contraire, il semble qu'il soit possible de restreindre le plafonnement à une catégorie d'assemblée déterminée¹²³⁹. À cet égard il n'existe pas à proprement parler de restriction à la liberté.

320. Ensuite, si le texte fait référence à la possibilité de plafonner les voix, aucune référence n'est faite quant aux modalités de plafonnement. De la même manière, en l'absence de précision

¹²³⁷ J.-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », *art.cit.*

¹²³⁸ Dans le même sens v. J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », *LPA*, 2005, n°189, p. 24 et s.

¹²³⁹ En ce sens v. R. KADDOUCH, « La clause statutaire de plafonnement des voix », *JCP E*, 2005, n°15, 620, §9.

ou de disposition venant contraindre la liberté, il convient de considérer que les actionnaires sont libres de déterminer la méthodologie de plafonnement qu'ils entendent appliquer à leurs voix délibératives¹²⁴⁰. Néanmoins, pour certains auteurs il ne paraît pas possible que ces derniers retiennent un plafonnement ayant pour effet d'accorder une voix par actionnaire en ce sens que cela reviendrait à nier, de manière définitive, le principe de proportionnalité inscrit à l'article L. 225-122 alors que ce dernier ne prévoit que la possibilité de l'aménager et non de s'y soustraire totalement¹²⁴¹. Pour d'autres, un tel aménagement serait tout à fait licite puisque non expressément interdit¹²⁴² et permettrait d'atteindre « *une certaine démocratie dans les assemblées* » en empêchant à l'intéressé de cumuler des votes en vertu de différentes qualités dont il bénéficierait¹²⁴³. À cet égard, le plafonnement des voix fait donc l'objet d'un encadrement substantiel incertain. Cependant, la lettre du texte semble plutôt devoir aboutir à la reconnaissance de la validité d'un aménagement qui aurait pour effet de n'accorder qu'une voix par actionnaire puisque, littéralement, celui-ci prévoit que « *les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose* », ce qui n'interdit pas que ce nombre soit de un, et sans que cela n'aille à l'encontre de l'article L. 225-122 qui autorise spécifiquement de déroger à la proportionnalité en recourant à l'article L. 225-125. La liberté ne semble pas pouvoir être limitée par une interprétation restrictive du texte que n'appelle pas sa formulation.

Enfin, si l'exception à la proportionnalité prévue par le texte, doit être « *imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie* », elle est exclue pour « *les actions à dividende prioritaire sans droit de vote* ». Or, ces titres sont en voie de disparition depuis l'ordonnance 2004-604 du 24 juin 2004 ayant substitué à celles-ci les actions de préférence. Se pose alors la question de savoir s'il est possible d'émettre des actions de préférence dont le droit de vote serait plafonné contrairement aux actions ordinaires. La réponse est certainement négative en ce sens que ces titres constituent bien une catégorie¹²⁴⁴. Si les théories s'opposent en doctrine, la prudence conduit ici à retenir une lecture stricte du texte qui interdit expressément une différenciation en raison d'une catégorie de titres. En effet, la sanction attachée au non-respect

¹²⁴⁰ Pour des exemples de modes de plafonnement envisageables, v. Titre suivant.

¹²⁴¹ En ce sens v. J-M. HAUPTMANN, *Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand*, Thèse, Strasbourg III, 1986, p. 117 ; R. KADDOUCH, *art.cit.*, §9.

¹²⁴² En ce sens v. P. LE CANNU, « Limitations du droit de vote et contrôle des sociétés anonymes », *Bull. Joly Sociétés*, 1991, p. 263, §22 ; Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, p. 262, §167 ; J-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit.*, p. 193, §331.

¹²⁴³ En ce sens v. Y. GUYON, *Ibidem*.

¹²⁴⁴ En ce sens v. notamment J-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », *art.cit.* ; A-V. LE FUR, « "Concilier l'inconciliable" : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *art.cit., loc.cit.* ; J-M. MOULIN, « Les actions de préférence », *LPA*, 2005, n°189, p. 24.

de cette disposition résidant dans la nullité, une interprétation à l'aune de l'esprit libéral porté par l'avènement des actions de préférence semble quelque peu aventureuse puisqu'elle reviendrait à nier les termes clairs de l'article L. 225-125. Cette précision de la disposition constituerait donc une limite importante à la liberté puisque, si un plafonnement des voix est envisagé, il ne pourra pas avoir pour objet de ne concerner qu'une catégorie spécifique d'actions et s'imposera à toutes sans distinction¹²⁴⁵.

b. L'encadrement de la majoration du droit de vote dans les SA et SCA

321. Alors qu'aucune majoration du droit de vote n'est permise dans les SARL et que la latitude des associés est grande dans la plupart des autres formes sociales, les sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions voient, une fois n'est pas coutume, cet aménagement permis pour « *favoriser volontairement la fidélité des actionnaires* »¹²⁴⁶ mais strictement encadré par le législateur. Cette circonscription de la liberté ressort de l'article L. 225-123 du Code de commerce¹²⁴⁷. Aux termes du premier alinéa de ce texte, un droit de vote double peut être statutairement attribué « *à toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative, depuis deux ans au moins, au nom du même actionnaire* ». Ainsi, s'il est loisible aux actionnaires de majorer le droit de vote attaché aux actions qu'ils détiennent, cette liberté est limitée à plusieurs égards.

D'abord, pour que cette prérogative soit effective il sera nécessaire que les actions soient détenues par le même actionnaire depuis au moins deux ans. Le délai de stage ne peut être inférieur à deux ans. Aucune préférence ne pourra avoir pour objet de subordonner l'octroi de ce droit de vote majoré à une durée inférieure. En revanche, rien n'interdit de prévoir l'allongement de ce délai. Néanmoins, le délai retenu par les actionnaires ne devra pas être tel qu'il correspondrait à une mesure discriminatoire ayant pour objet réel de n'accorder ce renforcement du poids politique qu'à un actionnaire par exemple¹²⁴⁸. La liberté dans le choix

¹²⁴⁵ Sur la critique potentielle de cette limite et la comparaison avec un modèle plus souple v. *infra*, n°326.

¹²⁴⁶ J-P. VALUET, « Le droit de vote des actionnaires en AG : le droit de vote double », *Droit des sociétés*, 2014, n°10, ét. 17, §15.

¹²⁴⁷ Dont les prévisions sont sans incidence sur la liberté dans les SAS pour lesquelles le texte n'est pas applicable en vertu de l'article L. 227-1 du Code de commerce.

¹²⁴⁸ En ce sens v. A. COURET, « Le retour du débat sur le droit de vote double », *Droit des sociétés*, 2013, n°11, ét. 22, §11.

de la durée du stage, au-delà des deux ans minimum prévus par le texte, est donc grande, mais sa mise en œuvre se devra prudente.

Ensuite, le texte faisant référence à « *toutes les actions* », un débat est né quant à la possibilité de n'accorder le renforcement de cette prérogative qu'au profit de certaines actions par le biais de la création d'actions de préférence. Deux thèses doctrinales s'affrontent alors quant aux contours de la liberté. Un premier courant doctrinal s'oppose à cette possibilité. Selon ces auteurs, l'article L. 225-123 auquel l'article L. 228-11 renvoie ne permet pas d'opérer une distinction entre les actions puisque l'avantage qu'il permet d'octroyer l'est en raison des caractéristiques de l'actionnaire et non du titre détenu ce qui n'ouvre pas la possibilité de le rapprocher des actions de préférence¹²⁴⁹. La mise en relation de ces deux dispositions interdirait « *l'affranchissement des porteurs d'actions de préférence du régime du droit de vote double* » qui ne pourrait être accordé qu'à toutes les actions sans distinction possible et, partant, « *l'action de préférence ne (pourrait) être assortie d'avantages en termes de droit de vote, c'est le moins et non le plus qui est permis* »¹²⁵⁰. La seconde approche doctrinale semble néanmoins plus en accord avec l'esprit du texte et l'avènement des actions de préférence. Pour les auteurs favorables à l'émission d'actions de préférence dont la caractéristique serait d'accorder un droit de vote double dont ne bénéficieraient pas les actions ordinaires, voire même les autres catégories d'actions de préférence, le renvoi à l'article L. 225-123 opéré par l'article L. 228-11 n'aurait pour seul objet que de subordonner cet octroi au respect des conditions de stage et de majoration prévues par le premier de ces textes. Ainsi, au même titre que pour des actions ordinaires, il ne sera pas possible de prévoir un droit de vote majoré effectif avant une détention nominative de deux ans et cette majoration doit se cantonner à l'octroi d'un droit de vote double et non multiple¹²⁵¹. Cette position est justifiée par les auteurs eu égard à l'esprit de l'ordonnance de 2004 ayant introduit les actions de préférence dont la raison d'être, présentée dans le Rapport

¹²⁴⁹ En ce sens v. R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », in Dossier « Les actions de préférence », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 2012, p. 16 : « *Quant aux actions à droit de vote double émises par les SA ou SCA (...) le mécanisme d'attribution du droit de vote double n'est pas une caractéristique de l'action : susceptible de profiter à toutes les actions nominatives quelles qu'elles soient et intransmissible à titre onéreux, le droit de vote double ne tient pas sous sa coupe une catégorie d'actions. Autrement dit, comme le droit de vote double joue sans distinction de catégorie, il n'a pas vocation à distinguer une catégorie, moins encore une catégorie « de préférence »* ». Cette impossibilité de rapprocher le droit de vote double d'une catégorie d'actions est également retenue par J-P. VALUET, « Le droit de vote des actionnaires en AG : le droit de vote double », *Droit des sociétés*, 2014, n°10, ét. 17, §28.

¹²⁵⁰ A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *JCP E*, 2004, n°40, ét. 1440, §21.

¹²⁵¹ En ce sens v. Mémento EFL, *Sociétés commerciales*, 2018, n°67783 ; J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Le Lamy sociétés commerciales, op.cit.* n°4770 ; B. BRIGNON et Th. GRANIER, *Les actions de préférence*, *JCl. Banque*, Fasc. 1803, §22 ; A. COURET, « Le retour du débat sur le droit de vote double », *art.cit.*, §22 ; B. MERCADAL, « Que faire des actions de préférence », *RJDA*, 2006, p. 671, §6.

au Président de la République est « *de favoriser les investissements et, par-delà, la croissance de l'économie* » faisant que l'interprétation de l'article L. 228-11 doit amener à « *favoriser au maximum la création des « droits particuliers de toute nature » plutôt que de chercher à entraver les nouveautés susceptibles d'être imaginées par les praticiens* »¹²⁵². À défaut de permettre cet aménagement dans les sociétés par actions autre que les sociétés par actions simplifiées, « *l'avantage que le législateur a entendu accorder aux actions de préférence serait vidé d'une partie de sa substance* »¹²⁵³. Il faut donc considérer qu'il n'existe à cet égard pas de limite substantielle à la liberté offerte aux actionnaires et qu'il leur est tout à fait possible de réserver ce droit de vote double à certaines actions de préférence.

Enfin, il convient de noter que les limites substantielles à cette liberté sont inversées dans le cadre des sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé. En effet, dans le cadre de ces sociétés depuis la loi du 29 mars 2014¹²⁵⁴ le vote double est automatiquement attribué aux actions faisant l'objet « *d'une inscription nominative depuis deux ans au nom du même actionnaire* » sauf à ce qu'une prévision statutaire y fasse échec. Cette attribution automatique et les limites qui y sont attachées concernent les dispositions statutaires adoptées postérieurement à la promulgation de cette loi. De fait, pour les clauses antérieures, les contours de la liberté sont les mêmes que pour les autres sociétés : la durée de stage déterminée par les actionnaires antérieurement à la loi reste valable et peut donc être supérieure à deux ans. En revanche, pour les sociétés dont les statuts n'auraient rien prévu antérieurement, l'attribution devient d'une part automatique et seule une décision supposant une majorité qualifiée des deux tiers pourra y faire échec et d'autre part, la durée du stage est imposée. En effet, le texte ne fait pas référence à une durée « *d'au moins* » deux ans, mais à une inscription nominative « *depuis deux ans* ». Il ne semble plus alors possible pour les actionnaires d'aménager la durée requise pour l'attribution de ce droit¹²⁵⁵. La seule dérogation possible à cette attribution automatique prévue par le dernier alinéa de l'article L. 225-123 concerne uniquement le principe de l'attribution d'un droit de vote double¹²⁵⁶. Les limites à la liberté sont ici beaucoup plus strictes que dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises sur un marché réglementé.

¹²⁵² B. MERCADAL, *art.cit., loc.cit.*

¹²⁵³ A. COURET, *art.cit., loc.cit.*

¹²⁵⁴ Loi n°2014-384 du 29 mars 2014.

¹²⁵⁵ En ce sens v. A. COURET, « Le droit de vote double », *Bull. Joly Sociétés*, 2014, n°10, p. 488, §28 ; S. TORCK, « L'attribution du droit de vote double », *Droit des sociétés*, 2014, n°7, doss. 7, §9.

¹²⁵⁶ *Contra* v. J-P. VALUET, « Le droit de vote des actionnaires en AG : le droit de vote double », *art.cit.*, §9.

4. Les limites substantielles quant aux dividendes

Si la répartition des bénéfices et des pertes fait l'objet d'une disposition générale applicable à toutes les formes sociales aux termes de laquelle elle est librement déterminée par les statuts dans la limite de la prohibition des clauses léonines¹²⁵⁷, deux dispositions spéciales viennent encadrer la répartition et la distribution des dividendes dans les sociétés par actions.

322. D'une part, mais cette disposition ne fait que confirmer la prohibition qui s'applique dans toutes les formes sociales¹²⁵⁸, l'article L. 232-15 prohibe les clauses prévoyant un intérêt fixe ou intercalaire. Toute clause contraire à cette prohibition sera réputée non-écrite. Ainsi, la préférence ne pourra pas consister en l'attribution d'un dividende dont le montant minimal serait déterminé, celui-ci pouvant avoir pour effet de porter atteinte au capital social à défaut d'un résultat distribuable suffisant. Il s'agit d'une limite à la liberté des actionnaires, mais celle-ci n'est pas propre aux sociétés par actions contrairement à la seconde disposition à laquelle les rédacteurs des statuts de sociétés par actions devront prendre garde dans l'aménagement de la répartition du résultat social.

323. D'autre part l'article L. 232-14 encadre la majoration du dividende dans les sociétés émettant des actions¹²⁵⁹. Cette disposition, issue de la loi du 12 juillet 1994, est venue consacrer la possibilité pour ces formes sociales de verser un dividende majoré « *dans la limite de 10% à tout actionnaire qui justifie (...) d'une inscription nominative depuis au moins deux ans* ». Parler de consécration n'est pas neutre : l'introduction de cette disposition est sujette à controverse. Jusqu'à la loi du 12 juillet 1994, deux doctrines s'opposaient quant au fait de savoir s'il était possible de verser un dividende majoré aux actionnaires. Alors que les partisans de la validité de cet aménagement appuyaient leur argumentation sur la liberté offerte par l'article 1844-1 du Code civil prévoyant uniquement une proportionnalité du dividende à défaut de clause statutaire contraire¹²⁶⁰ – thèse qu'il faut retenir puisque le principe est que tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis et que cette disposition générale n'était écartée ni contredite par aucun texte spécial ; d'autres auteurs considéraient que, faute de disposition spéciale permettant de rompre l'égalité proportionnelle quant au dividende sur le fondement de l'article 1844-1 dans les sociétés par actions, il n'était pas possible de prévoir une autre

¹²⁵⁷ Art. 1844-1 C. Civ.

¹²⁵⁸ V. *supra*, n°291 et s.

¹²⁵⁹ Voir également sur cette question v. *supra*, n°181 et s.

¹²⁶⁰ En ce sens v. Y. GUYON, « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré », *Revue des sociétés*, 1995, p. 1, §1.

répartition, la loi du 24 juillet 1966 devant s'interpréter restrictivement¹²⁶¹. En dépit de la clarté des textes en vertu desquels la licéité d'un dividende majoré paraissait incontestable, et à forces d'arguments discutables tenant notamment à l'atteinte au prétendu principe d'égalité entre actionnaires¹²⁶² qu'un tel aménagement engendrerait, un courant doctrinal a semé le doute, forçant une intervention du législateur au profit d'une loi « *autorisant le versement de primes de fidélité à certaines actions nominatives des sociétés commerciales* »¹²⁶³.

Ainsi, par le truchement de l'article L. 232-14 du Code de commerce il est possible de prévoir statutairement qu'un dividende majoré dans la limite de 10% soit attribué à tous les actionnaires dès lors que ces derniers détiendront leurs titres nominativement depuis au moins deux ans. Les conditions d'application de ce texte sont claires : suite à un stage minimum de deux ans, tout actionnaire stable verra le dividende qui lui est versé majoré et ce sur simple prévision en ce sens des statuts. Les limites à la liberté sont explicites : le stage imposé ne peut être inférieur à deux ans – ce qui s'explique par la volonté du législateur de favoriser l'émergence d'un actionnariat stable, et le dividende ne pourra être majoré d'un taux supérieur à 10%. Cette disposition semble donc encadrer drastiquement la liberté des actionnaires dans l'aménagement du dividende. C'est d'ailleurs le reproche qui a pu être formulé à l'encontre de cette loi au lendemain de son édicition qui, si elle est saluée pour la sécurité apportée en ce qu'elle confirme alors la validité du dividende majoré, « *restreint la liberté statutaire puisque, par une interprétation a contrario, sera désormais illicite toute majoration du dividende allant au-delà des limites fixées par cette loi* »¹²⁶⁴.

Il ne semble cependant pas inadmissible de considérer que cette loi n'a pas restreint la liberté offerte aux actionnaires. Si la lecture *a contrario* de cette disposition peut porter à croire que le dividende majoré dans les sociétés par actions doit nécessairement passer par l'insertion d'une clause statutaire dans les limites imposées par l'article L. 232-14 évinçant ainsi l'applicabilité de l'article 1844-1 du Code civil, cette position peut aisément être nuancée. Rien ne s'oppose en effet à ce qu'un privilège financier soit accordé à un actionnaire par le biais de l'octroi d'un avantage particulier ou à un titre par l'émission d'actions de préférence à

¹²⁶¹ En ce sens v. Fr. POLLAUD-DULIAN, « La querelle du dividende majoré, un aspect du principe d'égalité dans le droit des sociétés cotées en bourse », *JCP G*, 1993, n°32, I, 3697, §15 : « *La loi de 1966 encadre de façon très restrictive la possibilité d'une attribution non proportionnelle des dividendes. Cela signifie, selon nous, qu'en dehors des cas expressément visés par la loi où elle prévoit un système inégalitaire, c'est le principe d'égalité qui doit l'emporter et non un retour à une totale liberté statutaire* ».

¹²⁶² Sur cette question v. Y. GUYON, *art.cit.*, §2.

¹²⁶³ Il s'agit là de l'intitulé de la loi n°94-578 du 12 juillet 1994.

¹²⁶⁴ Y. GUYON, « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré » *,art.cit.*, §3.

privilège financier portant sur le dividende¹²⁶⁵ et mettant ainsi en œuvre la liberté offerte par l'article 1844-1. En revanche, il est évident que l'octroi d'une préférence portant sur le dividende par le biais de ces instruments n'est pas sans connaître de limites, puisqu'il faudra d'une part respecter la prohibition des clauses léonines – mais pas les limites de taux et de stages ci-dessus exposées puisque les textes relatifs à ces instruments ne procèdent pas à un renvoi à l'article L. 232-14 du Code de commerce, et d'autre part suivre les procédures spécifiques attachées à leur mise en place¹²⁶⁶. Ainsi, si l'introduction de l'article L. 232-14 a bien fait échec à la mise en œuvre de l'article 1844-1 du Code civil dans les statuts lorsque la préférence en cause était attachée au titre, cela n'a rien changé pour le cas de la préférence attribuée *intuitu personae*. Il est ainsi possible de considérer que cette disposition a offert un nouvel instrument au profit de ces sociétés ne nécessitant pas la mise en œuvre d'une procédure spécifique et n'interdisant pourtant pas de recourir à la liberté offerte par l'article 1844-1 du Code civil. Dès lors que les statuts auront prévu la possibilité d'accorder un dividende majoré à l'actionnaire stable, la préférence sera accordée à tous les détenteurs des titres, même successifs, dès lors qu'ils auront nominativement détenu leurs actions le temps du stage imposé par la clause. La liberté des actionnaires est donc encadrée, mais n'est pas réduite à néant.

Le droit interne des sociétés connaît ainsi un certain nombre de limites substantielles à la liberté de préférer, il est cependant possible de s'interroger sur la longévité de ces règles au regard de la concurrence normative.

§2. Les limites tirées d'autres systèmes normatifs : vers l'émergence de règles communes plus souples ?

324. Les limites internes à la liberté de préférer ne sont pas figées. Un certain assouplissement législatif en réaction à l'existence d'autres modèles normatifs peut avoir lieu. Ainsi, si les normes impératives précédemment décrites sont bien actuelles et s'imposent en tout état de cause aux associés dans l'établissement de la préférence, il est possible que certaines d'entre

¹²⁶⁵ Sur ces deux instruments relativement à l'aménagement du dividende v. notamment F-D. POITRINAL, « Clauses statutaires de répartition des bénéfices », *Droit et patrimoine*, av. 1998, p. 37 ; H. LE NABASQUE, J-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 2006, n°86, p. 2 et s., spéc. p. 12, §44.

¹²⁶⁶ V. *infra*, n°334 et s.

elles viennent à être modulées afin que les sociétés de droit français restent compétitives et attractives sur le plan international¹²⁶⁷. La concurrence législative, la volonté des associés de ne plus se contenter d'un « *prêt-à-porter* » pour organiser leurs relations qui requièrent plutôt du « *sur-mesure* »¹²⁶⁸, et une aspiration certaine à la liberté statutaire ont été prises en considération à plusieurs reprises par le législateur français, avec pour exemple éloquent l'instauration de la société par actions simplifiée en 1994 pour pallier aux délocalisations motivées par une législation plus souple¹²⁶⁹. Pour autant, la métamorphose du droit français des sociétés n'est pas parvenue à son paroxysme libéral et d'autres pistes de réflexion restent ouvertes. C'est à l'égard du cadre normatif du droit de vote que les perspectives d'évolution peuvent aisément être illustrées. Largement encadré par la législation interne¹²⁷⁰, l'aménagement du droit de vote connaît en effet un cadre beaucoup plus souple dans d'autres systèmes normatifs qui peuvent servir de modèles de comparaison. D'un point de vue régional, une perspective d'évolution se profile au regard de la latitude offerte aux actionnaires d'autres pays de l'Union européenne de créer des actions à droit de vote multiple (A). Et si cette possibilité existe déjà dans la société par actions simplifiée, par comparaison aux opportunités offertes aux actionnaires américains, et notamment ceux ayant soumis leurs sociétés au droit du Delaware, d'autres assouplissements de la norme sont encore envisageables, telle la possibilité de prévoir un plafonnement catégoriel des droits de vote ou encore celle de reconnaître la validité des droits de votes cumulatifs (B).

A. Cadres normatifs régionaux plus souples : vers la reconnaissance du droit de vote multiple dans les sociétés par actions ?

325. À l'heure actuelle, les sociétés anonymes et en commandite par actions ne peuvent conférer à leurs actionnaires un droit de vote multiple, puisque les actions de préférence sont

¹²⁶⁷ V. *supra*, n°19 et s.

¹²⁶⁸ En ce sens v. Ph. BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Revue des sociétés*, 1990, p. 553 : « *Prises comme opérateurs, les entreprises souhaitent évidemment disposer de la plus grande initiative et préfèrent naturellement les formules contractuelles aux normes prédéfinies* » ; Y. GUYON, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ Com.*, 2003, n°4, p ; 149 : « *En relation de plus en plus étroites avec les concurrents et des partenaires étrangers, (les milieux d'affaires) demandent d'avantage de souplesse et de liberté dans l'organisation et le fonctionnement de leurs entreprises et dénoncent l'excessive rigidité du droit français, qui provoquerait des délocalisations qu'une législation mieux adaptée aurait permis d'éviter* ».

¹²⁶⁹ En ce sens v. M. GERMAIN, P-L. PÉRIN et A. BOUGNOUX, *Société par actions simplifiée – création, constitution d'une société nouvelle, transformation d'une société d'une autre forme* –, J.-cl. Sociétés, 2009, Fasc. 155-10, §3. Jusqu'à l'introduction de la SAS, les entreprises françaises ont recouru à des sociétés de droit étranger (X. DE ROUX, Rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, J.O.A.N, CR, 11 juin 1993, p. 14407).

¹²⁷⁰ V. *supra*, n°315 et s.

soumises aux mêmes contraintes que les actions ordinaires en termes de droit de vote. Conformément aux prescriptions de l'article L. 225-123, seul un droit de vote double peut être accordé aux actionnaires de ces sociétés, à condition qu'ils détiennent nominativement leurs titres depuis au moins deux ans. Cette contrainte à la liberté a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment au regard de la liberté accordée dans d'autres États de l'Union. Une étude comparée sur le principe de proportionnalité commanditée par la Commission de l'Union européenne a donné lieu à un rapport rendu au printemps 2007. Il ressort de cette dernière que 53% des pays de l'Union permettent de recourir aux actions à droit de vote multiple. Le droit de vote double est alors présenté comme la variante française de l'aménagement de cette prérogative¹²⁷¹. Il est intéressant de noter que si la Suède, la Finlande, le Danemark, les Pays-Bas, la Pologne et la Hongrie admettent les droits de vote multiples¹²⁷², l'étude de l'usage de cette prérogative révèle que quasiment 60% des sociétés françaises et suédoises recourent au droit de vote double¹²⁷³, alors que seules 5% des sociétés hongroises et 22% des sociétés danoises instaurent une disproportion entre détention de capital et droit de vote. Ainsi, les sociétés françaises recourent majoritairement au droit de vote double. C'est donc qu'elles y ont un intérêt¹²⁷⁴. Cependant, contrairement aux autres États, le droit de vote multiple n'est pas possible en France en dehors des sociétés par actions simplifiées¹²⁷⁵.

Suite à cette étude de la Commission européenne, le Sénat a rendu un rapport d'information, dont l'objet était de chercher les moyens pour « *promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation* »¹²⁷⁶. Ce rapport fait notamment état

¹²⁷¹ « Report on the Proportionality Principle in the European Union », <http://ec.europa.eu>, p. 18 : « *This CEM is legally available in 53% of all the countries that participated in this Study. It appears to be actually implemented in 50% of those countries. Multiple voting rights shares may take the form of time-phased double voting right shares, also known as "loyalty shares" (France) that may only be attributed to shares that have been registered in the name of a shareholder for a specific duration of time set in the company's bylaws (such duration may not be less than two years). Such shares do not constitute a specific class; the double-voting right is considered a reward for the long-term commitment of the shareholder. Other types of multiple voting rights shares typically constitute separate classes* ».

¹²⁷² Tous ces États n'admettent pas les mêmes limites à la majoration de cette prérogative : ainsi, là où la limitation est de deux droits de vote par action en France, il est de dix au Danemark, en Hongrie et en Suède. De plus, les actions à droit de vote multiple ne peuvent pas représenter plus de la moitié du capital en Hongrie (en ce sens v. *Report on the proportionality principle, op.cit.*, p. 19).

¹²⁷³ 58% pour la France et 59% pour la Suède (*Report on the proportionality principle in the European Union*, précité, p. 27).

¹²⁷⁴ V. *supra*, n°208 et s.

¹²⁷⁵ L'article L. 225-123 C. Com. ne leur étant pas applicable, puisqu'expressément exclu par l'article L. 227-1 C. Com.

¹²⁷⁶ Rapport d'information n°347 (2006-2007) de M. Christian GAUDIN, fait au nom de la mission commune d'information centre de décision économique, déposé le 22 juin 2007, « La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation », p. 250 et s.

de la nécessité pour le droit français d'admettre la possibilité d'accorder un droit de vote multiple pour répondre à l'objectif poursuivi¹²⁷⁷. Plusieurs arguments viennent à l'appui de ce réquisitoire : les droits de vote multiples permettent une certaine maîtrise du pouvoir accordé aux dirigeants par le biais de l'accroissement du pouvoir des actionnaires historiques, ils favorisent la stabilité de l'actionnariat et évitent que les sociétés recourent à des montages complexes et opaques mis en place pour parvenir au même résultat¹²⁷⁸.

Aucune réforme n'a eu lieu suite à ces observations, si ce n'est l'instauration de l'automatisme du droit de vote double pour les sociétés cotées par la réforme opérée par la loi Florange du 29 mars 2014¹²⁷⁹. Partant, seules les sociétés par actions simplifiées peuvent émettre des droits de vote multiples et, si les actions de préférence ont été présentées lors de leur instauration en 2004 comme une technique qui permettrait aux sociétés par actions de rester compétitives¹²⁸⁰, de nombreux regrets ont été exposés par la doctrine quant aux restrictions apportées par leur cadre normatif¹²⁸¹. Concernant le droit de vote, les actions de préférence n'offrent pas de possibilités qui diffèrent des actions ordinaires, compte tenu du renvoi opéré par l'article L. 288-11 à l'article L. 225-123 du Code de commerce. Ainsi, plusieurs organismes ont récemment émis des propositions concrètes de réforme de leur régime. La Chambre de commerce et d'industrie de Paris préconise à ce titre dans un rapport du 6 juillet 2017 deux modifications substantielles : soustraire d'une part le vote double attaché aux actions de

¹²⁷⁷ Rapport p. 39 et p. 250 et s.

¹²⁷⁸ En ce sens v. rapport Sénat précité, p. 252. Ces arguments corroborent l'idée que la préférence vient nourrir la notion d'intérêt social : v. *supra*, n°208 et s.

¹²⁷⁹ Loi n°2014-384 du 29 mars 2014, ayant précisé à l'alinéa 3 de l'article L. 225-123 C. Com. que : « *Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les droits de vote double prévus au premier alinéa sont de droit, sauf clause contraire des statuts adoptée postérieurement à la promulgation de la loi n°2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, pour toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis deux ans au nom du même actionnaire. Il en est de même pour le droit de vote double conféré dès leur émission aux actions nominatives attribuées gratuitement en application du deuxième alinéa* ».

¹²⁸⁰ V. en ce sens Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales, JORF n°175 du 30 juillet 2004 page 13577, texte n°36 : « *l'axe majeur de la réforme est une libéralisation de l'émission des valeurs mobilières. Ainsi, des règles générales sont instituées, qui permettront aux acteurs économiques de créer les titres dont ils ont besoin, tout en disposant d'une sécurité juridique quant à leur régime* ». Cette réforme répond alors aux attentes formulées notamment par le MEDEF, pour qui « ces instruments, en permettant de séparer capital et pouvoir peuvent permettre d'éviter la dilution du capital et la perte du contrôle » (MEDEF, « Les actions de préférence : Propositions du MEDEF pour une modernisation du droit des valeurs mobilières », mai 2001).

¹²⁸¹ V. en ce sens : H. LE NABASQUE, « Introduction », in Dossier « Les actions de préférence, *Actes pratiques et ingénierie sociétariaire*, 2012, n°126, p. 3 ; D. BOMPOINT, S. TORCK, « Actions de préférence : les pistes d'une réforme », *Actes pratiques et ingénierie sociétariaire*, nov.-déc. 2008 ; D. MARTIN, O. SABA, C. FALLET, « Pistes de réflexion pour une réforme du régime des actions de préférence », *JCP E*, n°38, 23 sept. 2010, p. 1821 ; J-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », *Revue de droit bancaire et financier*, 2004, n°5, dossier 100065 ; B. BRIGNON, A-S. MESTRE-CHAMI, L. SÉGAL, et V. PELCERF, « Les actions de préférence, en attendant la réforme », Dossier, *Journal des sociétés*, 2013, n°109.

préférence des conditions requises pour l'octroi aux actions ordinaires¹²⁸², et permettre d'autre part l'émission d'actions de préférence à droit de vote multiple¹²⁸³. Ces recommandations font suites à plusieurs critiques émises à l'égard des actions de préférence, dont notamment leur manque de compétitivité au regard « *des standards internationaux, connus et appréciés des investisseurs* »¹²⁸⁴. Ce sont les mêmes raisons avancées par le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris. Un groupe de travail a été mis en place par cet organisme afin de réfléchir à des propositions relatives aux actions de préférence. Contrairement aux recommandations émises par la CCI de Paris, le HCJP, dont le rapport date du 26 janvier 2018¹²⁸⁵, n'est « *pas favorable à un alignement du droit français sur les solutions les plus libérales* »¹²⁸⁶. Pour le comité, la possibilité offerte aux actions de préférence d'être privées de droit de vote est amplement suffisante, et ne peut pas être couplée avec celle d'un droit de vote plural, qui éloignerait trop le système français du principe de proportionnalité¹²⁸⁷. À l'égard de cette prérogative, seule est envisagée la possibilité « *de dispenser, dans certains cas, le porteur d'action de préférence de la période de stage d'un minimum de deux ans, qui actuellement conditionne l'octroi d'un droit de vote double* »¹²⁸⁸. On voit donc que les points de vue sur les aménagements du droit de vote par le biais des actions de préférence divergent de manière considérable.

C'est cependant les préconisations les plus libérales qui semblent avoir été reprise dans le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises enregistré auprès de l'Assemblée nationale le 19 juin 2018¹²⁸⁹. Ce projet, selon l'exposé des motifs, « *vise à relever un défi majeur, celui de la croissance des entreprises, à toute phase de leur développement, pour renouer avec l'esprit de conquête économique. Cela passe notamment par une transformation du modèle d'entreprise français pour l'adapter aux réalités du 21^e siècle* ».

¹²⁸² Conditions posées par l'article L. 225-123 C. Com. : « *actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative, depuis deux ans au moins, au nom du même actionnaire* ».

¹²⁸³ Préconisations : v. CCI Paris- Ile-de-France, « *Optimiser les actions de préférence : un enjeu de croissance pour les entreprises* », Rapport présenté par Monsieur L. PFEIFFER au nom de la Commission droit de l'entreprise et fiscalité et adopté au Bureau du 6 juillet 2017, p. 20.

¹²⁸⁴ En ce sens v. CCI Paris, rapport précité, p. 6.

¹²⁸⁵ HCJP, « *Rapport concernant les propositions relatives aux actions de préférence* », 26 janvier 2018. Ce rapport fait d'ailleurs état d'un délaissement des actions de préférence par les sociétés françaises cotées, alors que ces instruments font l'objet d'un usage courant dans les sociétés non cotées. Le manque de succès des actions de préférence sur le marché est expliqué par le HCJP par la concurrence d'autres instruments, la durée de la procédure d'émission, la complexité des modalités de rachat de ces titres ainsi que les difficultés rencontrées lors d'émissions ultérieures : en ce sens v. p. 4.

¹²⁸⁶ HCJP, rapport précité, p. 6.

¹²⁸⁷ HCJP, rapport précité, p. 6.

¹²⁸⁸ *Ibidem*.

¹²⁸⁹ Projet de loi n° 1088, 19 juin 2018, relatif à la croissance et la transformation des entreprises.

Dans cet optique, l'article 28-I-a 1° de ce texte propose « *d'autoriser la création d'actions de préférence à droit de vote multiple et d'assouplir la création d'actions de préférence à droit de vote double en supprimant l'obligation pour celles-ci d'être entièrement libérées et de justifier d'une inscription nominative depuis au moins deux ans* ».

Ainsi, il est bien possible qu'à l'instar de leurs concurrents européens, les sociétés par actions françaises admettent à court terme des actions à droit de vote multiple et que le droit de vote double ne soit plus nécessairement subordonné à l'accomplissement d'un stage dès lors que celui-ci sera attaché à une action de préférence.

B. Perspectives d'évolution du droit de vote à la lumière du droit du Delaware : vers la reconnaissance des actions de classes ?

326. L'aménagement du droit de vote dans les sociétés anonymes est également encadré par les prescriptions de l'article L. 225-125 du Code de commerce en vertu duquel si un plafonnement de ce droit est possible dès lors que celui-ci est appliqué à toutes les actions sans distinctions de catégorie. Dès lors, même par le biais des actions de préférence, il ne sera pas possible de procéder à un plafonnement catégoriel du droit de vote dans les sociétés anonymes et en commandite par actions¹²⁹⁰. Une fois de plus, seule la société par actions simplifiée offre cette possibilité d'aménagement de la prérogative. Dans les autres cas, il n'est pas permis de procéder à un plafonnement variable des droits de vote des actionnaires en fonction de la catégorie de titres qu'ils détiennent. Ce frein à la liberté semble parfois regretté par certains auteurs qui, au regard de la possibilité de supprimer le droit de vote offerte par les actions de préférence, ne comprennent pas pourquoi le plafonnement catégoriel n'est pas autorisé¹²⁹¹ – puisqu'en effet un résultat similaire peut être atteint par ce biais. Or, cet aménagement est tout à fait admis dans d'autres systèmes normatifs.

Ainsi, le plafonnement différencié des voix en fonction de la catégorie d'actions détenue est permis par le paragraphe 151 de la Delaware Corporation Law¹²⁹². Cette disposition permet d'accorder des droits de vote au plafond variant selon les groupes d'actionnaires, permettant par exemple aux fondateurs de conserver un contrôle significatif sur la société alors même que

¹²⁹⁰ V. *supra*, n°318.

¹²⁹¹ En ce sens v. J-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », *RD banc. fin.*, 2004, n°5, dossier 100065.

¹²⁹² *Delaware General Corporation Law, Title 8, Chapter I, Subchapter V, §151 – Classes and series of stock.*

celle-ci aurait fait l'objet d'une recapitalisation avec de nouveaux actionnaires. Cela a permis aux fondateurs de Google de garder le contrôle de leur firme en 2004 lorsque cette dernière est devenue publique. Deux types d'actions ont alors été créées : les actions de la catégorie A donnant un droit de vote par titre alors que ceux de la catégorie B en donnaient dix par titres. Seules les actions de la première catégorie étaient offertes au public : de cette manière les fondateurs ont pu permettre l'entrée de fonds sans que les nouveaux actionnaires ne puissent influencer la stratégie de l'entreprise par leur vote¹²⁹³. C'est un des atouts de la liberté permise par l'État du Delaware. Des critiques ce sont certes élevées contre cette structure fondée sur deux catégories de titres permettant d'ôter tout réel pouvoir aux détenteurs des actions de catégorie A. Mais celles-ci, ayant pour objet de revendication le fait de revenir à une politique d'un vote équivalent quelle que soit les actions détenues, ont été balayées d'un revers de main au nom d'une stratégie permettant une rentabilité à long terme due à une meilleure gestion opérée par les fondateurs. Ainsi, à l'instar de la justification de la préférence par un potentiel despotisme éclairé plus à même de réaliser les intérêts des différentes parties¹²⁹⁴, la prise de pouvoir au nom du profit qu'il permet est préféré, au nom de l'intérêt social, par les actionnaires de Google¹²⁹⁵.

¹²⁹³ Founders' IPO Letter, Google, 2004, <https://abc.xyz/investor/founders-letters/2004/ipo-letter.html>: « *In the transition to public ownership, we have set up a corporate structure that will make it harder for outside parties to take over or influence Google. This structure will also make it easier for our management team to follow the long term, innovative approach emphasized earlier. This structure, called a dual class voting structure, is described elsewhere in this prospectus. The Class A common stock we are offering has one vote per share, while the Class B common stock held by many current shareholders has 10 votes per share.*

The main effect of this structure is likely to leave our team, especially Sergey and me, with increasingly significant control over the company's decisions and fate, as Google shares change hands. After the IPO, Sergey, Eric and I will control 37.6% of the voting power of Google, and the executive management team and directors as a group will control 61.4% of the voting power. New investors will fully share in Google's long term economic future but will have little ability to influence its strategic decisions through their voting rights ».

¹²⁹⁴ V. *supra*, n°292.

¹²⁹⁵ En ce sens v. D. ROSENBLUM, « *The Contradiction of Shareholder Power* », in « Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes », *RTDF*, 2011, n°4, p. 50 et s. spéc. p. 52, II – *Distinguishing Voting Power Among Classes : the Antidemocratic Pursuit of Social Interest* : « *Critics have argued that for a company built on the democratization of information, Google's structure is at odds with its corporate values. In 2006, a shareholder vote blocked a proposal that would have dismantled the two-tiered structure and replaced it with a one share-one vote policy. This proposal lost, an unsurprising outcome given the fact that Google's profitability and share price has continued to outpace market returns. The dual class structure, shareholders appeared to conclude, was a guarantor of long term profitability thanks to the good management of the founders. Democracy mattered less to them than profitability. As Google exemplifies, certain companies may be adept at pursuing a social interest through a management structure that counters shareholders' short term interests. Dual class structures create an elite among shareholders whose opinions regarding corporate governance matter more than others. As with any elite given power to govern, the elite must act in a benevolent and effective fashion to attain the continued acquiescence of a broader group of shareholders. The risk with a dual class is that the elite class will not act to benefit either shareholders or social interests. If the Class A shareholders manage the company for their own benefit, whether material or ideological, without also benefiting the broader class of shareholders, it will raise doubts as to whether this structure is appropriate ».*

Partant, au même titre que le droit de vote multiple pourrait être admis dans les mois à venir, il est possible d'envisager que le législateur puisse, un jour, assouplir, les contours de la préférence afin de permettre aux acteurs économiques de bénéficier des mêmes instruments que ceux offerts par des systèmes concurrents, comme par exemple les actions de classe ou encore un droit de vote cumulatif, au même titre qu'il a fini par accepter la société par actions simplifiée ou encore les actions de préférence. Le cadre substantiel de la préférence est appelé à être en perpétuel mouvement.

Conclusion du Chapitre Premier

L'étude du cadre substantiel de la préférence a conduit à distinguer des limites issues non seulement du droit commun des contrats mais également de celui spécifique au contrat de société. Ces limites sont celles qui viennent aujourd'hui encadrer la liberté de préférer, mais leur pérennité peut être remise en cause en raison de l'influence de modèles normatifs plus souples. Quoiqu'il en soit, elles doivent pour le moment être prises en compte lors de l'établissement statutaire de la préférence.

Comme toute clause contractuelle, une prévision statutaire doit en effet répondre aux conditions de validité et de formation du contrat mais également ne pas heurter l'ordre public général et spécial. Au titre de ces limites impératives à la préférence se trouvent, à l'égard de toutes les formes sociales, la prohibition des clauses léonines de l'article 1844-1 alinéa 2 du Code civil, celle des clauses d'intérêt fixe ou intercalaire dont le fondement est le même et l'intangibilité des engagements des associés qui ne pourront être révisés qu'avec le consentement individuel de chacun en raison de l'article 1836 du Code civil. La préférence statutaire ne pourra pas non plus porter atteinte au droit d'information minimal prévu par chaque forme sociale¹²⁹⁶, ni heurter l'agrément tantôt imposé tantôt prohibé¹²⁹⁷, ou supprimer le droit préférentiel de souscription des actionnaires en dehors des actions de préférence dépourvues de droit de vote¹²⁹⁸, porter l'inaliénabilité des titres de société par actions simplifiée au-delà du maximum de dix années imposé¹²⁹⁹. Elle ne pourra pas non plus emporter aménagement du droit de vote des associés de société à responsabilité limitée pour laquelle la proportionnalité ne conçoit aucune exception¹³⁰⁰, ni supprimer le droit de vote en dehors des cas prévus par la loi¹³⁰¹, ni procéder à un plafonnement de cette prérogative par catégorie dans les sociétés par actions¹³⁰² ou encore accorder un droit de vote double en dehors des prévisions de l'article L. 225-123 pour les SA et SCA.

Concernant la modulation du dividende, la précédente étude a démontré que sa majoration était tout à fait possible dans les sociétés par actions par simple prévision statutaire, à condition que celle-ci concerne toutes les actions détenues depuis au moins deux ans et dans la limite de

¹²⁹⁶ Cf. art. 1855 et s. C. Civ., L 225-115 et s. C. Com., L 222-7 et L 223-26 C. Com.

¹²⁹⁷ Cf. art. 1861 C. Civ., L 221-13, L 222-8, L 223-14 et L 228-23 C. Com.

¹²⁹⁸ Cf. art. L.228-11 al. 5 C. Com.

¹²⁹⁹ Cf. art. L.227-13 C. Com.

¹³⁰⁰ Art. L.223-28 C. Com.

¹³⁰¹ Art. 1844 C. Civ. et, par exemple, art. L.228-11 C. Com.

¹³⁰² Art. L.225-122 C. Com.

10%¹³⁰³. Cependant, il a alors été remarqué que deux autres instruments permettent un aménagement différent du dividende dans les sociétés par actions, à savoir la stipulation d'avantages particuliers et la création d'actions de préférence. Si dans ces deux cas, la seule limite substantielle à l'aménagement envisagé réside dans le respect de l'article 1844-1 du Code civil, et donc la prohibition des clauses léonines, en revanche le recours à ces instruments suppose le respect de limites procédurales spécifiques qu'il convient de compter parmi les limites à la liberté de préférer.

¹³⁰³ Art. L.232-14 C. Com.

CHAPITRE DEUXIÈME

LE CADRE PROCESSUEL DE LA PRÉFÉRENCE

La préférence connaît parfois, à côté de limites substantielles, un certain encadrement procédural venant encore restreindre la liberté des associés de procéder à l'aménagement de leurs prérogatives. La préférence pouvant avoir pour support soit les titres soit la personne de leur titulaire, cet encadrement peut intervenir en amont de la mise en place de la préférence par le biais de procédures spécifiques à la création de titres ou à l'attribution de la qualité associée (**Section I**). Une fois la préférence inscrite dans les statuts, celle-ci n'en devient pas pour autant exempte de tout contrôle au cours de la vie sociale. Le législateur a, dans certains cas, pris soin d'instaurer des assemblées spécifiques au profit des personnes ou des titres auxquels elle aurait été octroyée ou qui pourraient voir leurs droits dilués du fait de la mise en place de la préférence (**Section II**).

Section I : L'encadrement en amont de l'émission des titres

Section II : L'encadrement de la préférence en cours de vie sociale

SECTION I : L'ENCADREMENT EN AMONT DE L'ÉMISSION DES TITRES

La préférence suppose que soient attribuées à un titre ou un associé des prérogatives exorbitantes de celles qui seraient attribuées à des titres ou associés ordinaires. Partant, l'une des étapes procédurales attachée à la mise en place de la préférence consiste dans l'évaluation des apports, lesquels, de manière supplétive, déterminent quantitativement les droits et obligations qui incombent à chaque associé et vont, de fait, permettre de déterminer l'existence de la préférence lorsque celle-ci n'est pas inhérente à l'usage d'un instrument spécifique (§1). En sus, deux procédures spéciales ont été conçues pour la mise en place des instruments qui portent en eux la notion de préférence, à savoir les avantages particuliers et les actions de préférence (§2). Il convient dès lors de noter que ces deux groupes de procédures *a priori* de la préférence n'ont pas la même finalité : tandis que la première procédure relève plus d'une démarche égalitaire, les procédures spéciales garantissent davantage une transparence dans la préférence accordée.

§1. Évaluation des apports : nécessaire préalable à l'attribution de la préférence

Les prérogatives sociales étant, de manière supplétive, attribuées aux apporteurs à raison de la valeur de leurs apports, cette dernière détermine la quote-part de droits auxquels les associés peuvent prétendre en raison de cette qualité. Ainsi, la mise en place d'une préférence suppose nécessairement qu'il soit fait référence, au moins de façon fictive, à un titre ou associé « ordinaire », auquel seraient attribués des droits uniquement en raison des prévisions légales sans aucun aménagement spécifique. Or, si la détermination de la valeur de l'apport ne pose pas de difficulté en ce qui concerne l'apport en numéraire, l'évaluation d'un apport en nature n'est pas toujours aisée et peut donner lieu à des injustices en cas d'inexactitude dans l'évaluation. Ainsi, pour que la valeur des apports, et donc du capital social donnant lieu à la distribution des prérogatives d'associés, soit la plus objective possible, le législateur a prévu l'intervention d'un tiers dans le cadre d'une procédure de vérification et d'approbation (**A**) dont les conséquences sont intrinsèquement liées à la notion de préférence (**B**).

A. La procédure d'évaluation des apports

327. En raison des conséquences qu'entraînent la valorisation d'un apport en nature sur l'octroi de droits et obligations aux apporteurs, celle-ci est sujette à une attention particulière du législateur afin de limiter les fraudes et abus auxquels elle pourrait conduire. Dans cette optique, l'apport suppose, dans certains cas, l'intervention d'un commissaire aux apports dont la mission est déterminée par les textes (1). Cependant, l'intervention de ce dernier n'a pas pour effet de contraindre les associés à retenir ses observations, faisant de cette procédure une limite assez modeste à la liberté des associés en la matière (2).

1. Une procédure aux mains d'un commissaire aux apports

328. L'évaluation des apports en nature fait, en principe, l'objet d'un rapport établi par un commissaire aux apports¹³⁰⁴ dans toutes les sociétés dont la responsabilité est limitée¹³⁰⁵. Cependant, si le principe est prévu, les règles de détermination de la valeur des apports ne sont pas fixées par le législateur. Tout au plus l'article R. 225-9 du Code de commerce apprend-t-il, eu égard aux sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions, que le rapport dressé doit décrire chacun des apports et indiquer « *quel mode d'évaluation a été adopté et pourquoi il a été retenu* ». Ce texte précise également que la valeur retenue doit correspondre « *au moins à la valeur nominale des actions à émettre, augmentée éventuellement de la prime d'émission* ». En l'absence de précision similaire sur le contenu de la mission du commissaire aux apports dans les SARL, il semble que celle-ci doit être équivalente à ce qui est décrit précédemment pour les sociétés par actions¹³⁰⁶. Le commissaire aux apports qui se voit confier cette mission semble donc disposer d'une large liberté pour procéder à l'évaluation. Ceci constitue déjà une nuance à apporter au caractère contraignant de la procédure proposée par le législateur pour éviter une manipulation de l'évaluation des apports en nature.

À défaut de précisions législatives sur les modalités d'évaluation des apports, il convient de se référer aux directives données par les ordres professionnels. À ce titre, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes a publié, en 2011, un avis dont l'objet est « *de donner aux commissaires aux comptes des indications pratiques leur permettant de réaliser au mieux les missions de commissariat aux apports qui peuvent leur être confiées dans les sociétés par actions ou les SARL* », et « *de fournir des précisions sur les diligences qui peuvent être mises en œuvre dans le cadre de cette mission* ». De cet avis ne ressort pas de réelle méthodologie, mais plutôt une nécessité pour le commissaire aux apports de procéder à une évaluation au regard de divers éléments. Au titre de ceux-ci figurent notamment la confrontation entre son évaluation et celle proposée par la société, la prise en compte de documents comptables, du passif et de l'actif attaché à l'apport envisagé etc. Dans sa mission, il peut se faire assister par un expert comme le prévoit l'article R. 225-7 alinéa 3 du Code de commerce. Aucune formule

¹³⁰⁴ Choisi parmi les commissaires aux comptes inscrits sur la liste prévue par l'article L. 822-1 C. Com. ou experts inscrits sur des listes établies à cet effet par les cours ou tribunaux (en ce sens v. art. R 223-6 et R 225-7 C.Com).

¹³⁰⁵ Art. L.223-9 C.Com pour ce qui est de la SARL ; art. L.225-8, L 225-14, L 225-147 C. Com. pour les sociétés par actions hors le cas de la SAS – rien n'empêche cependant les associés d'autres formes sociales de recourir à un tiers indépendant pour procéder à l'évaluation des apports en nature envisagés.

¹³⁰⁶ En ce sens v. par exemple Compagnie Nationale des Commissaires aux comptes, « Avis technique sur la mission de commissariat aux apports », 20 janvier 2011, p. 1, §2.1.

spécifique de calcul de la valeur réelle d'un apport en nature n'est proposée. Cependant, à défaut de cadre strictement défini pour l'évaluation des apports en nature, l'engagement de responsabilité attaché à la mission du commissaire aux apports induit que ce dernier devra mettre en œuvre toutes les diligences pour proposer une valeur qui soit la plus juste possible¹³⁰⁷. Toutefois, la procédure n'est pas toujours imposée par le législateur et même lorsqu'elle l'est, les associés ne sont pas réellement liés par l'évaluation proposée par le rapport réalisé par le tiers indépendant.

2. Une procédure peu contraignante

329. Les associés ne sont liés par l'évaluation réalisée par le tiers indépendant et donc, *a priori* impartial, que s'ils le décident. D'une part, le recours à un tiers évaluateur n'est pas obligatoire lorsque, dans une SARL, les associés décident unanimement de ne pas y recourir, à la double condition qu'aucun apport en nature n'excède 30.000 euros¹³⁰⁸ et que le total de ceux qui ne seraient pas soumis à évaluation d'un tiers n'excède pas la moitié du capital social¹³⁰⁹. Le recours à un commissaire aux apports n'est pas non plus obligatoire dans les sociétés par actions à l'égard des valeurs mobilières donnant accès au capital, des instruments du marché monétaire ou d'autres éléments d'actif ayant fait l'objet d'une évaluation récente, sous réserve que les fondateurs tiennent à disposition des futurs actionnaires certaines informations relatives à l'évaluation de ceux-ci au siège de la société au moins trois jours avant la date de signature des statuts¹³¹⁰. D'autre part, dans les SARL, même si le recours à cette expertise est rendue obligatoire en raison de la valeur supposée de l'apport en nature, *in fine* les associés pourront décider ne pas se plier à l'évaluation retenue par le commissaire aux apports. Dans cette dernière hypothèse, les associés engagent solidairement leur responsabilité pour une durée de cinq ans à l'égard des tiers pour la valeur qu'ils ont retenue¹³¹¹.

¹³⁰⁷ La responsabilité du commissaire aux apports est directement prévue par les articles cités en note précédente – pour les conditions de la mise en œuvre de cette responsabilité v. par ex. Cass. Com., 14 décembre 2004, n°01-11.552, JurisData n°2004-026346.

¹³⁰⁸ Art. D. 223-6-1 C. Com.

¹³⁰⁹ Art. L.223-9 al. 2 C. Com.

¹³¹⁰ Art. L.225-8-1 et R 225-14-1 C. Com.

¹³¹¹ Art. L.225-9 al. 4 C. Com. Cette responsabilité civile peut se cumuler avec leur responsabilité pénale au titre de l'article L. 241-3, 1° C. Com. : la peine encourue est de cinq ans d'emprisonnement et une amende de 375.000 euros.

Ces dispositions laissent une marge de liberté assez conséquente aux associés, lesquels pourraient être tentés de retenir une évaluation exagérée des apports en nature. La procédure n'est, de fait, pas totalement contraignante, s'ils estiment ne pas avoir besoin de s'en remettre à un tiers. Or, si une fausse estimation est retenue, cela aura pour effet, en dehors d'une image faussée du patrimoine social pour les tiers, de ne pas attribuer la bonne portion de droits à l'apporteur. Cela aura aussi une influence sur les autres associés, lesquels pâtiront de la répartition des prérogatives faussée par l'évaluation. Les conséquences de l'évaluation sont intrinsèquement liées à la notion de préférence.

B. Les conséquences de l'évaluation

Dès lors que le capital n'est pas constitué uniquement d'apports en numéraire, la procédure d'évaluation des apports est un préalable nécessaire à la détermination du capital social qui, à défaut de prévisions spécifiques des statuts, constituera la clef de répartition de la plupart des droits et obligations des associés. En effet, c'est la composition du capital social qui permet de définir le titre ou l'associé ordinaire (1) et, par voie de conséquence, l'existence de la préférence (2).

1. La valeur des apports comme mètre-étalon de la situation « ordinaire » des associés

330. Le capital social est régulièrement présenté comme la clef de répartition des prérogatives des associés dans la mesure où, à défaut de prévisions statutaires spécifiques, c'est lui qui sert de base de calcul à la répartition proportionnelle des droits et obligations des associés. Même si cette clef de répartition n'est souvent que supplétive, c'est en effet de la valeur des apports que va découler la valeur nominale des titres. Par suite, ce sera du nombre de titres remis en contrepartie de la valeur de ces apports que va découler la quote-part de droits et d'obligations revenant, à défaut d'aménagements contraires, à chacun des associés.

331. De nombreuses dispositions font en effet référence à une proportionnalité capitalistique ou, à défaut, ce qui revient indirectement au même dans les sociétés par parts sociales, en fonction du nombre de titres détenus. En effet, l'article 1843-2 du Code civil dispose que les droits des associés dans le capital sont proportionnels à leurs apports. Cette règle signifie simplement qu'à apport équivalent en valeur, les associés devront recevoir le même nombre de

titres et, par voie de conséquence, que la valeur nominale des titres doit être égale dans les sociétés pour lesquelles cette disposition n'est pas écartée par une règle spéciale. Ainsi, il existe une proportionnalité entre détention de capital et nombre de titres détenus. Partant, que les règles fassent référence à une proportionnalité capitalistique ou en nombre de titres, cela revient au même. Cette règle générale est confirmée pour les sociétés civiles par l'article 1845-1 qui prévoit une division du capital en parts égales. Cette formulation ne peut pas avoir pour signification une égalité des prérogatives conférées aux associés, puisque cela reviendrait à annihiler la mise en œuvre de toutes les dispositions prévues par le législateur pour se départir d'une répartition proportionnelle des prérogatives. Elle signifie seulement que le capital doit être divisé en parts de valeur nominale égale¹³¹². Cette même règle est prévue par l'article L. 223-2 du Code de commerce à l'égard des sociétés à responsabilité limitée dans lesquelles le capital doit être divisé en parts sociales égales. De fait, dans les sociétés par parts sociales, il existe nécessairement une proportionnalité entre valeur du capital détenu et nombre de titres attribués puisque la valeur nominale de ces derniers est équivalente. Par conséquent, que les textes fassent référence au nombre de titres détenus ou à la détention de capital, les droits qui seraient attribués en vertu de ces données seront proportionnellement répartis en fonction des valeurs mises à disposition de la société par les associés.

En revanche, dans les sociétés par actions, il n'existe pas nécessairement de parallélisme entre la valeur du capital détenu et le nombre de titres attribués en contrepartie aux apporteurs. En effet, l'article L. 228-8 du Code de commerce laisse les associés libres de déterminer la valeur nominale des actions émises. Cependant, dans ces formes sociales, la proportionnalité à laquelle il est fait référence par les textes est une proportionnalité capitalistique de sorte que, même s'il existe au sein de ces sociétés des actions d'une valeur nominale de 50 euros et d'autres de 100 euros par exemple, les premières se verront attribuer « un » droit là où les secondes en auront « deux »¹³¹³.

332. Ainsi, dès que le législateur a prévu une règle de répartition proportionnelle des droits et obligations des associés en prenant comme référence le nombre de titres détenus ou le capital, l'évaluation de ce dernier est primordiale. Il en est ainsi de la répartition des bénéfices et des pertes prévue par l'article 1844-1 du Code civil, lequel fait référence à la part de capital détenue.

¹³¹² En ce sens v. *Mémento EFL Sociétés civiles*, 2018, n°21010 et 9110 ; Ph. GAZAY, « Les parts de sociétés civiles à droit de vote multiple – une pratique à revisiter », *JCP N*, 2006, n°28, p. 1239.

¹³¹³ Sur cette question v. par ex. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, op.cit.*, §2071.

Une proportionnalité impérative du droit de vote au nombre de parts possédées est prévue pour les SARL par l'article L. 223-28 du Code de commerce. L'évaluation des apports constitue également un enjeu important dans les SA et SCA puisque l'article L. 225-122 prévoit une proportionnalité capitalistique du droit de vote¹³¹⁴. Une proportionnalité est également prévue par l'article L. 225-132 pour le droit préférentiel de souscription lequel est, dans les sociétés par actions, proportionnel au montant des titres. Il convient également de noter que si le législateur n'a directement prévu aucune répartition supplétive des prérogatives et que les statuts n'ont pas pallié à ce silence de la loi, à défaut de retenir une égalité, la seule solution possible sera de considérer que les associés ont entendu procéder à une répartition proportionnelle à leur détention de capital.

C'est donc de cette détention de capital qu'il est possible de dresser le portrait-robot de la situation d'un associé ordinaire auquel les statuts n'auraient accordé ni *intuitu personae* ni *intuitu rei* des prérogatives aménagées. Il s'agit de la référence première qui permet de déterminer la quote-part de droits et obligations que se verront accordés les associés en raison uniquement des prévisions de la loi, sans aucun aménagement statutaire spécifique. L'évaluation du capital social permet d'établir le mètre-étalon de l'associé et du titre ordinaire, la situation de référence. Sa justesse est donc primordiale afin qu'aucune injustice n'en résulte. Ainsi, il sera possible de déterminer qu'à défaut de prévisions contraires, pour un apport d'une valeur déterminée, un associé se verra conférer tel poids politique ou financier par le biais d'une répartition proportionnelle de ces prérogatives. C'est en outre à partir de cette base qu'il sera, *a priori*, possible de déterminer si une quelconque préférence a été accordée au titre ou à l'individu qui le détient. Cependant, l'existence même théorique de ce titre ou de cet associé de référence ne permet pas toujours de déterminer aisément l'existence de la préférence et de procéder à son évaluation.

2. *Un mètre-étalon révélateur de la préférence ?*

333. La préférence se définissant par comparaison à une situation ordinaire, l'évaluation des apports permet, de manière incidente, de révéler l'existence de la préférence. La répartition des prérogatives découlant soit de la simple acquisition de la qualité d'associé – comme c'est le cas

¹³¹⁴ Ce texte fait également référence au fait que chaque action donne droit à une voix au moins, ce qui permet simplement de protéger les petits apporteurs qui ne pourront avoir moins d'une voix délibérative, même si leur apport en capital est très faible.

du droit plancher d'information attribué à tous les associés –, soit de la détention de capital – telle la répartition des bénéfices et des pertes –, permet de dresser un modèle type d'associé relativement à la forme sociale considérée. Dès lors que la situation d'un associé diffère de ce modèle « ordinaire », dans lequel les prérogatives sont cantonnées aux prévisions de la loi, il y a préférence. Là où le modèle ordinaire conduit à accorder de manière égalitaire des prérogatives équivalentes dès lors qu'une personne a la qualité d'associé et a procédé à un apport de même valeur, la préférence se révèle dans une vision comparatiste. Il y aura une préférence toutes les fois que les droits accordés ne seront pas ceux qu'un associé ou un titre ordinaire auront.

Se pose alors la question de la nécessité d'existence effective de cet associé ordinaire. En effet, si la préférence se révèle par référence à une situation ordinaire, définie seulement par les prérogatives accordées par les dispositions de la loi, il est possible de se demander si dans une société il est nécessaire que certains titres ou associés se trouvent réellement dans cette situation ordinaire pour que la préférence existe. En d'autres termes, on peut s'interroger sur le fait de savoir s'il y a réellement une préférence lorsqu'aucun titre ou associé ne recouvre effectivement les caractéristiques de cette situation. Ainsi, certains auteurs considèrent qu'il ne peut exister d'actions de préférence sans actions ordinaires. Ce n'est que de la comparaison à au moins une action de ce type qu'il est possible de qualifier une action de préférence. Il serait alors nécessaire, au moins lors de la création de la société, que soient émis des titres pour lesquels les prérogatives ne seraient que concédées par la loi et non des prévisions statutaires spécifiques¹³¹⁵. Pour cause, c'est de l'altérité que se définit la préférence. Néanmoins, cette altérité peut tout à fait se concevoir sans existence matérielle et effective d'un titre ou d'un associé ordinaire. Ce mètre-étalon peut totalement être pensé de manière théorique par référence aux textes supplétifs et impératifs sans qu'il ne soit besoin de l'inscrire réellement dans les statuts¹³¹⁶. Ainsi, sans dresser de liste exhaustive des prérogatives ordinaires de l'associé, il suffira qu'un associé se voit accorder un dividende non proportionnel à sa détention de capital pour qu'il y ait une préférence, que celle-ci soit méliorative ou péjorative, et ce même si aucun autre associé ne se voit accorder statutairement un dividende proportionnel en vertu de la règle supplétive proposée par le législateur à l'article 1844-1 du Code civil. Il en va de même

¹³¹⁵ En ce sens v. J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Le Lamy sociétés commerciales, op.cit.*, n°4777 : « il paraît difficile d'admettre que, dès la création de la société, toutes les actions soient des actions de préférence dans la mesure où cette qualification paraît faire nécessairement écho à l'existence d'au moins une action ordinaire ».

¹³¹⁶ En ce sens v. R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 8, §18.

pour l'octroi d'un droit de vote qui dévie des prévisions supplétives dans une forme sociale : la préférence existe de cette simple altérité par référence à la norme supplétive, sans qu'il ne soit nécessaire qu'un associé ne se voit réellement attribuer des droits par seule application de la loi. Il suffit, pour déterminer l'existence d'une préférence, de pouvoir établir que les statuts font dévier de ce modèle théorique la situation d'un titre ou d'un associé.

Mais si la préférence se révèle par référence, même théorique, à la situation ordinaire résultant pour partie de la détention, et donc de l'évaluation du capital détenu, elle n'en est pas pour autant aisément évaluable. Ainsi, est-ce qu'un associé qui se voit retirer son droit de vote mais accorder en contrepartie un droit conséquent sur les bénéfices ne se retrouve finalement pas dans une situation équivalente à celui qui ne se voit accorder des prérogatives telles que prévues par la loi sans aménagement venant les restreindre ou les étendre ? C'est toute la problématique qui domine l'étude des procédures spéciales mises en place par le législateur pour les avantages particuliers et les actions de préférence, qui supposent justement d'évaluer l'avantage ou la charge attribué au titre ou à l'associé par rapport à un modèle ordinaire¹³¹⁷.

§2. Procédures spéciales

En cas de stipulation d'avantages particuliers (**A**) ou d'émission d'actions de préférence (**B**), des procédures spécifiques ont été mises en place par le législateur afin de s'assurer que ceux qui n'en bénéficieront pas puissent accepter ces aménagements de manière libre et éclairée. Ici, l'idée n'est plus tant l'égalité qu'une garantie de transparence. Il s'agit, pour les personnes appelées à diriger ces procédures, de s'assurer non de la bonne évaluation de la préférence et du respect de l'égalité entre les associés, mais de contrôler l'existence d'un consentement avisé des associés à l'octroi de ces prérogatives exorbitantes du commun.

A. Procédure de vérification et d'approbation des avantages particuliers

334. Lorsqu'un aménagement statutaire est envisagé en raison de la personne de son destinataire, le droit des sociétés considère celui-ci comme un avantage particulier. L'avantage

¹³¹⁷ Ce qui montre bien que la procédure d'évaluation des apports est un préalable à toute préférence, car sans détermination de la valeur des apports il ne serait pas possible de parler d'avantage particulier ou de préférence.

particulier a précédemment été défini comme tout aménagement favorable, quelle qu'en soit la nature, attribué *intuitu personae* à un associé¹³¹⁸. Or, pour que de tels avantages soient attribués, une procédure spécifique de vérification et d'approbation est imposée par le législateur, afin que le consentement des autres associés soit donné en connaissance des conséquences que cette situation implique (1). Néanmoins, il convient de constater que cette procédure, si elle constitue potentiellement un frein à liberté de mettre en place des mécanismes préférentiels, puisqu'elle trouve théoriquement à s'appliquer aux avantages dont l'octroi est envisagé tout au long de la vie sociale, semble en fait dépourvue de toute sanction efficace lorsqu'elle n'est pas respectée au moment de la constitution d'une société (2).

1. Une procédure de protection du consentement

L'objectif affiché de la procédure d'approbation des avantages particuliers est de « protéger les actionnaires contre les avantages consentis à certains d'entre eux »¹³¹⁹. Ces derniers doivent autoriser la stipulation des avantages envisagés sur rapport d'un commissaire aux avantages particuliers¹³²⁰. Il convient alors de remarquer que si cette procédure spéciale se rapproche de la procédure d'évaluation des apports en nature (a), elle semble inadaptée pour les avantages dont la nature ne serait pas pécuniaire (b).

a. Une procédure d'information sous contrôle d'un commissaire

335. Lorsqu'il est envisagé de consentir un avantage particulier à un actionnaire, que ce dernier soit de nature pécuniaire ou non, le contenu de cet avantage doit faire l'objet d'une vérification et d'un rapport d'un expert indépendant et responsable de ses conclusions, lesquelles seront annexées aux statuts¹³²¹. C'est sur le fondement de ce rapport que les associés seront ensuite invités à se prononcer sur l'acceptation ou non de cette prérogative avantageuse au profit de l'un ou plusieurs d'entre eux, sachant que les bénéficiaires sont alors exclus du

¹³¹⁸ V. *supra*, n° 141 et s.

¹³¹⁹ A. COURET et A. DARGENT, « Le domaine d'application de la procédure d'approbation des avantages particuliers », *Actes pratiques – Sociétés*, 1999, sept.-oct., p. 23, §1.

¹³²⁰ Que cette stipulation soit envisagée à la création de la société (art. L.225-8 et L.225-14 C.Com), lors d'une augmentation de capital (art. L.225-147 C. Com.) ou encore lors d'une fusion (art. L.236-10 III C. Com.).

¹³²¹ Sur cette procédure v. notamment Th. GRANIER, *Avantages particuliers*, *op.cit.*, §23 et s.

vote¹³²². Cet expert indépendant est, comme celui qui est appelé à évaluer les apports en nature, un commissaire aux comptes, désigné dans les mêmes conditions¹³²³. La mission de ce commissaire, qui n'est pas strictement définie par les textes, a fait l'objet d'une réponse ministérielle en date du 3 décembre 1990, laquelle est venue préciser que ce dernier doit, au cours de sa mission, « *apprécier la consistance et les incidences éventuelles (de cet avantage) sur la situation des actionnaires* »¹³²⁴.

Il ne s'agit pas tant pour le tiers désigné d'apprécier en tant que tel l'avantage envisagé, que d'informer les actionnaires sur les conséquences de la mise en place de cette faveur sur leurs propres prérogatives afin qu'ils puissent y consentir de manière éclairée. Une fois son rapport établi, le commissaire doit le déposer au siège social de la société au sein de laquelle les actionnaires devront pouvoir le consulter avant l'assemblée ayant pour objet de se prononcer sur les avantages en cause¹³²⁵. Le fait que le bénéficiaire ne puisse pas participer au vote de ces avantages démontre bien l'idée d'assurer une protection des autres actionnaires.

336. Concernant les sanctions attachées à l'absence d'un rapport du commissaire aux avantages particuliers, il convient d'observer les réponses apportées par la doctrine quant au régime dont relèvent les nullités. En effet, la question se posait de savoir si celles-ci étaient régies par le régime spécial prévu pour les augmentations de capital de l'article L. 225-149-3, ou bien si elles relevaient du régime général des nullités édicté par l'article L. 235-1 du Code de commerce. Se poser cette question revient à se demander si les nullités dont il est question ont un caractère obligatoire ou non et également si celles-ci se prescrivent par trois mois ou trois ans.

Cette question a été traitée par le Comité juridique de l'ANSA¹³²⁶ qui a apporté la réponse suivante : « *Dans la mesure où l'article L. 228-15 du Code de commerce renvoie à l'article L. 225-147, qui fait pour sa part partie de la sous-section visée par l'article L. 225-149-3, alinéa 3, le régime spécial des nullités propres aux augmentations de capital et aux avantages particuliers l'emporte à notre avis sur les dispositions générales de l'article L. 235-1* ». Par conséquent, les nullités en cause auraient un caractère obligatoire et se

¹³²² Art. L.225-10 C. Com.

¹³²³ V. *supra*, n°328.

¹³²⁴ Rép. Ministérielle n°31295, JOAN Q n°48, 3 décembre 1990, p. 5543.

¹³²⁵ Si la société est constituée avec offre au public, le délai est de 8 jours (art. R 225-9 C. Com.) ; sans offre au public le délai est uniquement de 3 jours (art. R 225-14 C. Com.). Si la stipulation est envisagée lors d'une augmentation de capital le délai est de 8 jours (art. R 225-136 C. Com.). Cette durée est portée à un mois dans le cadre d'une fusion (art. R 236-3C. Com.).

¹³²⁶ Comité juridique ANSA, 12 mars 2008, n°08-011.

prescriraient dans un délai de trois mois à compter de la date de l'assemblée générale ayant statué sur l'opération. Il convient de noter que les sanctions du non-respect de cette procédure ne sont pas les mêmes suivant que l'émission litigieuse ait eu lieu à la constitution de la société ou en cours de vie sociale. Si l'avantage est stipulé lors de la création de la société et que la procédure n'est pas suivie ou n'aboutit pas, la société n'est pas constituée¹³²⁷. S'il résulte d'une augmentation de capital, alors l'augmentation projetée ne peut pas se réaliser¹³²⁸.

Les associés se voient donc accorder un réel droit de regard sur la consistance de l'avantage envisagé dans le cadre de cette procédure dont l'objet est de leur permettre de cerner les conséquences de celui-ci sur leur propre situation. Cependant, si de manière purement théorique il est concevable que la rédaction d'un rapport par un tiers indépendant permette aux associés de se prononcer de manière avisée pour accepter ou refuser la faveur proposée à l'un d'entre eux, des réserves sur l'opportunité et la pertinence de cette procédure se sont élevées concernant les avantages qui n'auraient pas une nature pécuniaire.

b. Une procédure peu adaptée aux avantages non pécuniaires

Alors que la plupart des auteurs préconisent désormais de soumettre l'octroi de toutes les catégories d'avantages à la procédure d'approbation des avantages particuliers, la question de l'octroi d'avantages autres que pécuniaires a longtemps divisé la doctrine. À l'origine de ce débat, se trouve un arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1935¹³²⁹, n'envisageant l'application de cette procédure que lorsque l'avantage a une influence sur les droits des autres actionnaires. Il en était déduit que l'avantage particulier était nécessairement de nature pécuniaire.

337. Cette solution, limitant la mise en œuvre de la procédure aux avantages financiers, était notamment conseillée par certains auteurs¹³³⁰ pour la SAS. Néanmoins la plupart sont revenus sur leur opinion. En effet, dans un premier temps ceux-ci indiquaient que la liberté statutaire de la SAS concernant l'organisation de la gestion de la société et l'adoption des décisions collectives avait pour conséquence d'exclure la qualification d'avantage particulier lors de

¹³²⁷ Il conviendra de revenir sur l'efficacité de cette sanction et donc de la procédure dans le cadre de la constitution de la société – cf. *infra*, n°339.

¹³²⁸ Art. L.225-8 et L 225-147 al. 4 C. Com.

¹³²⁹ Cass. Civ., 6 mars 1935, *DH*, 1935, p. 265.

¹³³⁰ En ce sens v. notamment *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 2005, n°14998.

l'octroi de prérogatives dans ces domaines, ces clauses ne constituant que « *la traduction de la liberté, expressément reconnue par la loi dont jouissent les associés des SAS pour fixer les règles de fonctionnement de leur société* ¹³³¹ ». Cependant, ils estiment désormais que la procédure doit être suivie, même lorsque les prérogatives accordées aux associés de SAS ont pour objet la gestion de la société ou la tenue des assemblées, car « *cette procédure ne limite pas (la) liberté contractuelle mais tend seulement à permettre aux associés de mesurer la portée de l'avantage consenti* »¹³³². Ce changement de position repose donc sur la définition de l'objectif même de la procédure des avantages particuliers.

Nonobstant les arguments avancés par la doctrine majoritaire¹³³³, certains auteurs prônent toujours une conception restrictive de l'application de la procédure des avantages particuliers et estiment qu'elles ne devraient pas s'appliquer aux avantages autres que financiers¹³³⁴. Pour eux, bien qu'une réponse ministérielle en date du 3 décembre 1990 ¹³³⁵ ait spécifié que « *la mission du commissaire consiste moins à juger du bien-fondé de l'octroi d'avantages, lesquels procèdent du consentement des associés exprimés dans le pacte social, qu'à en apprécier la consistance et les incidences éventuelles sur la situation des actionnaires, notamment si de tels avantages confèrent à certains d'entre eux un droit préférentiel sur les bénéficiaires et le boni de liquidation* », appliquer cette procédure aux avantages conférant des prérogatives en matière de gestion de la société et de décisions collectives n'aurait pas de sens.

338. En effet, le contrôle effectué par le commissaire aux avantages particuliers ne serait pas adapté à ce type d'avantages car il semble extrêmement difficile de mesurer « *la consistance et les incidences éventuelles* » de prérogatives politiques. Si cette assertion est juste pour toutes les sociétés par actions, elle se trouve renforcée dans les SAS, caractérisées par un principe de liberté statutaire à l'égard de ces prérogatives particulières. Selon les partisans de la conception restrictive de l'avantage particulier « *il faudrait donc adopter de l'avantage particulier une définition à géométrie variable : les prérogatives politiques appartiendraient à la catégorie des*

¹³³¹ Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales, Ibidem*.

¹³³² Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, éd. 2018, n°60201.

¹³³³ En ce sens v. M. GERMAIN et P-L. PÉRIN, *SAS, La société par actions simplifiée, études – formules, Pratique des affaires*, 4^{ème} éd., éd. Joly, 2011, n°125 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 311, §721 ; B. DONDERO, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions de confrontations », *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 245, §22 à 24 ; A. CHARVÉRIAT, A. COURET et B. ZABALA, Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, éd. 2018, n°37931 et n°60201 et H. AZARIAN, *Sociétés par actions simplifiées, création et statuts des associés*, J.cl. Commercial, 2012, Fasc. 1532, §41.

¹³³⁴ En ce sens v. Lamy, *Droit du financement* 2013, n°412 et P. REIGNÉ et T. DELORME, « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », *Bull. Joly Sociétés*, 2002, n°11, p. 1117.

¹³³⁵ *Rép. Min. J.O.A.N.*, 3 décembre 1990, question n°31295, p. 5543.

avantages particuliers dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions ; elles n'en feraient pas partie dans les sociétés par actions simplifiées ¹³³⁶».

L'argument avancé par les auteurs favorables à une application de la procédure quel que soit l'avantage octroyé est donc discutable, car s'ils arguent que celle-ci permet aux associés de mesurer la portée de l'avantage consenti, le contrôle opéré par le commissaire n'aura pas pour effet de protéger efficacement ces associés. En effet, la description des avantages en cause ne permet pas de mesurer leurs incidences réelles, et il ne semble pas qu'il soit possible d'évaluer avec précision les conséquences exactes d'avantages autres que financiers. Par conséquent, il semble que soumettre les avantages politiques à la procédure d'approbation des avantages particuliers n'ait d'autres effets que de freiner inutilement la liberté statutaire, en imposant aux associés de mettre en œuvre une procédure pesante, au nom d'une protection qui en réalité n'est pas opérée par ce mécanisme. La question de l'opportunité de mettre en œuvre cette procédure spécifique est d'autant plus incertaine au regard de la sanction réelle du non-respect de celle-ci lorsque l'avantage est envisagé lors de la constitution de la société.

2. *Limite procédurale inefficace lors de la constitution de la société ?*

339. Afin de mesurer l'opportunité réelle du risque de ne pas mettre en œuvre une procédure contestée, l'étude des sanctions qui y sont attachées est parfois source d'inspiration. Tel semble pouvoir être le cas de la procédure de vérification et d'approbation des avantages particuliers envisagés lors de la création de la structure sociale.

En vertu de l'article L. 225-8 alinéa 4 du Code de commerce, si l'avantage particulier est stipulé lors de la constitution de la société et que la procédure d'approbation des avantages particuliers n'a pas été respectée, la sanction est que « *la société n'est pas constituée* »¹³³⁷. Cette sanction n'est applicable qu'aux sociétés faisant une offre au public¹³³⁸, puisque l'article L. 225-8 se trouve dans une sous-section du Code de commerce relative à la constitution de la société anonyme avec offre au public. Les dispositions prévues par cet article sont expressément

¹³³⁶ P. RÉIGNÉ et T. DELORME, « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », *art.cit.*

¹³³⁷ Art. L. 225-8 al. 4 C. Com.: « *À défaut d'approbation expresse des apporteurs et des bénéficiaires d'avantages particuliers (du rapport du commissaire aux avantages particuliers), mentionnée au procès-verbal, la société n'est pas constituée* ».

¹³³⁸ M. GERMAIN et P-L. PÉRIN, SAS, *La société par actions simplifiée, études – formules, Pratique des affaires*, 4^{ème} éd., éd. Joly, 2011, n°127.

exclues pour les sociétés ne procédant pas à une telle offre par l'article L. 225-12¹³³⁹. Il convient donc, préalablement, de définir les sociétés concernées par cette disposition. Il est évident qu'elle est applicable aux sociétés anonymes, mais la question s'est posée de son applicabilité à la SAS. En vertu de l'article L. 227-2 du Code de commerce¹³⁴⁰, les SAS ne peuvent pas procéder à une offre au public. Une atténuation à cette règle est contenue dans ce même article, qui précise que les SAS peuvent « *néanmoins procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I et au II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier* ». Ces dernières correspondent aux offres à un cercle restreint d'investisseur ou à des investisseurs qualifiés. En outre, l'article L. 411-2 précise que ces offres ne constituent pas des offres au public¹³⁴¹. Il semble donc que les SAS ne soient pas concernées par la sanction prévue par l'article L. 225-8 alinéa 4 puisqu'elles ne peuvent pas procéder à des offres au public de titres financiers¹³⁴².

Cependant, certains auteurs assimilent les offres prévues par l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier aux offres au public pour la SAS¹³⁴³ et semblent considérer que la seconde partie de l'article L. 227-2 constitue une exception à la règle interdisant à la SAS de procéder à des offres au public¹³⁴⁴. Une explication à cette thèse repose peut-être dans la conception à retenir de la notion d'offre au public. En effet, certains auteurs font remarquer que la définition de celle-ci est « *relativement libérale* »¹³⁴⁵. Ainsi, il conviendrait de considérer que

¹³³⁹ Art. L. 225-12 C. Com. : « *Lorsqu'il n'est pas procédé à une offre au public, les dispositions de la sous-section I sont applicables à l'exception des articles (...) et quatrième alinéa de l'article L. 225-8* ».

¹³⁴⁰ Art. L. 227-2 C. Com. : « *La société par actions simplifiée ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. Elle peut néanmoins procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I et au II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier* ».

¹³⁴¹ Art. L. 411-2 II CMF : « *II.-Ne constitue pas une offre au public au sens de l'article L. 411-1 l'offre qui s'adresse exclusivement : (...)* ».

¹³⁴² En ce sens v. Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, Éd. 2018, n°60111 : « *Les SAS sont autorisées à procéder à des offres réservées à des investisseurs qualifiés ou à un cercle restreint d'investisseurs ou portant sur des titres dans des conditions qu'il n'y a pas offre au public* ».

¹³⁴³ En ce sens v. notamment M. GERMAIN et P-L. PÉRIN, *SAS, La société par actions simplifiée*, op.cit., n°127 : « *la SAS n'est normalement pas concernée par cette sanction sauf si elle propose une offre privée de titres au sens défini aux 2 et 3 du I et au II de l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier* » ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op.cit., p. 643, §968 : « *L'ordonnance du 22 janvier 2009 a créé plusieurs exceptions. Malgré une rédaction équivoque, elle permet l'offre au public de titres de la SAS dans quatre cas : (cas de l'article L. 411-2 CMF)* » et H. AZARIAN, *Sociétés par actions simplifiées, création et statut des associés*, J.cl. Commercial, Fasc. 1532, §32.

¹³⁴⁴ Il convient cependant de noter que l'art. L. 227-2 contient l'adverbe « *néanmoins* » et non l'expression « *par exception* ».

¹³⁴⁵ J. PAILLUSSEAU, A. THEIMER, A. OUTIN-ADAM et S. BIENVENU, « *La société par actions simplifiée : une structure pour les PME et les personnes physiques* », *JCP E*, 2010, n°26, p. 1635 : « *La SAS peut-elle faire une offre au public ? Non, l'article L. 227-2 du Code de commerce est clair : la SAS « ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions ». Toutefois, la définition, relativement libérale, de l'offre au public fait beaucoup perdre de son impact à cette contrainte : rien n'empêche la SAS de procéder à des opérations dites de "placement privé", c'est-à-dire d'émettre ou de céder des instruments financiers auprès d'investisseurs qualifiés ou dans un cercle restreint d'investisseurs* ».

la sous-section dans laquelle se trouve l'article L. 225-8 concerne tous les types d'offres de titres et non pas seulement les offres au public au sens de l'article L. 411-1 du Code monétaire et financier. Aux termes de cette conception de l'offre au public, la sanction prévue par l'article L. 225-8 alinéa 4 serait applicable aux SAS proposant une offre à un cercle restreint d'investisseurs ou à des investisseurs qualifiés. Il convient donc de se demander quelle est la portée de cette sanction si l'on considère qu'elle est applicable à la SAS dans cette hypothèse.

Le fait que la société ne soit pas constituée n'est pas au sens propre la nullité de la société mais la sanction est tout aussi grave. Elle constate l'inexistence de la société. Il est alors possible de se demander si cette sanction lourde est en accord avec l'article 11 de la directive 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017, lequel délimite strictement les cas de nullité de société¹³⁴⁶.

La première question à se poser afin de savoir si la sanction est en accord avec les prescriptions de la directive communautaire, est de se demander s'il est possible de considérer que le non-respect de la procédure de vérification des avantages particuliers entre dans les cas de nullité énoncés par la directive. En effet, le droit de l'Union européenne, applicable tant aux SA qu'aux SAS¹³⁴⁷, doit l'emporter sur le droit interne et ainsi, si les États membres peuvent librement évincer certains cas de nullité prévus par la directive, ils ne peuvent en aucun cas en ajouter un qui ne figure pas dans le texte¹³⁴⁸. Depuis l'entrée en vigueur de cette directive, très peu de décisions ont été rendues par la Cour de Justice sur l'interprétation des dispositions qu'elle contient. Néanmoins, en ce qui concerne l'article 11, deux arrêts ont été rendus en mars

¹³⁴⁶ Directive 2017/1132, art. 11 : « *La législation des États membres ne peut organiser le régime des nullités des sociétés que dans les conditions suivantes:*

1. la nullité doit être prononcée par décision judiciaire;

2. les seuls cas dans lesquels la nullité peut être prononcée sont:

a) le défaut d'acte constitutif ou l'inobservation, soit des formalités de contrôle préventif, soit de la forme authentique;

b) le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société;

c) l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social;

d) l'inobservation des dispositions de la législation nationale relatives à la libération minimale du capital social;

e) l'incapacité de tous les associés fondateurs;

f) le fait que, contrairement à la législation nationale régissant la société, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux.

En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité ».

¹³⁴⁷ Le droit de l'Union européenne ne vise la SAS que depuis la directive 2003-58 du 15 juillet 2003.

¹³⁴⁸ En ce sens voir arrêt CJCE, *Marleasing*, 13 novembre 1990, *JCP E*, 1991, II, p. 156, note P. LEVEL ; *Revue des sociétés*, 1991, p. 532, note Y. CHAPUT ; position communautaire prise en compte en droit français depuis CA, Paris, *Escudie c. SA 3001 Informatique*, 21 septembre 2001, *Bull. Joly Sociétés*, 2002, n°5, p. 626.

1988 et novembre 1999¹³⁴⁹. Bien qu'aucune de ces questions préjudicielles n'ait eu pour objet la définition des « *formalités de contrôle préventif* », dans les deux affaires la Cour a retenu une conception extrêmement restrictive des causes de nullité des sociétés¹³⁵⁰ et a rappelé que la nullité d'une société étant une sanction grave, celle-ci ne devait intervenir que dans de rares cas, pour protéger les tiers. Ainsi, il s'agira de considérer strictement les causes prévues par la directive et de se demander si le respect de la procédure des avantages particuliers entre dans le cadre des « *formalités de contrôle préventif* » en interprétant le droit interne à la lumière du droit communautaire.

L'examen du droit français des sociétés révèle que les formalités de contrôle préalables à la constitution des sociétés commerciales sont entendues comme le contrôle préventif exercé par le greffe du Tribunal de commerce¹³⁵¹. Il convient d'ailleurs de noter qu'un auteur considère que la liste énumérée par l'article 11 de la directive ne recouvre que des éléments relevant du contrôle du greffier du Tribunal de commerce¹³⁵². Cette fonction du greffe a été rappelée dans une réponse ministérielle en date du 17 novembre 2003¹³⁵³ qui a affirmé que le Récépissé de Création des Entreprises « *ne remet pas en cause le contrôle préventif, portant sur la régularité de la constitution des sociétés commerciales, exercé par le greffier du tribunal de commerce, en conformité avec la première directive 68/151/CE du Conseil du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers. En effet, le greffe devra toujours contrôler la légalité de la création de la société avant de l'immatriculer* ».

¹³⁴⁹ CJCE, 8 mars 1988, aff. 136/87, *Ubbink Isolatie c/Dak* et CJCE, 13 novembre 1990, aff. C-106-89, *Marleasing SA*, cité précédemment.

¹³⁵⁰ CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA* : « *chaque motif de nullité prévu par l'article 11 de la directive est d'interprétation stricte* » ; « *il s'ensuit que l'exigence d'une interprétation du droit national conforme à l'article 11 de la directive 68/151/CEE, précitée, interdit d'interpréter les dispositions du droit national relatives aux sociétés anonymes d'une manière telle que la nullité de la société anonyme puisse être prononcée pour des motifs autres que ceux qui sont limitativement énoncés par l'article 11 de la directive en cause* ».

¹³⁵¹ En ce sens v. notamment P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op.cit., n°372 et s. « *La première directive européenne du 9 mars 1968 souhaitait clairement que le contrôle (de l'acquisition de la personnalité morale) fût désormais préventif (...)* » « *Après la disparition, avec la loi du 11 février 1994, de la déclaration de conformité, le contrôle repose entièrement sur le greffier chargé de la tenue du registre du commerce et des sociétés (...)* ».

¹³⁵² J-Ph. DOM, « *La transposition de la première directive communautaire (n°68-151 du 9 mars 1968) en droit français* », *Rev. Générale du droit*, <http://www.droit21.com>, date de mise en ligne : 24 décembre 2000 : « *Cette liste recouvre ainsi tous les éléments dont l'existence doit être constatée par le greffier du tribunal de commerce qui, en charge du registre du commerce et des sociétés (D. 330 mai 1984, art.4), est notamment tenu de procéder à ces vérifications* ».

¹³⁵³ *Rép. Flory, J.O.A.N.*, 17 novembre 2003, p. 8849, question n°20670.

340. Ainsi, l'intervention du commissaire aux avantages particuliers ne constitue pas une « *formalité de contrôle préventif* » et la sanction prévue par l'article L. 225-8 alinéa 4 serait contraire au droit communautaire car, comme l'indique de dernier alinéa de l'article 11 précité, les sociétés commerciales ne peuvent être soumises à aucune autre cause d'inexistence que celles prévues par le texte. Que l'on considère que l'inexistence soit une sanction autre que la nullité ou non, le dernier alinéa de l'article L. 225-8 n'est pas en accord avec les prescriptions de la directive européenne.

Néanmoins, une explication de ce texte a été proposée ¹³⁵⁴ afin de le rendre applicable : cet alinéa aurait pour vocation d'entraîner la nullité de la société pour défaut de consentement des associés. Il s'agirait de considérer que les futurs potentiels associés n'auraient pas réussi à se mettre d'accord sur les avantages en question, et ceux-ci constituant une clause des statuts, la société ne serait pas valablement formée pour absence de consentement en accord avec l'article 1128 du Code civil.

Cependant, cette justification de la sanction n'est pas non plus en accord avec le droit communautaire. En effet, il ne semble pas que la directive permette d'annuler une société pour défaut de consentement. De plus, depuis une ordonnance du 20 décembre 1969, les vices du consentement ne peuvent plus entraîner la nullité de la société à moins qu'ils n'aient entaché la décision de l'ensemble des associés¹³⁵⁵. Par conséquent, la nullité dont il est question ne semble pas conforme aux prescriptions communautaires et, dans l'attente d'une précision législative ou jurisprudentielle, il ne semble pas qu'il soit possible de sanctionner l'éviction de la procédure des avantages particuliers lors de la constitution de la société, car, comme l'indique notamment l'article L. 235-1, il ne peut y avoir de nullité sans texte. Les limites procédurales à la préférence sont ici purement théoriques. En outre, aucune sanction n'étant directement prévue par le texte de l'article L. 225-14 relatif à la procédure lors de la constitution d'une société sans offre au public et la nullité ne pouvant pas davantage s'appliquer pour les mêmes raisons que précédemment évoquées, il convient alors de se référer aux sanctions prévues par le droit

¹³⁵⁴ En ce sens v. J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Le Lamy Sociétés commerciales*, op.cit., n°2693.

¹³⁵⁵ Art. L. 235-1 C. Com. : « *La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs* ». Si la rédaction de cet article laisse à penser que l'exception relative à l'atteinte de tous les associés fondateurs ne s'applique qu'à l'égard du défaut de capacité, des arrêts ont mis en évidence que la même exigence s'appliquait au défaut de consentement et ainsi ce dernier vice peut justifier la nullité de la société s'il atteint tous les fondateurs (pour ex. CA, Versailles, 13 novembre 2007, n°04-07.641, *Bull. Joly Sociétés*, 2008, n°3, p. 200).

commun des sociétés commerciales concernant les formalités de constitution. La sanction prévue par l'article L. 210-7 lorsqu'une formalité prévue pour la constitution d'une société a été « *omise ou irrégulièrement accomplie* » consiste simplement en la recevabilité de la demande de tout intéressé à ce que la régularisation de la situation soit ordonnée sous astreinte, cette action se prescrivant par trois ans. Le non-respect de la procédure d'approbation et de vérification des avantages particuliers lors de la constitution de la société est donc très faiblement sanctionné, les associés risquant, dans le pire des cas, de devoir soumettre les avantages à la procédure.

Si cette procédure peut trouver à s'appliquer de manière autonome en cas de stipulation d'avantages particuliers *intuitus personae*, elle peut être amenée à se cumuler avec la procédure de création et d'émission des actions de préférence lorsque ces dernières se voient attacher des droits particuliers *propter rem* dont la nature correspond à celle des avantages particuliers.

B. Procédure de création et d'émission des actions de préférence

341. Si, en vertu de l'article L. 228-11 du Code de commerce, les sociétés par actions peuvent émettre, lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, des actions de préférence, cette émission est subordonnée au respect d'une procédure en différentes étapes dont l'objet est d'assurer un consentement des associés à l'aménagement envisagé. La nécessité de suivre les différentes étapes dépend du moment de la création des actions de préférence. En effet, l'article L. 228-12 indique que l'émission de tels titres relève de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire¹³⁵⁶ – qui peut déléguer ce pouvoir aux organes de direction – et qui statue sur rapport spécial d'un commissaire aux comptes en sus d'un rapport des organes de direction. De plus, cette émission donne lieu à l'application cumulative de la procédure d'approbation et de vérification des avantages particuliers « *lorsque les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés* »¹³⁵⁷. Or, lorsque la création de ces titres spéciaux intervient à la création de la société, cette dernière n'a pas encore d'organes sociaux désignés ni de commissaire aux comptes. De fait, ces deux étapes ne sont pas applicables. Seul un potentiel rapport du commissaire aux avantages particuliers sera

¹³⁵⁶ Au sein de laquelle les bénéficiaires des actions à émettre ne pourront pas voter en application de l'article L. 225-10 du Code de commerce par renvoi de l'article L. 228-11 C. Com. (cette disposition est applicable aux SAS puisque non exclue par l'article L. 227-1 C. Com.).

¹³⁵⁷ Art. L.228-115 al. 1^{er} C. Com.

nécessaire¹³⁵⁸, avec les réserves que ce dernier soulève quant à l'opportunité de l'évaluation des avantages non pécuniaires et la relativité des sanctions qui sont attachées au non-respect de cette procédure¹³⁵⁹. Ainsi, la procédure spécialement prévue par le législateur pour encadrer l'émission d'actions de préférence ne trouvera réellement à s'appliquer que lorsque celle-ci interviendra postérieurement à la constitution de la société. Le cadre procédural est donc plus souple à cette étape de la vie sociale. Au-delà de la constitution, l'émission suppose l'intervention d'un commissaire aux comptes dont la mission est définie par les textes (1) et, dans certains cas, d'un commissaire aux avantages particuliers, ce qui engendre potentiellement un cumul de procédures, dont l'application et l'opportunité soulèvent quelques difficultés (2).

1. L'intervention d'un commissaire aux comptes : principe, controverse et sanctions

Au même titre que lors de la stipulation d'avantages particuliers, les commissaires aux comptes sont appelés à se prononcer sur l'émission d'actions de préférence (a). Cette intervention est régulièrement décriée en raison des difficultés soulevées par l'appréciation des avantages qu'elle suppose. Elle l'est d'autant plus dans la société par actions simplifiée, pour laquelle l'existence d'un tel organe tiers n'est pas imposé par les textes (b). Cependant, compte tenu des sanctions attachées au non-respect de cette procédure, celle-ci doit, en tout état de cause, être suivie lors de l'émission des actions de préférence (c).

a. Un rapport spécial exigé par les textes

342. Les caractéristiques des actions de préférence doivent nécessairement être approuvées par l'assemblée générale extraordinaire au vu de deux rapports lorsque leur émission n'est pas réalisée à la création de la société. Le premier rapport est classique : il s'agit de celui présenté par les organes de direction – conseil d'administration ou directoire (ou président de la SAS). Ce rapport doit, aux termes de l'article R. 228-17 du Code de commerce, indiquer « *les*

¹³⁵⁸ En ce sens v. D. MARTIN et C. FALLET, « Création des actions de préférence et protection des porteurs d'actions de préférence », in Dossier « Les actions de préférence », *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e, 2012, nov.-déc., p. 20, §56 ; A-S. MESTRE-CHAMI, « Les modalités de création des actions de préférence », in Dossier « Les actions de préférence, en attendant la réforme », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 14.

¹³⁵⁹ V. *supra*, n°337.

caractéristiques des actions de préférence et précise(r) l'incidence de l'opération sur la situation des titulaires de titres de capital et de valeurs mobilières donnant accès au capital ».

En sus de ce rapport classique dans le cadre de toute opération sur le capital social et les statuts, l'article L. 228-12 subordonne la décision de l'assemblée générale extraordinaire à l'intervention d'un commissaire aux comptes ayant en charge de dresser un rapport spécial, dont le contenu est également défini et dans les mêmes termes par l'article R. 228-17 du Code de commerce. Dans son rapport, le commissaire aux comptes doit, au même titre que l'organe de direction, émettre un avis sur les titres dont la création est envisagée, en précisant quelles seront les conséquences d'une telle émission sur la situation des autres actionnaires. Si, de prime abord, la similitude des informations que doivent contenir les rapports qui seront mis à disposition des actionnaires peut sembler superfétatoire, cette spécificité présente deux intérêts interdépendants. D'une part, cela assure aux actionnaires de pouvoir se référer à l'avis d'un tiers indépendant et impartial afin de comprendre les spécificités des titres spéciaux dont l'émission est envisagée et dont les enjeux ne sont pas toujours aisément appréhendables, notamment lorsque la préférence n'est pas simplement financière¹³⁶⁰. D'autre part, parce qu'ils auront vocation à consulter les deux rapports, celui du commissaire aux comptes est parfois présenté comme ayant un rôle prophylactique : le dirigeant n'a aucun intérêt à ne pas présenter la situation sous son vrai jour car, à défaut, les actionnaires en seraient informés par le biais du second rapport supposé contenir des informations similaires¹³⁶¹. Ainsi, l'intervention du tiers assure aux actionnaires un maximum de transparence quant aux conséquences de leur acceptation de la préférence.

La limite procédurale à la liberté de préférer semble donc assurée par le biais d'une transparence imposée par l'intervention d'un tiers, le commissaire aux comptes, dont les conditions d'exercice et de responsabilité sont strictement définies par les articles L. 820-1 et suivants du Code de commerce, assurant son impartialité. Aux termes de l'article L. 228-11 du

¹³⁶⁰ À cet égard, les problématiques sont les mêmes que celles soulevées à l'égard du commissaire aux avantages particuliers.

¹³⁶¹ En ce sens v. D. DESCAMPS et S. SYLVESTRE, « La procédure de création des actions de préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1234 : « L'intérêt d'un tel rapport est qu'il permet aux actionnaires d'obtenir un avis d'un professionnel indépendant sur l'émission envisagée. Ainsi, si la description de l'opération que fait l'organe d'administration dans son rapport n'est pas conforme à la réalité, les actionnaires devraient s'en apercevoir à la seule lecture du rapport des commissaires aux comptes. Dans la pratique, ces opérations sont toujours précédées de longues discussions au cours desquelles les commissaires aux comptes ont l'occasion d'exposer oralement leur point de vue et les dirigeants prennent rarement le risque qu'un éventuel désaccord soit acté dans un document écrit tel que le rapport des commissaires aux comptes. Ce serait là offrir un argument bien trop efficace à un actionnaire contestataire. A cet égard, l'intervention des commissaires aux comptes a une valeur prophylactique ».

Code de commerce, les commissaires appelés à exercer cette mission sont ceux de la société¹³⁶². Or, la société par actions simplifiée n'est pas toujours tenue de disposer d'un tel organe de contrôle.

b. Un rapport spécial controversé : le cas de la SAS

343. L'article L. 228-12 du Code de commerce soumet l'émission des actions de préférence à l'édiction d'un rapport spécial du commissaire aux comptes. Or, depuis 2008, les SAS ne sont plus tenues de nommer un commissaire aux comptes que dans certaines situations. Les conditions de désignation d'un commissaire aux comptes dans une SAS sont régies par l'article L. 227-9-1, en vertu duquel une SAS qui ne contrôle pas une ou plusieurs sociétés, n'est pas contrôlée par une ou plusieurs sociétés et ne dépasse pas certains seuils (2.000.000 d'euros de chiffre d'affaires, 1.000.000 d'euros de total du bilan et 20 salariés permanents), n'est pas tenue de désigner un commissaire aux comptes.

Cette disposition, introduite par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, rend facultative la nomination d'un commissaire aux comptes dans les SAS de petite taille n'appartenant pas à des groupes de sociétés. La question qui se pose est de savoir ce qu'il convient de faire dans les SAS dépourvues de commissaire aux comptes pour les opérations pour lesquelles l'intervention de ce tiers est normalement prévue et notamment en cas d'émission d'actions de préférence subordonnée, aux termes de l'article L. 228-12, à l'établissement d'un rapport spécial de cet organe. Sur cette question, deux thèses qu'il convient de développer, s'opposent.

Pour le comité juridique de l'Association Nationale des Sociétés par Actions¹³⁶³, le critère de distinction qui subordonne l'obligation de faire intervenir un commissaire aux comptes ou non pour les opérations réalisées par une SAS dépourvue de cet organe, découle de l'origine des règles applicables aux dites opérations. Si les opérations sont régies par une disposition comprise dans les règles propres à la société anonyme, l'intervention du commissaire aux comptes ne serait pas obligatoire. Cette solution résulte selon l'ANSA de l'article L. 227-1 alinéa 3, en vertu duquel les règles de la société anonyme s'appliquent à la SAS uniquement

¹³⁶² Il est en effet fait référence dans ce texte au rapport spécial « des commissaires aux comptes » et non « d'un commissaire aux comptes ».

¹³⁶³ ANSA, CJ, avis n°08-058 du 3 décembre 2008.

dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions spéciales des articles L. 227-1 à L. 227-20. Le comité en déduit que les dispositions imposant l'intervention du commissaire pour les sociétés anonymes sont incompatibles avec le statut d'une SAS sans commissaire aux comptes¹³⁶⁴. En revanche, lorsque les dispositions applicables sont contenues dans le droit des sociétés par actions, l'intervention du commissaire aux comptes serait obligatoire, étant donné qu'aucune exception d'incompatibilité n'est prévue pour ces textes. Par conséquent, le régime des actions de préférence étant régi par les dispositions applicables à toutes les sociétés par actions, l'intervention d'un commissaire aux comptes pour leur émission serait obligatoire.

La position retenue par l'ANSA est à opposer à celle de la commission juridique de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes¹³⁶⁵. Pour la CNCC, les SAS n'auraient pas l'obligation de désigner un commissaire aux comptes lorsque le texte en cause prévoit l'intervention « *du ou des* » commissaires aux comptes, car il s'agirait d'une référence au commissaire aux comptes de l'entité, or les SAS ayant fait le choix de ne pas en nommer ne disposent pas d'un commissaire aux comptes attaché à la société. En revanche, lorsque les textes font référence à l'intervention « *d'un commissaire aux comptes* », la désignation deviendrait obligatoire, même dans une SAS qui en serait dépourvue. En application de cette analyse, les SAS n'ayant pas de commissaire aux comptes ne seraient pas tenues d'en désigner un pour l'émission d'actions de préférence, puisque l'article L. 228-12 fait référence au rapport spécial « *des commissaires aux comptes* ».

Il semble en réalité qu'imposer le recours systématique à un commissaire aux comptes dans une société qui a fait le choix de ne pas en nommer aille à l'encontre même de la liberté offerte à la SAS et qu'il faille retenir la position de la CNCC. Néanmoins, si cette question vient à se poser, n'ayant pas été tranchée par le juge¹³⁶⁶, elle est certainement à rapprocher des sanctions attachées au non-respect de la procédure d'émission, de façon à estimer les risques encourus s'il s'avérait qu'une Cour considère que le recours à un commissaire aux comptes est obligatoire dans une SAS pour l'émission d'actions de préférence.

¹³⁶⁴ M. GERMAIN et P-L PÉRIN, *SAS, La société par actions simplifiée*, op.cit., n°658.

¹³⁶⁵ Bull. CNCC, n°156, déc. 2009, p. 700.

¹³⁶⁶ Une prise de position par le juge est attendue : H. AZARIAN, *Sociétés par actions simplifiées – création et statut des associés*, J.cl. Commercial, Fasc. 1532, §29 : « Cette question donne lieu à une divergence de point de vue qui nous fait attendre avec intérêt la décision qui sera prise lorsqu'elle sera discutée, si elle l'est un jour, devant les tribunaux... à moins que le législateur ne s'en saisisse avant... ».

c. L'impérativité de la procédure induite par la sanction

344. L'émission d'actions de préférence entraînant une rupture d'égalité entre les titulaires d'actions ordinaires et les titulaires d'actions de préférence et même entre les titulaires de différentes catégories d'actions de préférence, un garde-fou a été mis en place par le législateur qui a imposé l'édition de différents rapports, dont notamment celui d'un commissaire aux comptes, pour que l'émission de telles actions puisse avoir lieu. Ce rapport permet aux actionnaires d'avoir l'avis d'un professionnel indépendant sur l'émission envisagée. Comme on l'a vu précédemment, la question de l'intervention d'un commissaire aux comptes dans une SAS pour l'émission d'actions de préférence donne lieu à d'âpres discussions, notamment entre l'ANSA et la CNCC. Le rapport spécial du commissaire aux comptes prévu par l'article L.228-12 a pour vocation de donner un avis sur l'augmentation de capital envisagée, les caractéristiques des actions de préférence à émettre et les incidences de l'opération sur la situation des titulaires de titres de capital et de valeurs mobilières donnant accès au capital¹³⁶⁷.

Un des arguments à prendre en compte pour la nomination d'un commissaire aux comptes lors de l'émission d'actions de préférence dans une SAS se trouve peut-être dans la sanction attachée au non-respect de cette procédure. La sanction prévue par le droit des SA en cas d'augmentation de capital sans rapport spécial du commissaire aux comptes est édictée par l'article L. 225-149-3 alinéa 3, en vertu duquel « *sont nulles les décisions prises en violation des dispositions de la présente sous-section (augmentation de capital dans les sociétés anonymes) autres que celles mentionnées au présente article* ». Par conséquent, cet article ne faisant pas partie de ceux étant expressément exclus d'application pour la SAS, si un juge venait à considérer qu'il n'est pas possible de se dispenser de nommer un commissaire aux comptes pour réaliser une telle opération, l'augmentation de capital concomitante à l'émission d'actions de préférence serait frappée de nullité. Ainsi, quelle que soit la forme sociale considérée, il convient de retenir le caractère impératif de cette procédure spéciale, puisque son non-respect peut conduire à la nullité de l'opération au cours de laquelle la préférence en cause aura été mise en place. Et si cela constitue un premier frein procédural à la liberté de mettre en place la

¹³⁶⁷ Art. R. 225-115 al. 2 C. Com. : « *Le commissaire aux comptes donne son avis sur la proposition de suppression du droit préférentiel, sur le choix des éléments de calcul du prix d'émission et sur son montant, ainsi que l'incidence de l'émission sur la situation des titulaires de titres de capital et de valeurs mobilières donnant accès au capital* ».

préférence au sein des relations entre les associés, l'intervention spécifique d'un second tiers dans l'émission des actions de préférence soulève encore plus de difficultés.

2. *L'application de la procédure des avantages particuliers*

345. Poursuivant dans les méandres procéduraux encadrant la création d'actions de préférence, le législateur a prévu, à l'article L. 228-15, que la procédure de vérification et d'approbation des avantages particuliers doit être suivie « *lorsque les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés* ». Si cette disposition aurait pu avoir pour effet de mettre fin aux discordes qui entouraient l'émission des anciennes actions de priorité, pour lesquelles la question de la nécessité de recourir à la procédure des avantages particuliers divisait¹³⁶⁸, les difficultés n'en ont pour autant pas disparues. Tout d'abord, le texte fait référence aux actions de préférence « émises », ce qui amène à s'interroger sur la nécessité de suivre la procédure spéciale dans les autres cas où des actions de préférence sont créées (a). Ensuite, le texte fait référence à « *un ou plusieurs actionnaires nommément désignés* », ce qui induit une problématique de détermination du périmètre des personnes concernées par le cumul (b). En outre, de par la définition retenue pour les avantages particuliers, le cumul semble exclu lorsque les actions de préférence envisagées ne comportent que des droits amoindris eu égard aux actions ordinaires (c). De plus, ce cumul semble également exclu dans les SAS au cas où l'émission envisagée consisterait en la création de titres relevant d'une catégorie préexistante (d). Enfin, en raison des contours de la mission des différents experts amenés à se prononcer

¹³⁶⁸ L'application de la procédure des avantages particuliers a donné lieu à d'après discussions sous l'empire de la rédaction antérieure de l'article L. 228-11 C. Com. régissant les titres aujourd'hui dits « en voie d'extinction », à savoir les actions de priorité (Art. L. 228-11 dans sa version en vigueur jusqu'au 26 juin 2004 : « *Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes autres actions, sous réserve des dispositions des articles L. 225-122 à L. 225-125. Il peut de même être créé des actions à dividende prioritaire sans droit de vote dans les conditions prévues aux articles L. 228-12 à L. 228-20 sous réserve des dispositions des articles L. 225-122 à L. 225-126* »). Deux positions antagonistes se dégagent alors des débats. Pour les uns, aussitôt que l'égalité était rompue entre tous les actionnaires, il y avait nécessairement attribution d'un avantage particulier et par voie de conséquence la procédure devait être mise en œuvre (En ce sens v. notamment P. ENGEL et P. TROUSSIÈRE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *JCP E*, 1996, n°36, p. 585, §46). Dès lors qu'une action de priorité était émise et n'était pas offerte à la totalité des actionnaires, il y avait création d'un avantage particulier. Symétriquement, d'autres faisaient valoir que la rupture d'égalité, et donc l'intervention de la notion d'avantage particulier, ne devait s'apprécier qu'au sein d'une même catégorie d'actions (en ce sens v. J.-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges financiers », *Droit des sociétés : actes pratiques.*, mars-avril 1997, p. 4, n°14 ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *JCP E*, 2004, n°40, p. 1440, §50). Il convenait alors selon ces derniers de n'appliquer la procédure de vérification des avantages particuliers que si les droits attachés aux actions l'étaient à raison de la personne du titulaire et non lorsqu'ils étaient affectés à une catégorie d'actions.

dans le cadre des deux procédures spéciales, l'opportunité du cumul interroge, mais n'est pas sans conséquences (e).

Avant d'aborder ces différentes problématiques soulevées par l'article L. 228-15 du Code de commerce, il convient de noter que l'intervention de cette procédure, en sus de l'édition d'un rapport spécial des commissaires aux comptes, engendre une spécificité quant aux personnes amenées à les diriger. En effet, pour rappel, la procédure d'approbation et de vérification des avantages particuliers fait intervenir, en tant que tiers indépendant, un commissaire aux apports qui n'est autre qu'un commissaire aux comptes. Or, dans le cadre de la création des actions de préférence, un rapport spécial est rédigé par le commissaire aux comptes de la société envisageant cette création. Partant, afin que deux personnes distinctes interviennent, le législateur a prévu que le commissaire aux apports serait, dans ce cas, « *un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis cinq ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société* ». Ce qui fait au moins une précision de cette disposition dont la logique ne peut être remise en cause.

a. Une procédure imposée seulement aux émissions d'actions de préférence ?

346. La procédure relative à la stipulation d'avantages particuliers trouve à s'appliquer aux actions de préférence lorsque celles-ci sont « *émises au profit* » d'actionnaires. Or, les actions de préférence peuvent certes être créées par la voie d'une émission de titres nouveaux mais également par conversion d'actions ordinaires. Peut- alors se poser la question de savoir si, dans ce dernier cas, le texte prévoit, par une lecture *a contrario*, une dispense de cumul.

Pour une partie de la doctrine, la rédaction de cet article emporte deux régimes juridiques différents : le respect de la procédure des avantages particuliers ne concernerait que l'émission d'actions nouvelles et non la conversion d'actions en actions de préférence¹³⁶⁹. L'interprétation de cet article n'est pas la même pour certains qui considèrent que le second alinéa constitue une règle spéciale ne faisant que répéter la nécessité de mettre en œuvre la procédure des avantages

¹³⁶⁹ En ce sens v. C. BAERT, « Les actions de priorité : une catégorie de titres en voie d'extinction après l'ordonnance du 24 juin 2004 », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p. 1575 et D. DESCAMPS et S. SYLVESTRE, « La procédure de création des actions de préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1234 : « *On peut cependant penser que dans la pratique, en raison du risque de nullité, rares seront ceux qui prendront le risque de ne pas observer la procédure des avantages particuliers* ».

particuliers en cas de conversion d'actions en actions de préférence¹³⁷⁰. À l'appui de cette thèse, il est rappelé que les auteurs de l'ordonnance « *ont utilisé à plusieurs reprises le terme, neutre, de « création » des actions de préférence, ce qui comprend l'émission, mais ne se limite certainement pas à cette procédure* »¹³⁷¹. Par conséquent, la rédaction de l'ordonnance du 24 juin 2004 ne constituant pas un idéal de précisions procédurales, il paraît nécessaire de considérer qu'il faut respecter la procédure des avantages particuliers même en cas de conversion d'actions, d'autant plus que les partisans de la thèse inverse s'accordent à dire qu'il vaudrait tout de même mieux la respecter pour ne pas s'exposer aux sanctions attachées à son non-respect¹³⁷².

b. La notion « d'actionnaires nommément désignés »

La procédure doit être mise en œuvre pour les avantages conférés à « *un ou plusieurs actionnaires nommément désignés* »¹³⁷³. Si le dessein du législateur, en révisant la rédaction de l'article L. 228-15 en 2004, était de mettre fin aux controverses relatives à l'application de cette procédure, il n'a fait que déplacer le problème : il s'agit alors pour les praticiens de déterminer les personnes visées par l'expression « *actionnaires nommément désignés* ».

L'assimilation des tiers aux actionnaires : une première difficulté découlant de cette rédaction concerne l'application de cette procédure à des tiers. En effet, à la lettre du texte, seuls les actionnaires sont visés, par conséquent l'émission en faveur d'un tiers désigné ne devrait pas donner lieu à l'application de la procédure. Cependant, cette formulation a suscité des interrogations dans des hypothèses d'émissions faites « *au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés en même temps qu'à des tiers* »¹³⁷⁴. La question se posait alors de savoir s'il convenait d'appliquer une procédure différente en fonction des souscripteurs à une même émission. Cette question a été tranchée par une réponse ministérielle en date du 24 août

¹³⁷⁰ En ce sens v. A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *JCP E*, 2004, n°40, p. 1440, §42 ; J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », *RLDA*, 2005, n°78 ; Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Transmission d'entreprise*, éd. 2018-2019, n°32310 et *Bull. CNCC*, septembre 2006, p. 513.

¹³⁷¹ A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*

¹³⁷² Sur la nécessité de se préserver des sanctions v. notamment D. MARTIN et C. FALLET, « Création des actions de préférence et protection des porteurs d'actions de préférence », *art.cit.*, p. 20, v. encart sous §58.

¹³⁷³ Art. L. 228-15 al. 1^{er} C. Com.

¹³⁷⁴ Fr. MONOD et R. ARAKELIAN, « Les actions de préférence : comment utiliser la procédure d'avantages particuliers ? », *LPA*, 2004, n°219, p. 8.

2004¹³⁷⁵, laquelle a précisé que « l'article L. 228-15 alinéa 1^{er}, vise les actionnaires déjà existants et les actionnaires qui le deviennent au moment de la souscription à condition toutefois que ces actionnaires soient nommément désignés ». Une réponse équivalente quant à l'assimilation des tiers aux actionnaires a été rendue par le ministère de la Justice en 2007¹³⁷⁶. Néanmoins, bien que ces réponses soient en accord avec le rapport fait au Président de la République lors de l'introduction des actions de préférence, lequel avait spécifié que cette procédure aurait à être mise en œuvre « en cas d'émission au profit de personnes identifiées », il n'en demeure pas moins que cette position ne fait pas l'unanimité¹³⁷⁷ et est critiquable à bien des égards. D'une part l'interprétation retenue par le ministre de la justice va à l'encontre de la lettre du texte et du Code de commerce, car un tiers ayant souscrit à une émission n'est pas encore actionnaire. D'autre part, en appliquant cette position, qu'advient-il lorsque la souscription ne porte pas sur des actions de préférence en tant que telles mais sur des valeurs mobilières composées, telles par exemple des bons de souscription d'actions de préférence dont la condition suspensive à la conversion n'interviendrait jamais ? La précision apportée par les réponses ministérielles ne fait qu'endiguer les imperfections mises en place par le législateur.

347. L'émission en faveur d'une catégorie de personnes : la seconde interrogation soulevée par la rédaction de l'article L. 228-15 concerne le cas d'une émission d'actions de préférence au profit d'une catégorie de personnes. Pour certains auteurs¹³⁷⁸, il n'y aurait pas lieu de mettre en œuvre la procédure des avantages particuliers si l'émission est réservée à une catégorie de personnes dont les caractéristiques seraient fixées par l'assemblée générale extraordinaire mais dont la liste ne pourrait pas être définie, et ce en vertu de l'article L. 225-138 I alinéa 2. Néanmoins, si cette dérogation est suggérée par de nombreux auteurs¹³⁷⁹, certains estiment que son seul but serait de contourner une obligation légale et les cas d'application sincère de cette exception ne seraient que très rares¹³⁸⁰. Une piste de réflexion se trouve certainement dans les

¹³⁷⁵ Rép. Min. Grosskost, *J.O.A.N.*, 24 août 2004, question n°43987, p. 6685.

¹³⁷⁶ Rép. Min. n°00431 à Ph. ADNOT, *JO Sénat Q* 27 décembre 2007, p. 2371.

¹³⁷⁷ En ce v. notamment Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, éd. 2018, n°67811 et D. DESCAMPS et S. SYLVESTRE, « La procédure de création des actions de préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1234 ; A. REYGROBELLET, « Le régime des actions de préférence est retouché », *RTDF*, 2008, p. 107.

¹³⁷⁸ En ce sens v. Fr. MONOD et R. ARAKELIAN, « Les actions de préférence : comment utiliser la procédure des avantages particuliers ? », *LPA*, 2004, n°219, p. 8 et J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », *RLDA*, 2005, n°78.

¹³⁷⁹ Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, éd. 2018, n°67811 et J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Le Lamy, Sociétés commerciales*, op.cit., §4795.

¹³⁸⁰ En ce sens v. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op.cit., p. 744, §1150 : « l'évitement de la procédure devient très facile, alors qu'il serait délicat de montrer que la décision d'accorder un avantage par catégorie objective n'a eu d'autre finalité que de se dispenser du respect de la procédure des avantages particuliers ».

écrits de THALLER à propos des avantages particuliers¹³⁸¹. S'interrogeant sur les contours à retenir des personnes « déterminées », il se demande ce qu'il adviendrait si l'avantage était attribué impersonnellement mais à une fonction déterminée. La réponse qu'il offre à cette problématique est alors simple : dès lors que les personnes en cause qui se verront par la suite attribuer ces avantages sont étrangères à la mise en place de ceux-ci, il n'est pas possible de les soupçonner d'avoir œuvré à la mise en place de la clause qui fixe leur émolument et, partant, la procédure n'aurait pas à être suivie¹³⁸². Cette lecture a le mérite d'être en accord avec les objectifs poursuivis par les procédures appelées à intervenir cumulativement dans le cadre de la création des actions de préférence : si des actions de préférence sont créées au profit d'une catégorie de personnes dont seules les caractéristiques sont déterminées par les statuts, seuls ceux qui apporteraient leur concours à la mise en place de ces titres devraient se soumettre à la procédure des avantages particuliers en sus du rapport spécial des commissaires aux comptes, puisqu'en tout état de cause ceux qui se verraient postérieurement remettre ces titres n'auront pas été à l'initiative de leur mise en place et, par voie de conséquence, si aucun actionnaire ne regroupe les caractéristiques prévues par la clause au moment de son insertion, la procédure des avantages particuliers ne doit pas être suivie même si, au moment de l'émission, des actionnaires rempliraient les caractéristiques précédemment prévues. En revanche, si, au moment de l'introduction des caractéristiques requises pour l'attribution de ces titres spéciaux dans les statuts, certains actionnaires les recouvrent et que l'émission n'est que reportée, il conviendra à leur égard de suivre la procédure des avantages particuliers au moment de l'émission¹³⁸³. Ce ne sera qu'à l'égard de ceux qui n'étaient pas présents au moment de la négociation des caractéristiques subordonnant l'attribution de ces titres que la procédure sera évincée.

c. Un cumul circonscrit aux aménagements comportant un avantage ?

348. Contrairement à la préférence qui se définit par l'altérité, l'avantage particulier est celui qui accorde nécessairement une préférence à son destinataire, quelle qu'en soit la nature. Dans

¹³⁸¹ V. E-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial, op.cit.*, p. 358, §533.

¹³⁸² Cependant, *in fine* l'auteur conseille de suivre cette procédure faute de position claire de la jurisprudence sur ce point : E-E. THALLER, *op.cit.*, p. 359.

¹³⁸³ En effet, l'article L. 228-15 C. Com. prévoit l'application de la procédure au moment de l'émission des titres, ainsi, il n'est pas possible de contourner celle-ci en prévoyant une émission ultérieure à l'introduction du principe des actions de préférence dans les statuts. En ce sens v. B. BRIGNON, « La place des commissaires aux comptes dans la procédure d'émission des actions de préférence », *in* Dossier « Les actions de préférence, en attendant la réforme », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 41.

le cadre de la création des actions de préférence, lorsqu'il est question du cumul des procédures comme le prévoit l'article L. 228-15, ce dernier devrait donc se cantonner aux actions de préférence qui ne seraient assorties d'aucune charge ou désavantage par rapport aux actions ordinaires. Il est en effet bien fait mention dans cette disposition de la notion d' « avantages particuliers ». Bien que difficile à cerner, cette notion a fait l'objet d'une définition autonome, nécessitant l'octroi d'un privilège dans la stipulation envisagée. Il serait inopportun d'en retenir une définition différente dans le cadre de la création des actions de préférence. En dépit de ce raisonnement, une controverse anime professionnels et théoriciens.

Pour certains, la référence aux avantages particuliers réalisée par l'article L. 228-15 a pour conséquence de restreindre le cumul de procédure aux seuls aménagements offrant des prérogatives plus favorables aux actionnaires que celles qui sont attribuées aux actions ordinaires. Il ne serait pas nécessaire de suivre cette procédure dès lors que la préférence envisagée n'entraînerait aucun avantage au profit des actionnaires par rapport aux autres actions, comme par exemple l'émission d'actions de préférence dépourvues de droit de vote¹³⁸⁴.

Pour d'autres, ce n'est pas l'avantage conféré qui justifie la mise en œuvre de la procédure mais le caractère « particulier » de l'aménagement¹³⁸⁵ et, de fait, la procédure doit être suivie quel que soit l'aménagement en cause, qu'il soit favorable ou non eu égard aux actions dites ordinaires¹³⁸⁶. À l'appui de cette théorie, il est avancé que le texte ne fait pas de distinction entre avantages et charges mais fait uniquement référence à la procédure. À défaut de précédent jurisprudentiel ou d'intervention du législateur sur cette question et en dépit de la logique qui amènerait à exclure la procédure lorsqu'aucun avantage n'est conféré aux actions de préférence, les sanctions attachées au non-respect de celle-ci¹³⁸⁷ conduisent à conseiller aux praticiens de la suivre, quelle que soit la nature de l'aménagement envisagé¹³⁸⁸.

¹³⁸⁴ En ce sens v. ANSA, CJ, « Émission d'actions de préférence réservée à une catégorie de bénéficiaires – actions à droits réduits et avantages particuliers », 2012, n°10-12 ; D. MARTIN et C. FALLET, « Création des actions de préférence et protection des porteurs d'actions de préférence », *art.cit.*, p. 21, §58.

¹³⁸⁵ Sur cette distinction entre les termes de l'expression « avantage particulier » v. par ex. A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *JCP E*, 2004, n°40, ét. 1440, §50.

¹³⁸⁶ En ce sens v. B. BRIGNON et Th. GRANIER, *Actions de préférence*, *op.cit.*, §31 ; CNCC, *Bull.*, juin 2012, n°1666.

¹³⁸⁷ V. *supra*, n°344.

¹³⁸⁸ En ce sens v. D. MARTIN et C. FALLET, *art.cit.*, *loc.cit.*

d. *Une procédure exclue pour les actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée ?*

349. Alors que l'ordonnance de 2004 devait mettre fin aux débats qui faisaient rage à propos de l'applicabilité de la procédure des avantages particuliers, elle n'a pas apporté de précisions sur son application dans la SAS, forme sociale où l'égalité entre les associés dépend en grande partie des choix statutaires opérés par ses associés. Or, la procédure a, entre autres, pour vocation l'examen de la rupture d'égalité opérée par l'émission d'actions de préférence.

Si, par prudence, il était recommandé d'appliquer les dispositions relatives à cette procédure à la SAS, le doute subsistait. Conscient de ces incertitudes, le Ministère de la justice a confirmé le caractère impératif de ces dispositions dans une réponse publiée le 23 mai 2006¹³⁸⁹. Ainsi, lorsque les SAS émettent des actions de préférence, la procédure des avantages particuliers leur est applicable et il a été précisé que la liberté statutaire de la SAS ne permet pas de définir le mode de désignation du commissaire aux avantages particuliers. Néanmoins, et malgré la clarté de cette réponse, certains prônent toujours la spécificité de cette procédure concernant la SAS.

En effet, il découle de la réponse ministérielle du 23 mai 2006 que le recours au rapport du commissaire aux avantages particuliers est obligatoire dans la SAS¹³⁹⁰. Cependant, l'alinéa 3 de l'article L. 228-15 précise que ce rapport n'a pas à être établi « *lorsque l'émission porte sur des actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée* » et dans ce cas l'évaluation des avantages particuliers est faite dans le rapport spécial du commissaire aux comptes. Un problème se pose alors si la position du CNCC exposée précédemment est retenue¹³⁹¹ : il n'y aurait aucun rapport établi à l'égard desdits avantages, le rapport du commissaire aux comptes n'étant pas obligatoire dans les SAS n'ayant pas fait le choix d'en désigner un. Faut-il

¹³⁸⁹ Rép. Min. JACQUAT, J.O.A.N. du 23 mai 2006, question n°75988, p. 5510 : « *depuis l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme des valeurs mobilières, l'article L. 228-11 du code de commerce permet aux sociétés par actions, de créer (...) des actions de préférence, (...). Les sociétés par actions simplifiées peuvent émettre ce type d'actions. (...) les sociétés par actions simplifiées émettant des actions de préférence sont soumises à la procédure prévue pour les avantages particuliers (...). Ces dispositions imposent la désignation d'un ou plusieurs commissaires aux apports par décision de justice dans les conditions prévues aux articles 64 et suivants du décret du 23 mars 1967 (...). Compte tenu des dispositions impératives des articles susvisés, les statuts des sociétés par actions simplifiées ne peuvent pas prévoir un autre mode de désignation du ou des commissaires aux comptes dans les statuts, pour ce type d'opération.* ».

¹³⁹⁰ En effet, la réponse ministérielle précise que les dispositions de l'art. L. 228-15 du Code de commerce imposent dans la SAS « *la désignation d'un ou plusieurs commissaires aux apports par décision de justice* ».

¹³⁹¹ V. *supra*, n°343 et Bull. CNCC, décembre 2009, p. 700 : « *Lorsque l'opération porte sur des actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée, l'évaluation des avantages particuliers qui en résultent est faite dans le rapport spécial établi par les commissaires aux comptes sur l'opération à condition, bien entendu, que la société en soit dotée* ».

considérer qu'aucun rapport extérieur n'aura à être établi sur l'opération projetée ou alors que dans cette situation particulière il conviendra de recourir au rapport du commissaire aux avantages particuliers ? Il semble qu'il soit nécessaire de s'attarder de nouveau sur le rôle de ce commissaire pour répondre à cette question.

Aux termes de l'article R. 225-136 alinéa 3, le rapport du commissaire aux avantages particuliers « *décrit et apprécie chacun des avantages particuliers ou des droits particuliers attachés aux actions de préférence. S'il y a lieu, il indique, pour ces droits particuliers, quel mode d'évaluation a été retenu et pourquoi il a été retenu, et justifie que la valeur des droits particuliers correspond au moins à la valeur nominale des actions de préférence à émettre augmentée éventuellement de la prime d'émission* ».

Ce rapport assure donc une bonne information des actionnaires amenés à statuer sur l'émission des actions de préférence. La dérogation offerte par l'alinéa 3 de l'article L. 228-15 se justifie par le fait que les actions de préférence relevant de la même catégorie que des actions déjà créées comportent « *les mêmes droits ou (imposent) les mêmes charges que celles déjà émises à l'occasion d'une précédente opération* »¹³⁹². On considère alors que les actionnaires ont déjà été informés et ont pris connaissance de la nature de cette catégorie d'actions de préférence. Ils n'ont pas besoin d'un nouveau rapport à leur sujet.

On peut donc estimer qu'il sera possible, dans une SAS qui n'aurait pas fait le choix de désigner un commissaire aux comptes, d'émettre des actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée sans avoir à recourir à un quelconque rapport d'un commissaire indépendant. En effet, un tel rapport aurait déjà été établi lors de la première émission d'actions similaires, ce qui aura permis la bonne information des associés, et aucun rapport du commissaire aux comptes ne serait obligatoire¹³⁹³.

e. Opportunité du cumul des procédures et conséquences

350. Si la question de l'applicabilité de la procédure de vérification et d'approbation des avantages particuliers dans le cadre de la création d'actions de préférence soulève autant de

¹³⁹² H. LE NABASQUE, « La réforme des actions de préférence », *JCP E*, 2008, n°48, p. 2445.

¹³⁹³ À moins bien sûr de retenir la position de l'ANSA.

questions qui divisent tant la pratique que la doctrine, c'est notamment en raison des critiques émises à l'égard du principe du cumul en tant que tel.

D'une part, cette procédure est montrée du doigt de par sa longueur et son coût¹³⁹⁴. En effet, l'article L. 228-15 impose que le commissaire aux avantages particuliers soit indépendant. Pour cela il ne doit pas avoir réalisé de mission au sein de ladite société dans les cinq ans précédents l'émission. Il en résulte que le commissaire qui sera désigné devra assimiler le fonctionnement de la société avant de pouvoir émettre un avis sur l'opération envisagée, ce qui peut prendre un certain temps¹³⁹⁵ et donc présente un caractère onéreux non négligeable et un allongement simultané de la procédure.

D'autre part, la procédure est bien souvent jugée inutile. En effet, lorsqu'une émission d'actions de préférence est envisagée, les avantages particuliers auront été négociés en amont entre les actionnaires. Le rôle du commissaire aux avantages particuliers ne constituerait qu'un doublon de la prestation réalisée par le commissaire aux comptes¹³⁹⁶.

En dépit des différentes problématiques et critiques soulevées à l'égard de ce cumul des procédures, il convient, par mesure de sécurité, de s'y plier dans les cas où il n'est pas possible de l'exclure de manière certaine. On peut toutefois relever que si la procédure des avantages particuliers doit s'appliquer cumulativement à la procédure de création des actions de préférence dans certains cas, l'aménagement des prérogatives qui en résulte n'en est pour autant pas attaché à la personne qui se verra attribuer les titres spéciaux mais bien à ces derniers. Il y a perte du caractère personnel de l'avantage accordé en dépit de la procédure spéciale et l'avantage est attaché au titre et se transmet avec lui quand bien même il aurait été mis en place en considération de la personne. Ici, alors que le législateur semble dans un premier temps considérer que deux procédures sont nécessaires pour assurer un consentement des associés à l'attribution d'actions de préférence à une personne déterminée, en réalité lors de la transmission du titre, les avantages particuliers le seront aussi. Et ils le seront sans autre procédure qu'un potentiel agrément du nouvel associé là, où, en toute logique, l'attribution à la

¹³⁹⁴ En ce sens v. notamment J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilège financiers », *Actes pratiques*, 1997, n°11, p. 4 ; T. DELORME et P. REIGNÉ, « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », *Bull. Joly Sociétés*, 2002, n°11, p. 1117, §17.

¹³⁹⁵ Le délai serait de trois à quatre semaines selon D. MARTIN et C. FALLET, « Création des actions de préférence et protection des porteurs d'actions de préférence », *art.cit., loc.cit.*

¹³⁹⁶ En ce sens v. notamment J-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », *in Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 218 ; D. MARTIN et C. FALLET, *art.cit., loc.cit.*

personne, donc *intuitu personae*, nécessite normalement l'intervention d'un tiers indépendant. L'attribution *propter rem* l'emporte sur le caractère personnel de l'avantage précédemment attribué. Cette spécificité constitue un argument de plus quant à l'inopportunité du cumul des procédures¹³⁹⁷.

SECTION II : L'ENCADREMENT DE LA PRÉFÉRENCE EN COURS DE VIE SOCIALE

Une fois les prérogatives des associés déterminées dans les statuts, le droit de regard de ceux-ci sur l'évolution de ces droits ou obligations se caractérise par les modalités encadrant les modifications statutaires. Ces dernières sont propres à chaque forme sociale, et ce ne sera qu'en cas d'augmentation de leurs engagements que les associés auront vocation en principe à donner un accord individuel et exprès. Cependant, aux côtés de ces procédures communes et ordinaires de modification du contrat de société, le législateur a entendu offrir à certains un droit de regard spécifique sur la mise en place de la préférence afin de renforcer leur protection. Ces personnes spécialement protégées sont les porteurs des actions de préférence (§1) mais également certains porteurs de titres donnant potentiellement accès au capital (§2).

§1. La protection des porteurs d'actions de préférence

Afin que les prérogatives particulières attribuées aux porteurs d'actions de préférence ne soient pas seulement à la merci de la loi de la majorité, le législateur a mis en place deux mécanismes spécifiques de protection. Ces mécanismes de contrôle sont appelés à jouer dès lors que certaines opérations peuvent avoir des effets sur la teneur des prérogatives des porteurs des actions de préférence (A). Ils ont aussi pour objet de permettre aux assemblées spéciales composées de ces porteurs de diligenter un contrôle du respect de leurs droits (B).

¹³⁹⁷ La transmissibilité des aménagements qu'induisait la création d'actions de priorité en dépit de la prise en considération de la personne pour lesquelles ces titres étaient créés constituait déjà un argument en défaveur du cumul des procédures avant la réforme opérée en 2004 : en ce sens v. J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilège financiers », *art.cit.*, *loc.cit.*

A. Une protection intermittente en cas de modification potentielle des prérogatives

Certains évènements de la vie sociale sont de nature à porter atteinte à l'étendue des prérogatives attribuées aux actions de préférence. Par exemple, si une nouvelle catégorie d'actions est émise et porte sur une prérogative faisant déjà l'objet d'un aménagement préférentiel, l'émission nouvelle pourra avoir pour effet de diluer les droits des actionnaires titulaires de la catégorie initiale. Afin que les droits des actionnaires titulaires de ces titres spéciaux soient, si ce n'est préservés, au moins protégés, l'approbation de l'assemblée spéciale les réunissant est parfois un préalable nécessaire à la réalisation de l'opération (1). Néanmoins, la protection accordée aux porteurs d'actions de préférence se trouve amoindrie en cas de modification ou d'amortissement du capital, puisqu'à cette occasion, celle-ci se borne à l'information de ces porteurs spéciaux par l'assemblée générale extraordinaire des conséquences de l'opération sur l'étendue de leurs prérogatives (2).

1. Intervention d'une assemblée spéciale en cas de modification des droits, fusion ou scission

351. Lorsqu'il préexiste des actions de préférence dans une société, les droits particuliers attachés à celles-ci peuvent être affectés soit directement par la modification de ceux-ci, soit de façon indirecte par la création de nouvelles actions de ce type (a). Ces droits particuliers peuvent également être remis en cause en cas de fusion ou scission de l'émettrice (b). Dans les deux cas, afin de protéger les actionnaires à qui une préférence a été préalablement accordée, le législateur a subordonné la réalisation de ces opérations à la réunion d'assemblées spéciales invitées à les approuver.

a. L'approbation des opérations ayant pour effet de modifier les droits catégoriels

Les droits particuliers attachés aux actions de préférence doivent, aux termes de l'article L. 228-11 du Code de commerce, être définis par les statuts. Les modifications statutaires relèvent de la compétence de l'assemblée des associés. Or, aux termes de l'article L. 225-99 du Code de commerce, « *la décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des*

actionnaires de cette catégorie »¹³⁹⁸. Ainsi, les porteurs d'actions de préférence ont un réel droit de regard sur le devenir de leurs prérogatives puisqu'ils pourront, *a priori*, s'opposer à leur modification. Cette disposition nécessite cependant certaines précisions.

352. Tout d'abord, il convient de s'interroger sur ce qui entre dans le champ des décisions ayant pour effet de « *modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions* ». Sans conteste, toutes les décisions ayant pour objet direct de modifier substantiellement les prérogatives attachées aux titres entrent dans le champ de compétence de l'assemblée spéciale. Pour cause, le texte ne fait référence que de manière générale aux « *décisions d'une assemblée générale* ». Toutefois, on peut se demander si des décisions non modificatives des statuts, comme par exemple des décisions relatives à la gestion de la société, peuvent être subordonnées à l'approbation des assemblées spéciales. Cette idée a été écartée par la doctrine en ce sens que les conséquences qui pourraient en découler sur les droits et obligations des porteurs de la préférence ne seraient que le résultat indirect de la décision de l'assemblée, dont l'objet n'était pas de moduler les prérogatives attachées aux actions de préférence¹³⁹⁹. Cependant, si les conséquences ne sont qu'indirectes et ne supposent donc pas l'assentiment des porteurs des actions de préférence, il est tout de même dans ce cas conseillé de « *préciser dans les statuts aussi nettement que possible, l'incidence des décisions sociales* » afin d'éviter tout recours postérieur¹⁴⁰⁰. Ainsi, la liberté semble ici de mise, mais ce ne sera qu'à charge d'une minutie importante dans l'information des enjeux de l'opération au sein des statuts, ce qui, somme toute, n'est pas nécessairement gage de liberté pour la société.

Ensuite, se pose la question de savoir si une telle approbation est nécessaire lorsque, faute de modifier directement les droits attachés à une catégorie de titres, la décision de l'assemblée consiste en l'émission d'actions de préférence nouvelles ayant, indirectement, pour effet de moduler la teneur des prérogatives accordées aux autres catégories de titres. Le texte ne fait en effet que référence à la décision de l'assemblée « *de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions* ». Or, lorsque la décision d'une assemblée a pour objet d'autoriser l'émission de nouvelles actions de préférence, celle-ci a nécessairement des conséquences sur l'étendue des

¹³⁹⁸ Ces dispositions étant exclues dans les SAS, sauf disposition statutaire exprès l'autorisation des porteurs d'actions de préférence ne semble pas requise. Si la modification des droits des actionnaires doit donner lieu à approbation de ceux-ci, les modalités de consultation devront être prévues dans les statuts.

¹³⁹⁹ En ce sens v. A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §73 ; D. MARTIN et C. FALLET, « Création des actions de préférence et protection des porteurs d'actions de préférence », *art.cit.*, p. 24, §69 ; A-S. MESTRE-CHAMI, « Les modalités de création des actions de préférence », *art.cit.*, p. 19 ; J-M. MOULIN, « Les actions de préférence », *LPA*, 2005, n°189, p. 24.

¹⁴⁰⁰ A. VIANDIER, *art.cit.*, §73.

prérogatives accordées initialement aux autres actionnaires, sauf cas spécifiques ou les droits particuliers en cause ne pâtissent d'aucune dilution lorsqu'ils sont attribués aux actionnaires – comme un droit d'information renforcé qui peut être attribué autant de fois que d'actionnaires sans que la teneur des prérogatives attribuées s'en trouve amoindrie. Diverses opinions ont été exprimées à ce sujet. Pour certains, l'approbation des porteurs d'actions de préférence est nécessaire dès lors que les nouveaux titres se verront accordés des prérogatives plus importantes susceptibles de venir porter atteinte aux droits des catégories préexistantes¹⁴⁰¹. Pour d'autres, si le fait de procéder à une augmentation de capital par l'émission d'actions nouvelles a nécessairement un effet dilutif sur les droits des actionnaires, les droits attachés aux actions de préférence se trouvent modifiés par la décision de l'assemblée générale, mais ceci ne constituerait qu'un effet indirect, ne justifiant pas l'intervention des assemblées spéciales des porteurs d'actions de préférence¹⁴⁰². À défaut de certitudes sur cette question, l'émission des nouvelles actions pouvant être remise en cause si l'approbation de l'assemblée spéciale s'avérait requise, la prudence appelle à soumettre l'émission d'actions nouvelles à l'approbation préalable des assemblées spéciales¹⁴⁰³.

Enfin, si la disposition semble permettre aux actionnaires de s'opposer à la modification des prérogatives qui leurs ont antérieurement été accordées, il convient de noter qu'aucune unanimité n'est requise au sein de l'assemblée spéciale. En effet, les règles de *quorum* et de majorité dans ces assemblées sont définies par l'article L. 225-99, renvoyant à l'article L. 225-96 du Code de commerce, aux termes duquel elles statuent à la majorité des deux tiers. Par conséquent, un actionnaire pourra se voir imposer une modification de ses droits particuliers. Le seul cas où un accord individuel semble nécessaire au sein de l'assemblée spéciale est celui où la modification envisagée aura pour objet ou effet d'augmenter les engagements des porteurs de la préférence, puisque dans ce cas, il sera nécessaire de respecter les prescriptions de droits commun en matière d'intangibilité des engagements, prévues par l'article 1836 du Code civil¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰¹ En ce sens v. A. BOUGNOUX, *Assemblées d'actionnaires – assemblées spéciales*, J-Cl. Sociétés, Fasc. 143-10, §37 ; D. MARTIN et C. FALLET, *art.cit.*, p. 24, §69.

¹⁴⁰² S. SYLVESTRE, « De quelques avatars des actions de préférence », *RTDF*, 2006, n°1, p. 51.

¹⁴⁰³ En ce sens v. A-S. MESTRE-CHAMI, « Les modalités de création des actions de préférence », *art.cit., loc.cit.* ; A. DESCAMPS et S. SYLVESTRE, « La procédure de création des actions de préférence », *art.cit., loc.cit.*

¹⁴⁰⁴ En ce sens v. B. BRIGNON et Th. GRANIER, *Actions de préférence, op.cit.*, §38 ; A-S. MESTRE-CHAMI, *art.cit.*, p. 20.

b. L'approbation dans les opérations de scission ou de fusion

Dès lorsqu'il existe des actions de préférence dans une société dont la scission ou la fusion est envisagée, se pose la question du devenir des prérogatives particulières accordées aux actionnaires par le biais des actions de préférence. L'article L. 228-17 dispose à ce titre que dans le cadre de ces opérations, « *les actions de préférence peuvent être échangées contre des actions des sociétés bénéficiaires du transfert de patrimoine comportant des droits particuliers équivalents, ou selon une parité d'échange spécifique tenant compte des droits particuliers abandonnés* ». À défaut de pouvoir réaliser un tel échange, la réalisation de l'opération est subordonnée à l'approbation de l'assemblée spéciale dans les conditions de l'article L. 225-99 du Code de commerce.

353. La mise en œuvre de cette disposition soulève d'importantes difficultés. L'échange prévu au premier alinéa de ce texte suppose de pouvoir évaluer la préférence afin de remettre aux actionnaires appelés à abandonner leurs titres initiaux des actions conférant des droits strictement équivalents. Or, aucune méthode d'évaluation de la préférence n'est spécifiée par les textes et les différentes méthodes proposées par la science financière s'avèrent très complexes, imprécises et extrêmement dépendantes du contexte spécifique de la société dans laquelle les actions sont émises¹⁴⁰⁵. L'établissement d'une parité d'échange semble parfois bien délicat à établir¹⁴⁰⁶, et ce en dépit d'une réponse ministérielle intervenue en 2004. Selon le Ministère de la justice, l'objectif de l'article L. 225-99 alinéa premier du Code de commerce est « *de permettre l'échange d'actions de préférence donnant droit, par exemple, à une attribution de dividende préférentielle ou à la désignation d'un membre du conseil de surveillance contre d'autres actions de préférence donnant droit à l'attribution préférentielle d'un dividende ou la désignation d'un membre du conseil de surveillance, en tenant compte éventuellement d'une parité d'échange en fonction de la réduction du droit consentie. En revanche, s'il n'existe pas dans la nouvelle société d'actions de préférence disposant de droits particuliers équivalents, la parité d'échange devra tenir compte de l'abandon de ce droit* »¹⁴⁰⁷. Cette précision ne permet en rien d'assurer l'équivalence des droits abandonnés et offerts. Par

¹⁴⁰⁵ Sur les difficultés soulevées par l'évaluation de la préférence et les différentes méthodes pouvant être retenues v. S. SCHILLER, « L'évaluation de la préférence », *Revue des sociétés*, 2006, p. 703 et P. MOUSSERON, « Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux », *RJDA*, 2006, n°3, p. 199

¹⁴⁰⁶ Il convient de noter ici que la tâche incombe très certainement au commissaire à la fusion car, même si rien n'est précisé dans les textes, un tel organe étant appelé à intervenir en cas de fusion afin d'établir un rapport d'échange équitable (art. L.236-10 II), il sera nécessairement amené à se prononcer sur le devenir de ces titres spéciaux. En ce sens v. A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §75.

¹⁴⁰⁷ Réponse ministérielle n°13316 à M. Adnot, JO Sénat, Q, 30 septembre 2004, p. 2236.

conséquent, il est généralement recommandé de procéder à la consultation de l'assemblée spéciale des porteurs d'actions de préférence en tout état de cause et même si des actions *a priori* équivalentes semblent pouvoir être remises à ces actionnaires, afin d'éviter tout risque de contentieux ultérieur¹⁴⁰⁸. Les modalités de consultation de ces assemblées sont les mêmes que précédemment étudiées, et il convient encore une fois de rappeler que si une protection est bel et bien assurée par l'intervention qui leur est proposée, un actionnaire ne pourra pas seul s'opposer à la réalisation de l'opération, sauf à ce que celle-ci constitue une augmentation de ces engagements.

2. Une protection précaire en cas de modification ou d'amortissement du capital

354. En cas de modification des droits particuliers attachés aux actions de préférence, de fusion ou de scission de l'émettrice le législateur a mis en place une réelle procédure de protection des porteurs qui devront, par le biais d'une décision majoritaire, approuver les opérations en cause. Dans l'hypothèse de la modification ou de l'amortissement du capital, le rôle de ces derniers réunis en assemblées spéciales est largement amoindri. L'article L. 228-16 du Code de commerce prévoit à ce titre une simple nécessité pour l'assemblée générale extraordinaire ou par les statuts de déterminer les incidences des opérations en cause sur les droits des porteurs d'actions de préférence. Ces derniers ne bénéficient donc d'aucune protection spécifique dans le cadre d'une modification ou d'un amortissement du capital. Ils pourront seulement tenter de s'opposer à la résolution adoptée par l'assemblée sur le terrain de l'abus de majorité, lequel semble avoir peu de chances d'aboutir. Pour cause, une décision contraire aux intérêts d'une seule catégorie d'actionnaires n'apparaît pas entrer dans la définition de l'abus¹⁴⁰⁹.

La protection est d'autant plus précaire que la formulation de l'article L. 228-16 n'oblige aucunement l'assemblée à préserver les droits des porteurs d'actions de préférence comme c'est

¹⁴⁰⁸ En ce sens v. A-S. MESTRE-CHAMI, « Les modalités de création des actions de préférence », *art.cit.*, p. 20 ; A. VIANDIER, *art.cit.*, §75.

¹⁴⁰⁹ En effet, l'abus de majorité se définit comme une décision prise par la majorité, contraire à l'intérêt social et prise au détriment des minoritaires (v. en ce sens par ex. Cass. Com., 2 juillet 1985, *Bull. Joly Sociétés*, 1985, p. 962). Or, les porteurs d'actions de préférence ne constituent qu'une catégorie d'actionnaires. Donc, sauf à ce que ces porteurs puissent réellement être définis comme minoritaires dans la société, une telle action semble avoir peu de chance d'aboutir. En ce sens v. D. MARTIN et C. FALLET, « La procédure de création des actions de préférence », *art.cit.*, p. 23, §64.

le cas en matière de fusion ou de scission. Le texte impose seulement à l'assemblée ou aux statuts d'indiquer les conséquences de l'opération sur leurs droits. Il s'agit d'une obligation purement formelle, n'assurant en rien les titulaires d'actions de préférence de voir leurs droits maintenus¹⁴¹⁰. Tout au plus, la nécessité de déterminer les incidences de l'opération sur les droits des porteurs invite-t-elle à une certaine prudence dans les opérations en cause, à savoir « *de régler à l'avance et aussi équitablement que possible les conséquences de ces décisions* »¹⁴¹¹ en cas de recours ultérieur par les porteurs qui se sentiraient lésés.

B. Le recours permanent de contrôle et d'information

355. Soucieux d'assurer une réelle effectivité aux droits particuliers attribués aux porteurs d'actions de préférence, le législateur, par le biais de l'article L. 228-19 du Code de commerce, a offert à l'assemblée spéciale les réunissant la possibilité de « *donner mission à l'un des commissaires aux comptes de la société d'établir un rapport spécial sur le respect par la société des droits particuliers attachés aux actions de préférence* ». Le rapport devra contenir l'avis du commissaire aux comptes sur le respect des droits particuliers et, cas échéant, la date à partir de laquelle ces droits auraient été méconnus¹⁴¹². Cette procédure d'audit permanent offerte aux détenteurs de titres spéciaux, laquelle sera mise en œuvre aux frais de la société¹⁴¹³, fait l'objet d'une critique importante.

Tout d'abord, le texte n'enferme cette prérogative dans aucun carcan temporel, ce qui permet à l'assemblée de solliciter une telle investigation à tout moment et sans limite de récurrence. Le seul frein potentiel à cet écueil réside dans la possibilité pour la société d'opposer un abus de droit, si d'aventure l'assemblée spéciale usait de son pouvoir dans un but étranger à l'intérêt social, comme cela a déjà été reconnu à l'égard des questions écrites des actionnaires¹⁴¹⁴.

¹⁴¹⁰ En ce sens v. notamment A-S. MESTRE-CHAMI, « Les modalités de création des actions de préférence », *art.cit.*, p. 20 ; J-M. MOULIN, « Les actions de préférence », *art.cit.*, *loc.cit.* ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §74.

¹⁴¹¹ A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §74.

¹⁴¹² Art. R 228-22 al. 1^{er} C. Com.

¹⁴¹³ Art. R 228-22 al. 2 C. Com.

¹⁴¹⁴ T. com. Paris, 2^{ème} ch., 11 mai 2004, SA Suez c/Delville, *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p. 1238, note P. LE CANNU.

Ensuite, l'article L. 228-19 ne subordonne pas le recours à cette procédure à la preuve d'une irrégularité ou même d'un simple soupçon d'irrégularité dans la mise en œuvre des droits particuliers par la société. L'absence de justification nécessaire au moment du lancement de la procédure d'investigation est également source de dérives potentielles¹⁴¹⁵.

Enfin, rien n'est prévu quant aux suites à donner au rapport qui sera dressé par le commissaire aux comptes, si ce n'est que celui-ci devra être tenu à la disposition des actionnaires quinze jours au moins avant sa date de présentation à l'assemblée spéciale¹⁴¹⁶. Si le rapport révèle que les droits des porteurs des actions de préférence n'ont pas été respectés, ceux-ci pourront évidemment exercer une action personnelle en responsabilité contre la société¹⁴¹⁷ afin de voir leur préjudice réparé¹⁴¹⁸. Se pose également la question de la possibilité pour les actionnaires d'obtenir, dans ce cas, la nullité des délibérations prises en contradiction de leurs droits particuliers. En effet, l'article L. 235-1 alinéa 2 du Code de commerce réserve la nullité aux actes et délibérations pris en violation d'une disposition impérative de la loi. Or, si l'aménagement des droits des porteurs d'actions de préférence ne relève pas directement de la loi mais des statuts, certains auteurs estiment que leur non-respect pourrait entraîner l'application de l'article L. 235-1 car ceux-ci « *par ordre de la loi* » doivent « être décrits dans les statuts »¹⁴¹⁹. Cette argumentation, aux termes de laquelle la sanction réservée au non-respect d'un droit particulier est incertaine, repose notamment sur la décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 mai 2010, venue préciser que « *la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats ; sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité* »¹⁴²⁰. Or, ici, le fait de décrire les droits particuliers attachés aux actions de préférence constitue une prescription impérative de l'article L. 228-11 du Code de commerce, ce qui pourrait potentiellement justifier l'application de la nullité prévue par l'article

¹⁴¹⁵ En ce sens v. notamment A-S. MESTRE-CHAMI, « Les modalités de création des actions de préférence », *art.cit.*, p. 20 ; J-M. MOULIN, « Les actions de préférence », *art.cit.*, *loc.cit.* ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §77.

¹⁴¹⁶ Art. R 228-22 al. 3 C. Com.

¹⁴¹⁷ En ce sens v. A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §77.

¹⁴¹⁸ *A priori*, le non-respect de leurs droits particuliers ne cause aucun préjudice à la société justifiant l'exercice d'une action sociale – mais tout dépendra ici des faits d'espèce.

¹⁴¹⁹ D. MARTIN et C. FALLET, « La procédure de création des actions de préférence », *art.cit.*, p. 25, §73.

¹⁴²⁰ Cass. Com., 18 mai 2010, n°09-14.855, v. note Fr. MARMOZ, « Le refus de sanctionner par la nullité la délibération d'un organe social adoptée en violation d'une disposition statutaire », *D.*, 2010, p. 2405.

L. 235-1. Les incertitudes quant à la sanction possible qui découlerait de la mise en évidence, par cette procédure d'information et de contrôle, d'une dérive dans le respect des prérogatives particulières doivent ici conduire à la plus grande prudence de la société dans la mise en œuvre des droits particuliers concédés aux porteurs d'actions de préférence.

§2. Une protection accordée aux titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital

Les porteurs actuels de titres de la société ne sont pas les seuls dont la protection a été envisagée par le législateur. L'article L. 228-98 du Code de commerce prévoit une limite procédurale supplémentaire à la création des actions de préférence lorsque des valeurs mobilières donnant accès au capital ont été émises par la société. Ces titres peuvent être émis par les sociétés par actions, en vertu de l'article L. 228-91. Les personnes au profit desquelles ces valeurs sont émises n'ayant pas encore la qualité d'actionnaire – qui ne leur sera en outre que potentiellement attribuée –, ne bénéficient pas du même droit de regard que les actionnaires existants au moment de l'émission des actions de préférence. En effet, s'ils se verront communiquer, par le biais des représentants de leur masse, les mêmes informations que tous les actionnaires en cas de création de titres spéciaux, à savoir les rapports des organes de gestion ainsi que ceux rédigés par les différents commissaires appelés à intervenir au cours de la procédure d'émission¹⁴²¹, ils n'auront pas la possibilité d'émettre le moindre vote en assemblée pour s'opposer à cette émission¹⁴²². Néanmoins, puisque celles-ci peuvent avoir des incidences sur la teneur des droits qui leurs seront peut être attribués à terme, des dispositions spécifiques leur assurent une double protection au-delà de leur simple information. À ce titre, ils auront la faculté de s'opposer à la création d'actions de préférence ayant pour effet de modifier la répartition des bénéfices puisque leur autorisation préalable est nécessaire (A). Et même si l'émission de telles actions est autorisée par les porteurs de valeurs donnant accès au capital (ci-après VMDAC), la société devra prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger leurs intérêts (B).

¹⁴²¹ Art. L.228-105 C. Com.

¹⁴²² Or, comme il l'a été décrit précédemment, tous les actionnaires pourront prendre part au vote en assemblée générale extraordinaire pour autoriser l'émission des actions de préférence ; les actionnaires voteront également sur l'admission des avantages particuliers – sauf ceux qui se le verront attribués ; et les actionnaires seront également amenés à exprimer leur assentiment quant à l'émission des actions de préférence dans les assemblées spéciales les réunissant par catégorie de titres détenus.

A. L'autorisation préalable de l'émission d'actions de préférence par les porteurs

Bien que la société ayant émis des valeurs mobilières donnant accès au capital reste en mesure d'émettre des actions de préférence, cette liberté est subordonnée, dans certains cas, à l'autorisation de cette émission par les potentiels actionnaires porteurs de VMDAC. Les modalités de cette autorisation sont prévues par le texte (1), mais elle n'est requise que si les actions de préférence dont l'émission est envisagée ont pour effet de modifier les règles de répartition des bénéfices ou l'amortissement du capital (2).

1. Les modalités de l'autorisation préalable des porteurs de VMDAC

356. L'article L. 228-98 alinéa 2 du Code de commerce soumet l'émission d'actions de préférence en cas d'émission antérieure de VMDAC à l'autorisation des porteurs de ces derniers titres. Cette autorisation peut être donnée par la masse des porteurs de VMDAC au moment de l'émission ou *ab initio* dans le contrat d'émission des VMDAC. Ces deux modes d'autorisation n'entraînent pas les mêmes conséquences quant au degré de précision requis à l'égard du projet, ce qui conduit à conseiller aux rédacteurs du contrat d'émission des VMDAC de prévoir initialement la possibilité pour la société d'émettre des actions de préférence sans avoir à obtenir de nouveau une autorisation spécifique. Deux arguments principaux militent pour cette prévision.

D'une part, si le contrat d'émission des VMDAC ne prévoit pas directement l'autorisation pour la société d'émettre ultérieurement des actions de préférence, il sera nécessaire de convoquer une assemblée spéciale réunissant les porteurs de VMDAC. Le fait de prévoir initialement cette possibilité a pour conséquence de permettre à la société de s'éviter les écueils d'une telle convocation. Outre les délais d'émission qui pourraient pâtir de la nécessité de procéder à la réunion d'une telle assemblée, l'article L. 228-103 alinéa 3, organisant les modalités de consultation de la masse de ces porteurs spéciaux, renvoie aux conditions de *quorum* et de majorité de l'article L. 225-96 du Code de commerce. Or, en vertu de ce texte, en plus de devoir réunir l'assentiment des deux tiers des voix des porteurs présents ou représentés¹⁴²³, l'assemblée ne peut valablement délibérer sur première convocation qu'en réunissant le quart des votes et sur seconde convocation le cinquième. Des difficultés peuvent

¹⁴²³ Sachant qu'aux termes de l'article L. 228-103 al.3 C. Com., chaque valeur mobilière donne droit à une voix.

donc se rencontrer, notamment lorsque la société émettrice est cotée, puisqu'il ne sera pas toujours évident de réunir ces conditions. Il est donc plus simple de prévoir le principe d'autorisation d'émission des actions de préférence directement dans le contrat d'émission des VMDAC afin de se prémunir de cette difficulté.

D'autre part, alors qu'il sera nécessaire de faire preuve d'une précision importante quant aux modalités d'émission des actions de préférence et aux droits particuliers qui y seront attachés si l'autorisation est soumise à la masse des porteurs de VMDAC, une simple clause prévoyant le principe de l'autorisation d'émission d'actions de préférence paraît suffisante¹⁴²⁴. Le texte n'impose pas que le contrat d'émission des VMDAC fasse état des modalités précises de la potentielle future émission d'actions de préférence. A défaut, cette modalité d'autorisation serait en réalité impossible à mettre en œuvre, puisque cela supposerait que la société définisse par avance l'ensemble des droits particuliers qu'elle entend attacher à ses futures actions de préférence, ce qui n'est absolument pas envisageable¹⁴²⁵.

En outre, les avantages que présentent cette autorisation *ab initio* n'ont pas pour effet d'évincer toute protection au profit des porteurs de VMDAC au moment de l'émission des actions de préférence. En tout état de cause, la société devra tout de même mettre en œuvre la seconde condition subordonnant l'émission de ces titres, à savoir la mise en œuvre de mesures ayant pour objet de protéger les intérêts des titulaires de VMDAC. Ainsi, la prévision dans le contrat initial n'a pas pour effet de réduire la protection de ces porteurs, mais simplement d'alléger la procédure d'émission.

Cependant, même si cette première étape de la procédure semble assurer une protection importante aux porteurs de VMDAC, dont le consentement doit être recueilli soit initialement soit au moment de l'émission des actions de préférence, la procédure d'autorisation visant à protéger les porteurs de VMDAC n'a en fait vocation à conditionner l'émission d'actions de préférence que si les droits particuliers envisagés pour celles-ci n'ont pas trait à la répartition des bénéfices ou à l'amortissement du capital.

¹⁴²⁴ Contra v. ANSA, CJ, 7 janvier 2009, n°09-004 considérant que l'autorisation préalable dans le contrat d'émission des VMDAC suppose une description précise de la création des futures actions de préférence.

¹⁴²⁵ En ce sens v. D. DESCAMPS et S. SYLVESTRE, « La procédure de création des actions de préférence », *art.cit.*, *loc.cit.*

2. Une autorisation limitée aux modifications relatives à la répartition des bénéfices et à l'amortissement du capital

Aux termes de l'article L. 228-98 alinéa 2, ce n'est que si la création des actions de préférence entraîne une modification des règles de répartition des bénéfices ou de l'amortissement du capital que l'autorisation préalable des porteurs de VMDAC est requise. Plusieurs remarques doivent alors être formulées.

Tout d'abord, un certain flou règne quant à la situation visée par les actions de préférence qui auraient pour conséquence un « *amortissement du capital* ». Sur cette question, aucune réponse claire ne semble pouvoir être formulée¹⁴²⁶.

Ensuite, la lecture *a contrario* de cette disposition conduit à exclure du champ d'application de la procédure d'autorisation préalable l'émission d'actions de préférence dont les droits particuliers n'auraient pas d'incidence sur la répartition des bénéfices, comme un droit d'information renforcé ou des droits aménageant les conditions de cessibilité des titres¹⁴²⁷.

Enfin, il semble qu'il faille entendre largement l'expression « répartition des bénéfices » utilisée par l'article L. 228-98 et non restreindre cette notion à la définition des bénéfices présentée par l'article L. 232-11 du Code de commerce relatif au bénéfice distribuable. Cette formulation paraît devoir être interprétée comme visant tous les aménagements ayant des incidences sur les sommes que la société serait amenée à distribuer à ces actionnaires et non uniquement les dividendes. Ainsi, devraient être soumises à l'autorisation préalable des porteurs de VMDAC toutes les émissions d'actions de préférence conférant un droit particulier aux actionnaires sur le dividende, mais également sur les réserves ou le boni de liquidation¹⁴²⁸.

Outre l'autorisation préalable nécessaire dès lors que les actions de préférence auront pour effet de modifier la répartition des bénéfices, une seconde condition doit être remplie : l'émission ne pourra en effet avoir lieu que sous réserve de respecter des mécanismes spécifiques pour sauvegarder les droits des porteurs de VMDAC.

¹⁴²⁶ En ce sens v. H. LE NABASQUE, « La réforme des actions de préférence », *JCP E*, 2008, n°48, p. 2445, §11.

¹⁴²⁷ En ce sens v. H. LE NABASQUE, *art.cit.*, §14.

¹⁴²⁸ En ce sens v. H. LE NABASQUE, *art.cit.*, §15.

B. La protection des droits des porteurs

La nécessité de recueillir l'autorisation des porteurs de VMDAC en cas d'émission d'actions de préférence ayant pour effet de modifier la répartition des bénéfices se double d'une seconde mesure de protection. Ce n'est que « *sous réserve de prendre les dispositions nécessaires au maintien des droits des titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital* »¹⁴²⁹ que l'émission des actions de préférence pourra avoir lieu. Ces mesures mises en place par le législateur sont décrites à l'article L. 228-99 du Code de commerce. Elles sont au nombre de trois (1) et contrairement à l'autorisation préalable, qui sera requise dans tous les cas où les droits particuliers auront des conséquences sur la répartition des bénéfices (seule limite à l'application de cette première étape), ces modalités de protection des droits des porteurs ne semblent devoir être mises en œuvre par la société qu'en cas d'émission avec maintien du droit préférentiel de souscription (2).

1. Diverses mesures de protection

La société appelée à attribuer des VMDAC doit, en cas de modification de la répartition des bénéfices par la création d'actions de préférence, mettre en œuvre les mesures nécessaires à la protection de ces porteurs de VMDAC. L'article L. 228-99 du Code de commerce prévoit pour ce faire trois modalités alternatives.

Il est d'abord possible pour la société de permettre aux porteurs d'exercer immédiatement leurs droits, même si la période prévue au contrat d'émission n'est pas encore arrivée¹⁴³⁰. Afin que cette déchéance du terme puisse profiter efficacement aux porteurs de VMDAC, la société doit ouvrir une période exceptionnelle de souscription. En outre, si les droits des porteurs de VMDAC peuvent être exercés à tout moment, la société doit prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre à ces porteurs de souscrire aux titres nouveaux¹⁴³¹. En d'autres termes, la société qui entend mettre en œuvre cette mesure de protection doit tout mettre en œuvre pour que les porteurs de VMDAC puissent réellement participer à l'opération et exercer leurs droits.

¹⁴²⁹ Art. L.228-98 al. 2 et 3 C. Com.

¹⁴³⁰ Art. L.228-99 1° C. Com.

¹⁴³¹ Art. R 228-87 C. Com.

La société peut également choisir de préserver les droits des titulaires des VMDAC en leur réservant la possibilité de souscrire ultérieurement aux mêmes conditions que s'ils étaient devenus actionnaires au moment de l'opération principale justifiant la mise en œuvre de l'article L. 228-99 du Code de commerce. Autrement dit, la société doit mettre en œuvre des mécanismes afin que les conditions ultérieures de souscription puissent être les mêmes qu'au moment de l'émission des actions de préférence. Ce mécanisme de protection peut être mis en place simultanément au précédent afin que les porteurs de VMDAC puissent décider de souscrire immédiatement ou ultérieurement¹⁴³². Pour la mise en œuvre de ce mécanisme de protection, la société doit mettre en « réserve » des actions de préférence du même type afin que les porteurs de VMDAC soient assurés de pouvoir y souscrire ultérieurement.

Enfin, la société peut décider de revoir les conditions initiales de souscription, de conversion, de remboursement ou d'échange des VMDAC afin de prendre en compte les incidences des modifications opérées par l'émission des actions de préférence. Il s'agit alors de compenser l'effet de la modification opérée par l'émission des actions de préférence sur les droits des VMDAC. Les règles de cette compensation en cas de modification de la répartition des bénéfices sont prévues par l'article R 228-91 4° du Code de commerce lorsque les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. Le calcul consiste à établir la différence entre le droit aux bénéfices attaché aux actions avant la modification et celui attaché à ces mêmes actions après l'opération envisagée, en fixant ces valeurs par référence à la « *moyenne pondérée des cours des trois dernières séances de bourse au moins qui précèdent le jour de la modification* ». Les modalités de détermination de la valeur de l'action à prendre en compte pour ce calcul doivent être précisées par le contrat d'émission lorsque la société n'est pas cotée.

2. Des mesures applicables seulement en cas de maintien du droit préférentiel de souscription

357. Les mesures de protection prévues par l'article L. 228-99 du Code de commerce sont, aux termes du texte, appelées à être mises en œuvre lorsque la société « *décide de procéder à l'émission, sous quelque forme que ce soit, de nouveaux titres de capital avec droit préférentiel de souscription réservé à ses actionnaires* ». En dépit de cette formulation, l'ANSA a suggéré

¹⁴³² Art. L.228-99 al. 3 C. Com.

d'appliquer la protection prévue quelles que soient les modalités retenues pour l'émission des actions de préférence, et donc qu'il y ait maintien ou non du droit préférentiel de souscription¹⁴³³. Cependant, cette lecture *contra legem* est discutable car il n'est pas cohérent d'appliquer ces mécanismes de protection des porteurs de VMDAC en cas de suppression du droit préférentiel de souscription. Cela reviendrait à réserver une situation plus avantageuse aux porteurs de VMDAC, qui n'ont pas la qualité d'actionnaire, qu'aux actionnaires présents dans la société et dont le droit préférentiel de souscription aurait été supprimé. Il faut donc considérer que si la procédure d'autorisation doit être respectée que l'émission se fasse avec maintien du droit préférentiel de souscription ou non, les réserves prévues par l'article L. 228-99 ne devront être mises en œuvre par la société émettrice que si le droit préférentiel de souscription est maintenu au profit de ses actionnaires¹⁴³⁴. Autrement dit, si le contrat d'émission a autorisé préalablement l'émission d'actions de préférence modifiant la répartition des bénéfices et que le droit préférentiel de souscription des actionnaires est supprimé, les porteurs de VMDAC supporteront les mêmes conséquences de l'augmentation de capital que les actionnaires de la société. En revanche, si aucune autorisation préalable n'a été insérée dans le contrat d'émission des VMDAC et que l'émission est projetée sans maintien du droit préférentiel de souscription, la masse des porteurs de VMDAC pourra s'opposer à la réalisation de l'opération puisque la première étape de la procédure prévue par l'article L. 228-98 du Code de commerce est applicable quelles que soient les modalités de l'émission.

Pour conclure, ces procédures ayant pour objet de protéger les droits des potentiels futurs actionnaires constituent une limite efficace à la liberté de mettre en place la préférence puisque leur non-respect est sanctionné par la nullité des délibérations ou stipulations qui y contreviendraient¹⁴³⁵.

¹⁴³³ V. ANSA, CJ, Avis, « Émission d'actions de préférence : protection des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital », 2003, juillet-août, n°05-003.

¹⁴³⁴ En ce sens v. H. LE NABASQUE, « La réforme des actions de préférence », *art.cit.*, §21-22.

¹⁴³⁵ Art. L.228-104 C. Com.

Conclusion du Chapitre Deuxième

Des opérations d'apports aux opérations sur le capital social, la vie de la société se trouve jalonnée par la nécessité de mettre en œuvre des procédures spécifiques lorsqu'une préférence dans les relations entre associés est envisagée. Ce cadre procédural constitue bien une limite à la liberté de préférer qui devra être prise en compte par les associés dans l'aménagement de leurs rapports. Que ces limites aient plutôt une vocation égalitaire ou de transparence dans le recueil du consentement des associés, elles n'en empêchent pas pour autant la mise en place de la préférence. Elles devront simplement faire l'objet d'une attention particulière, compte tenu des sanctions qui sont attachées à leur non-respect. Finalement, à l'égard du cadre substantiel, la limite à la liberté se manifeste surtout par une potentielle lourdeur temporelle.

Conclusion du Titre Premier

Si la préférence ne peut être définie que négativement comme ce qu'elle ne peut pas être, faute de prendre le risque de brider inutilement la liberté offerte aux rédacteurs des statuts, il ressort des limites de la préférence une certaine complexité. Le cadre de la préférence se trouve composé d'une myriade de dispositions, qu'elles soient de nature substantielle ou procédurale, dont les contours ne sont pas toujours aisés à cerner et pour lesquels la prudence conduit à suggérer une limitation aux audaces rédactionnelles à défaut de réponse législative ou jurisprudentielle claire sur les points d'ombre relevés. S'il n'est toujours pas possible de dresser une liste exhaustive des différents aménagements envisageables quant aux prérogatives des associés, on peut affirmer qu'à défaut d'outrepasser ces règles impératives, les aménagements seront licites. Les espaces de libertés pouvant être exploités par des rédacteurs habiles et imaginatifs sont, de fait, assez vastes. Les développements à venir sur la pratique de la préférence ne doivent, par conséquent, être regardés que comme des exemples, des suggestions et non comme une énumération des libertés possibles. Le cadre substantiel et procédural précédemment développé constitue l'outil de mise en place des aménagements, et la mise en œuvre pratique de ces limites constitue le moyen de la préférence.

TITRE DEUXIÈME

LA MISE EN ŒUVRE DE LA PRÉFÉRENCE

En confrontant le cadre substantiel et procédural de la préférence aux besoins de la pratique, il est possible de faire ressortir un panorama non exhaustif du champ de liberté offert aux associés pour aménager leurs relations. Il faut garder à l'esprit que tout ce qui n'est pas interdit est permis, et si la prudence conduit à conseiller de ne pas prévoir des aménagements pour lesquels la licéité est l'objet d'incertitudes, en dehors de ces cas, les rédacteurs doivent faire preuve d'imagination afin d'adapter au mieux les structures sociales aux besoins des associés qui ne sont pas tenus de se contenter de statuts de type « prêt-à-porter » dans un domaine où la liberté contractuelle reste importante. La préférence est l'outil du sur-mesure et les statuts sont son support idéal au sein duquel les rédacteurs peuvent mettre en œuvre tous les instruments qui sont à leur disposition. Afin que cette étude soit, si elle ne peut être exhaustive, la plus complète possible il sera proposé pour chaque aménagement envisagé des formules statutaires à l'égard de toutes les formes sociales pour lesquelles la préférence peut être mise en place.

Le souci de différenciation du régime applicable aux associés d'une société suppose que les différentes prérogatives attachées à cette qualité puissent faire l'objet d'aménagements. La préférence conférée aux titres ou à leurs détenteurs peut être de nature pécuniaire ou extra-pécuniaire et consister soit en leur amoindrissement, pouvant aller jusqu'à leur suppression, soit en leur renforcement. Compte tenu de l'impossibilité et de l'inadéquation de se livrer à un exercice consistant à dresser un inventaire exhaustif du champ des possibilités à l'égard de chaque forme sociale, la clarté des développements à venir suppose d'opter pour une méthodologie de classement des aménagements envisageables. Deux options se révèlent alors envisageables : soit procéder à un inventaire en opposant les préférences positives aux préférences négatives ; soit dresser un panorama des préférences de nature financière d'une part et non-financière d'autre part. Il semble que cette seconde méthode doit être privilégiée en raison de sa meilleure adaptation aux questions qui se posent en réalité dans la pratique. En effet, lors de la rédaction des statuts, ce n'est pas tant la possibilité d'amoindrir ou de renforcer de manière abstraite les prérogatives des associés qui est en jeu, mais plutôt la nature des

prérogatives qu'il convient d'aménager. Ainsi, l'étude de la pratique de la préférence doit être abordée d'une part à l'égard des possibilités de mise en œuvre de la préférence par rapport aux prérogatives pécuniaires (**Chapitre Premier**) et d'autre part des prérogatives extra-pécuniaires (**Chapitre Deuxième**). À titre liminaire, il convient de remarquer que si les aménagements qui seront présentés ont normalement vocation à régir les relations entre associés de la société émettrice et au sein de laquelle ils se voient attribuer cette qualité, dans certaines hypothèses, un choix quant au lieu d'exercice de la préférence peut être opéré (*propos liminaires*).

Chapitre Premier : La préférence pécuniaire

Chapitre Deuxième : La préférence extra-pécuniaire

358. *Propos liminaires : le choix du lieu d'exercice de la préférence.* Les prérogatives dont l'aménagement peut être envisagé ont, en principe, vocation à s'exercer dans la société émettrice ou dans laquelle la personne auquel il est attribué a la qualité d'associé. À titre liminaire, il est nécessaire d'évoquer, bien que de manière très succincte¹⁴³⁶, le fait que certains aménagements peuvent avoir pour objet l'exercice de prérogatives dans une société autre que l'émettrice au sein des groupes de sociétés. L'instrument permettant d'y parvenir est l'action de préférence. En effet, l'article L. 228-13 du Code de commerce prévoit que les droits particuliers attachés aux actions de préférence pourront être exercés « *dans la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital de l'émettrice ou dans la société dont l'émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital* ». Autrement dit, en application de la définition du groupe de sociétés et des entités le composant retenue par l'article L. 233-1 du Code de commerce, les droits particuliers attachés aux titres de l'émettrice pourront également s'exercer dans les filiales ou la société mère de celle-ci. Il convient alors d'évoquer rapidement les conditions d'opposabilité et d'effectivité de ces prérogatives dans les autres sociétés du groupe avant de s'interroger sur l'intérêt de telles prévisions dans le cadre des sociétés par actions simplifiées.

¹⁴³⁶ Pour un examen approfondi de la question des actions de préférence dans les groupes de sociétés v. notamment T. ALLAIN, *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, Thèse, Rennes, 2012 ; T. ALLAIN, « Regards optimistes sur la validité des actions de préférence "dissociées" », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 27 ; H. LE NABASQUE, « Les actions de préférence "de groupe" », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1296.

- ***Conditions d'existence et d'effectivité des prérogatives au sein du groupe***

Afin que les droits particuliers attachés aux actions de préférence puissent s'exercer dans une société du groupe dont fait partie l'émettrice, le législateur a mis en place des conditions de fond et de forme.

Sur le fond, comme il l'a été évoqué précédemment, de tels aménagements sont subordonnés à l'existence d'un lien majoritaire en capital entre l'émettrice et la société dans laquelle l'exercice des droits est envisagé, que la société tierce soit la société mère ou filiale de l'émettrice. L'article L. 228-13 fait référence à une détention directe ou indirecte. Pour l'application de la disposition en cas de détention indirecte, à défaut de précision des textes il faut considérer qu'une chaîne de détentions majoritaires est nécessaire¹⁴³⁷. Le texte ne précise pas non plus les conséquences attachées à la disparition du lien majoritaire suite à l'émission des actions de préférence. La formulation du texte ne permet pas de considérer que les droits pourront continuer à s'exercer dans une telle situation puisqu'il n'est pas fait référence à une détention de capital seulement au moment de l'émission mais uniquement à un contrôle de la société émettrice ou sur la société émettrice¹⁴³⁸. Par conséquent, pour se prémunir contre la caducité des titres, il semble nécessaire de prévoir les incidences du changement de contrôle dans le contrat d'émission des actions de préférence. A défaut, le devenir de celles-ci devra être traité lors de l'opération ayant pour effet de modifier les détentions capitalistiques entre l'émettrice et la société d'exercice¹⁴³⁹.

Quant aux conditions de forme, il faut distinguer celles qui doivent être respectées dans la société émettrice et qui subordonnent l'existence des titres de celles qui doivent être suivies dans la société cible des droits et qui conditionnent uniquement leur effectivité. Du côté de l'émettrice, il n'est pas nécessaire de formuler des remarques spécifiques puisque la procédure à suivre est celle de l'émission des actions de préférence¹⁴⁴⁰. En revanche, du côté de la société dans laquelle les droits particuliers sont appelés à être exercés il existe un formalisme spécifique qui, s'il n'est pas mis en œuvre ou n'aboutit pas, n'aura pas pour effet d'anéantir l'existence

¹⁴³⁷ En ce sens v. notamment B. BRIGNON et Th. GRANIER, *Actions de préférence*, *op.cit.*, §35.

¹⁴³⁸ V. sur ce point par ex. J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », *art.cit.*, p. 17 ; J-M. MOULIN, « Les actions de préférence », *art.cit.*, *loc.cit.*

¹⁴³⁹ En ce sens v. A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDEUIL, « Actions de préférence – questions de praticiens », *JCP E*, 2005, n°29, p. 1086, question n°19 ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §34.

¹⁴⁴⁰ V. *supra*, n°341.

des actions de préférence mais seulement de rendre virtuelles les prérogatives qui y sont attachées puisqu'elles ne pourront pas s'exercer de manière effective¹⁴⁴¹. En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 228-13 dispose que les assemblées générales extraordinaires des sociétés émettrices et dans laquelle les droits sont exercés doivent autoriser l'émission des actions. Si l'assemblée de l'émettrice autorise une telle émission, les actions de préférence seront émises même si la société tierce ne procède pas à cette autorisation. Aucune disposition ne prévoyant la nullité de l'émission à défaut d'autorisation de la société d'exercice, la seule conséquence sera l'ineffectivité des prérogatives attachées aux actions¹⁴⁴².

Cependant, l'effectivité des prérogatives n'est pas seulement subordonnée à l'autorisation de l'assemblée générale extraordinaire de la société d'exercice. La seconde condition d'effectivité de ces droits particuliers n'est pas directement prévue par les textes, mais ressort de la confrontation du mécanisme proposé par l'article L. 228-13 du Code de commerce aux principes généraux du droit des sociétés aux termes de laquelle de nombreuses difficultés peuvent être soulevées quant à l'efficacité du recours aux actions de préférence pour exercer des droits dans une société dans laquelle le détenteur des titres n'a pas la qualité d'associé.

359. Du point de vue des prérogatives politiques attachées aux actions de préférence, c'est la question de l'exercice du droit de vote dans une société tierce qui pose des difficultés. En effet, le droit des sociétés, et notamment les dispositions spéciales applicables aux sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions, réserve l'exercice de cette prérogative aux personnes ayant la qualité d'associé puisque ce droit est attribué en raison de la détention de capital¹⁴⁴³. Selon certains auteurs, le cadre substantiel du droit de vote¹⁴⁴⁴ ne permettrait donc pas son octroi à une personne tierce de la société¹⁴⁴⁵, ce qui réduit concomitamment et de manière importante les possibilités offertes par l'article L. 228-13. On peut néanmoins se demander si une approche différente n'est pas envisageable à l'aune d'une lecture des dispositions au sens de la liberté contractuelle. En effet, l'article L. 228-13 fait référence aux « *droits particuliers mentionnés à*

¹⁴⁴¹ En ce sens v. J-M. MOULIN, *art.cit., loc.cit.*

¹⁴⁴² En ce sens v. également A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §36.

¹⁴⁴³ V. art. L 225-122 à L 225-125 C. Com.

¹⁴⁴⁴ L'intervention d'un tiers dans les décisions sociales n'est cependant pas exclue en cas de nomination d'un administrateur *ad hoc* qui viendra voter en lieu et place des organes qu'il sera appelé à remplacer, mais dans ce cas il faut considérer que le droit de vote est « transféré » d'une personne ayant la qualité d'associé à une personne désignée spécialement à cet effet, ce qui ne constitue pas en la « création » d'un droit de vote au profit d'une personne non-associée.

¹⁴⁴⁵ En ce sens v. B. BRIGNON et Th. GRANIER, *Actions de préférence, op.cit.*, §37 ; A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDEUIL, « Actions de préférence – questions de praticiens », *art.cit.*, question n°18 ; J-M. MOULIN, « Les actions de préférence », *art.cit., loc.cit.* ; A. VIANDIER, *art.cit.*, §45.

l'article L. 228-11 » sans précision spécifique sur le droit de vote. Étant un droit particulier au même titre que les autres prérogatives qui peuvent être aménagées dans le cadre des actions de préférence¹⁴⁴⁶, le texte n'empêche pas expressément à ce qu'il soit exercé dans une société tierce. Ainsi, l'article L. 228-13 constituerait simplement une exception à l'octroi du droit de vote en raison de la détention de capital dans les sociétés régies par l'article L. 225-122 du Code de commerce. Quelle que soit la réponse, en tout état de cause, il sera toujours possible de recourir à l'aménagement d'autres prérogatives politiques au profit de non-associés, telle la possibilité d'exercer un droit spécifique d'information, de contrôle¹⁴⁴⁷ etc.

360. Concernant les prérogatives pécuniaires, le droit particulier dont l'exercice dans une société autre que l'émettrice pose des difficultés est le droit au dividende et au boni de liquidation. En effet, ces droits sont attachés, comme le droit de vote, à la qualité d'associé, et ce en vertu des articles 1844-1 et 1844-9 du Code civil. Ainsi, dans ce cadre, les droits particuliers attachés aux actions de préférence ne pourront jamais prendre la forme d'un droit au dividende ou au boni de liquidation dans la société mère ou filiale. Il restera possible de prévoir un mécanisme d'actions traçantes, un droit à des distributions spécifiques au profit des porteurs d'actions de préférence mais en aucun cas ces distributions ne pourront revêtir la nature de dividende¹⁴⁴⁸.

Cette problématique ne semble cependant pas trouver écho dans les sociétés par actions simplifiées, tout du moins à l'égard de l'exercice de certaines prérogatives dans une société tierce. Néanmoins, les problématiques évincées par la liberté dont jouit cette forme sociale portent dans un second temps à s'interroger sur l'intérêt de recourir aux actions de préférence de groupe pour la société par actions simplifiée.

- ***Scepticisme sur l'intérêt de ces actions dans la SAS***

L'impossibilité d'exercer certains types de prérogatives dans la société qui n'est pas l'émettrice des actions de préférence tient à l'existence de dispositions impératives venant faire échec à la mise en œuvre de ces droits particuliers dès lors que leur destinataire ne revêt pas la qualité d'associé dans la structure d'exercice. Or, si pour ce qui est des droits financiers les règles sont les mêmes pour toutes les sociétés par actions, puisque l'impossibilité de servir un

¹⁴⁴⁶ V. *supra*, n° 166.

¹⁴⁴⁷ V. Chapitre deuxième de ce Titre.

¹⁴⁴⁸ En ce sens v. B. BRIGNON et Th. GRANIER, *Actions de préférence*, *op.cit.*, §36 ; A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDEUIL, « Actions de préférence – questions de praticiens », question n°18 ; J-M. MOULIN, « Les actions de préférence », *art.cit.*, *loc.cit.* ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §43.

dividende à une personne non-actionnaire découle à titre général de l'article 1844 du Code civil applicable à toutes les formes sociales, en revanche en ce qui concerne les droits politiques et plus particulièrement le droit de vote, le doute précédemment évoqué ne vaut pas lorsque la société d'exercice est une société par actions simplifiée. En effet, l'article L. 227-9 du Code de commerce laisse les associés de cette forme sociale libres de déterminer les formes et conditions dans lesquelles doivent être prises les décisions collectives. Partant, rien ne s'oppose à ce que la société d'exercice qui serait une société par actions simplifiée accepte qu'un tiers puisse voter au sein de ses assemblées.

D'ailleurs, l'existence de cette liberté statutaire dans la définition de son fonctionnement porte à s'interroger sur l'opportunité pour les sociétés par actions simplifiées de recourir aux actions de préférence pour exercer des droits au sein d'un groupe de sociétés. En effet, puisque ces sociétés organisent librement les droits extra-pécuniaires de ses membres sans besoin de recourir aux actions de préférence et que les prérogatives politiques peuvent être confiées à des tiers, passer par la création d'actions de préférence pour attribuer ces droits politiques à des personnes qui n'auraient pas la qualité d'associé dans la société d'exercice n'est pas nécessaire et, somme toute, ne semble pas des plus judicieux puisque cela suppose de respecter les procédures spécifiques étudiées dans le chapitre précédent.

CHAPITRE PREMIER

LA PRÉFÉRENCE PÉCUNIAIRE

La préférence pécuniaire peut être définie comme les droits particuliers attribués aux associés ou attachés aux titres qu'ils détiennent et qui consistent en un aménagement des prérogatives financières par comparaison à celles qui sont ordinairement dévolues aux associés en application de la loi. Les prérogatives d'ordre financier des associés sont de différentes sortes : il peut s'agir du versement de certaines sommes sous forme de dividendes, de la répartition du boni de liquidation ou encore de la distribution de toute autre somme ne s'apparentant pas à des dividendes. Il peut également s'agir de droits financiers relatifs aux titres, tels le droit à un remboursement prioritaire de ceux-ci ou encore un droit préférentiel de souscription aménagé.

Les aménagements envisageables à l'égard de ces prérogatives sont divers. Il peut s'agir de moduler leur teneur en procédant à une majoration, une minoration, une suppression ou une exonération, qu'elle soit partielle ou totale, ou encore en indexant le rendement à une branche d'activité ; mais également de procéder à un aménagement temporel de celles-ci, avec l'insertion de clauses à éclipses, de stages, de suspension, ou de priorité. Même si l'inventivité des rédacteurs des statuts est modérée par les règles substantielles et procédurales développées précédemment, en dehors de celles-ci la liberté est totale, ce qui ne permet pas d'imaginer toutes les modulations de la préférence que peut mettre en œuvre la pratique. Les possibilités en matière d'aménagements pécuniaires sont multiples tant en raison de la liberté déléguée par les textes que par les supports offerts pour y parvenir. Les prérogatives financières sont celles à l'égard desquelles le carcan impératif est le plus souple.

Il s'agira dans un premier temps d'étudier les potentialités dans la modulation du droit sur les dividendes (**Section I**) pour ensuite s'intéresser aux aménagements envisageables pour les autres droits financiers des associés (**Section II**).

Section I : La préférence et le droit sur les dividendes

Section II : La préférence et les autres droits financiers

SECTION I : LA PRÉFÉRENCE ET LE DROIT SUR LES DIVIDENDES

361. Une fois les pertes et les potentielles sommes à porter en réserve soustraites au bénéfice de l'exercice, lequel est éventuellement augmenté d'un report bénéficiaire, les associés peuvent décider de répartir entre eux le reliquat que constitue le bénéfice distribuable. La répartition de cette somme est réalisée proportionnellement à la détention de capital des associés, sauf clause contraire des statuts, en vertu de l'article 1844-1 du Code civil. Il convient alors de constater que les statuts peuvent d'une part aménager l'assiette, la teneur des dividendes auxquels pourront prétendre les associés (§1) mais également les conditions dans lesquelles les associés seront amenés à percevoir ces sommes (§2). Dans presque tous les cas, l'aménagement pourra être réalisé au profit de tout ou partie des associés¹⁴⁴⁹.

En tout état de cause, les associés ne sont pas tenus de limiter leurs prévisions statutaires à une seule clef de répartition et conservent toute latitude pour concevoir une clause relative aux dividendes aux termes de laquelle ceux-ci seront versés en fonction d'une clef multifactorielle¹⁴⁵⁰, dans la limite toutefois de la prohibition des clauses léonines et des clauses d'intérêt fixe. Ils pourront par exemple choisir une double clef de répartition en vertu de laquelle une quote-part des dividendes sera proportionnelle à la détention de capital alors que l'autre serait indexée sur le chiffre d'affaire réalisé par l'associé¹⁴⁵¹ / une quote-part proportionnelle et une quote-part minorée / une quote-part indexée sur une branche d'activité et l'autre subordonnée à la réalisation d'une condition etc. La liberté prime, ce qui permet aux associés de multiplier à souhait le nombre de données à prendre en compte, dès lors que les critères de répartition définis par les statuts n'aboutissent pas à un résultat léonin. Les développements à venir doivent donc être entendus comme des options pouvant faire l'objet d'un cumul et/ou d'une combinaison dans la rédaction de la clause statutaire.

¹⁴⁴⁹ La seule exception réside dans la mise en œuvre de l'article L. 232-14 C. Com. dans les sociétés par actions puisque dans ce cas la majoration du dividende devra profiter à tous les associés dès lors qu'ils détiendront nominativement leurs titres depuis au moins deux ans.

¹⁴⁵⁰ En ce sens v. par ex. CE, 3 / 8 SSR, 26 février 2001, n°219834 : « la S.A. Coti (...), a procédé en 1987, 1988 et 1989, à la suite d'une modification de ses statuts décidée le 30 septembre 1986 en assemblée générale extraordinaire, à des distributions de bénéfices selon une double clé de répartition fondée, d'une part, sur le nombre des actions détenues par les associés et, d'autre part, sur le chiffre d'affaires apporté par chacun d'eux ».

¹⁴⁵¹ Ex. proposé par Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, éd. 2018, §7040.

§1. Aménagement de l'assiette du dividende

Proportionnelle à la détention de capital de manière supplétive, l'assiette du dividende appelé à être versé aux associés sur décision de l'assemblée peut faire l'objet d'une modulation tant concernant le taux (A) que le montant auquel ces derniers pourraient prétendre (B). Ces aménagements sont envisageables dans toutes les formes sociales. Toutefois, les modalités de mise en place de ces mécanismes font l'objet d'un encadrement substantiel spécifique en ce qui concerne les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions.

A. L'aménagement du taux des dividendes

Confrontés à la nécessité ou à l'envie de s'affranchir d'une répartition des dividendes proportionnelle à leur détention de capital, au moins deux options quant à la variation de ce taux s'offrent aux associés¹⁴⁵². Celle qui vient naturellement à l'esprit est la plus basique à mettre en œuvre : il s'agit tout simplement de faire varier le pourcentage des bénéfices distribuables par rapport au capital détenu par les associés (1). Mais la modulation du taux de ce droit peut aussi passer par l'indexation de celui-ci à certains critères afin qu'il ne soit pas constant mais déterminable (2). Quel que soit l'aménagement du taux envisagé, celui-ci devra néanmoins bien prendre en compte les limites qui lui sont propres et dont la mise en pratique appelle quelques remarques (3).

1. Majoration et minoration du taux des dividendes

362. La majoration du dividende peut se justifier en terme de satisfaction de l'intérêt social, et donc indirectement des intérêts individuels des associés. Le fait de procurer un avantage à un associé ou à un titre en s'affranchissant de la proportionnalité capitalistique supplétive peut en effet permettre de faciliter l'entrée de nouveaux capitaux, que la société soit *in bonis* ou non, la préférence étant alors incitative pour les investisseurs. Un tel aménagement peut aussi se révéler efficace dans une démarche de sécurisation de la composition du capital social ou encore de fidélisation de l'actionnariat. La démarche se trouve également justifiée lorsqu'il s'agit de mettre en place une contrepartie au profit de ceux qui auraient rendu un service spécifique à la

¹⁴⁵² L'ingéniosité des rédacteurs de statuts ne sauraient en effet être bridée par les premiers exemples venus à l'esprit.

structure sociale, la majoration du dividende ayant alors la nature d'une récompense. Si la préférence n'est pas subordonnée à l'existence d'une justification démontrée, en réalité il faut admettre que les associés ne feront que rarement œuvre de charité lorsqu'ils accorderont la préférence à un ou plusieurs d'entre eux ou aux titres émis par la société dont ils sont membres¹⁴⁵³.

La minoration du dividende est, en pratique, justifiée par les mêmes raisons que sa majoration : elle peut en effet résulter de la nécessité ou du désir de faire entrer au capital de nouveaux investisseurs à qui il serait attribué un dividende majoré et donc, impliquant corrélativement la diminution de cette prérogative pour tout ou partie des associés préexistants. Cette minoration peut également être dictée par le désir d'accorder des prérogatives spécifiques à certains associés en contrepartie d'une diminution de leurs droits sur le bénéfice distribuable. En tout état de cause, cette minoration n'a d'ailleurs pas besoin d'être justifiée par l'existence d'une quelconque contrepartie. Elle doit simplement être acceptée par les associés et peut donc résulter d'une simple négociation entre les différentes parties au contrat de société.

La nécessité pratique ou la simple volonté de mettre en place une préférence dont l'objet serait d'accroître ou de réduire la teneur du droit à dividende d'un ou de plusieurs associés, que ce soit en raison de leur personne ou des titres qu'ils détiennent, peut être mise en œuvre statutairement par les associés de diverses manières. Cette préférence peut se manifester par une simple modulation statutaire des droits ou encore, dans les sociétés par actions, par la création d'actions de préférence.

363. Quelles que soient les modalités retenues pour procéder à une majoration ou une minoration du dividende au profit de certains titres ou associés, cela conduit en premier à lieu à remarquer que les modalités de distribution du dividende aux titres ou associés ordinaires seront nécessairement elles aussi modifiées, ce qui justifie d'ailleurs l'existence des procédures encadrant la mise en place des avantages particuliers et des actions de préférence. En effet, le dividende « ordinaire » est proportionnel à la détention de capital en raison des prévisions supplétives de l'article 1844-1 du Code civil. Partant, le simple fait de majorer le dividende pour un associé ou un titre détenu conduit logiquement à réduire le droit au dividende des autres, et donc à s'affranchir pour tous de la répartition proportionnelle, sauf à prévoir au moins deux assiettes dans la répartition du bénéfice distribuable. On peut imaginer qu'une part du bénéfice

¹⁴⁵³ V. *supra*, n°81 et s.

distribuable sera réservée à une distribution proportionnelle à la détention de capital au profit des associés ou titres ordinaires et que le reste sera affecté à la répartition entre associés détenteurs d'une préférence. Cette seconde option semble d'ailleurs la plus simple à mettre en œuvre lorsque l'aménagement ne consiste pas en une simple modulation du dividende.

Ainsi, si le capital d'une société – dont la forme importe peu ici –, est divisé équitablement entre quatre associés ayant, de fait, ordinairement droit à 25% des bénéfices. Ces derniers décident d'accorder à l'un d'entre eux 40% des bénéfices, tout en préservant la répartition égalitaire entre les trois autres. Il suffira de prévoir une clause aux termes de laquelle l'associé privilégié se verra attribuer 40% du bénéfice distribuable tandis que les trois autres auront tous droit à 20%. La majoration de 15% au profit de l'un des associés a pour conséquence une minoration de 5% au détriment des autres. Ici, l'aménagement ne présente pas de difficultés spécifiques et ne nécessite pas, *a priori*, de rédaction complexe. Il s'agira simplement de savoir si la préférence, péjorative ou méliorative, doit être attachée au titre ou attribuée en fonction de la personne de l'associé. Si la modulation du taux est liée au titre, il faudra procéder à la création de deux catégories : les titres ordinaires et les titres privilégiés.

La modulation opérée dans ce cas est fixe : l'assiette est constituée du résultat distribuable de l'exercice et l'associé ne se voit pas attribuer une quote-part des dividendes proportionnelle à sa détention de capital. En revanche le taux de celle-ci sera toujours le même et le montant des dividendes versés résultera de l'application de ce taux à l'assiette des bénéfices distribuables déterminée par les statuts ou l'assemblée. Mais il est également possible d'indexer ce taux de façon à ce que le montant distribué ne soit pas seulement fonction du bénéfice distribuable réalisé par la société.

2. *Indexation du taux des dividendes*

L'existence de bénéfices distribuables en fin d'exercice social traduisant la prospérité économique de la société, l'excédent résultant de l'activité collective, la répartition de ceux-ci au *pro rata* de la détention capitalistique ne constitue pas nécessairement un facteur d'équité entre les différents acteurs de cette réussite sociale. Plusieurs raisons peuvent ainsi conduire les associés à la mise en place d'une indexation du dividende afin que les sommes perçues reflètent non l'investissement financier qu'ils ont réalisé mais leur activité personnelle, les résultats d'une activité particulière de la structure, voire même de ceux d'une de ses filiales par exemple.

La modulation du droit aux dividendes par le truchement d'une telle indexation peut avoir pour objet de rétablir une certaine équité entre les simples investisseurs et les personnes œuvrant effectivement à la création de richesses au profit de la société. Elle peut encore avoir pour objet de susciter une implication plus importante de la part de ceux auxquels cette indexation est appliquée si celle-ci est fonction de leurs résultats personnels – la préférence constituant nettement dans ce cas un facteur dynamique de satisfaction de l'intérêt social –, voire même de sécuriser le placement des investisseurs. Afin de parvenir à ce résultat, l'indexation peut porter sur des critères internes à la structure (a). De manière singulière, les difficultés soulevées par ces indexations internes se trouvent parfois dissipées lorsque les dividendes seront fonction de l'activité d'une filiale de l'émettrice de la préférence (b).

a. Indexations internes

364. La révélation d'un bénéfice distribuable en fin d'exercice social révèle l'efficience de la structure, des activités déployées. Le capital social est un moyen de pouvoir mettre en œuvre une activité, mais les bénéfices ainsi dégagés ne reflètent pas nécessairement dans leur globalité l'implication de tous les associés ou le rendement de tous les secteurs d'activité de la structure. L'efficience n'est pas forcément générale. De même, il est possible que certains associés ou investisseurs n'aient d'intérêt ou de rôle qu'en regard à certains facteurs de rendement. L'indexation de la part du résultat qui est appelée à leur être versée à ces critères peut donc s'avérer judicieuse. Les critères d'indexation envisageables sont multiples. Il peut s'agir de faire concorder tout ou partie des dividendes amenés à être servis à l'activité déployée par l'associé ou du chiffre d'affaire produit par ce dernier. La teneur de son droit variera ainsi à la hausse ou à la baisse en fonction de l'activité générée. Le dividende peut également être indexé de manière générale sur le chiffre d'affaire de la société ou encore sur une branche d'activité de la société. Si l'ensemble des critères d'indexation ne peuvent pas être répertoriés, et doivent être ici laissés à l'imagination de la pratique, c'est sur ce dernier critère que quelques remarques doivent être émises.

En effet, si rien ne s'oppose à ce que le droit aux dividendes d'un ou plusieurs associés ou titres soit indexé sur le rendement d'une branche d'activité de la société, encore faut-il que le périmètre de cette dernière fasse l'objet d'une détermination rigoureuse dans les statuts. Il est nécessaire que les bénéficiaires de cette préférence et ceux qui leur accordent soient en

mesure d'apprécier les conséquences de l'indexation, la rentabilité de l'activité en cause ainsi que les risques encourus¹⁴⁵⁴. De plus, c'est de cette délimitation du périmètre que découlera la possibilité de déterminer le résultat dégagé par l'activité et donc de procéder au calcul du bénéfice distribuable affecté. Il convient de bien noter que même si l'activité tracée se révèle bénéficiaire en fin d'exercice, aucun dividende ne pourra être servi si l'ensemble de la comptabilité de la structure fait apparaître une absence de bénéfice distribuable ou, pire, une activité déficitaire¹⁴⁵⁵. À défaut, cela reviendrait à verser des dividendes fictifs aux bénéficiaires de la préférence. Parallèlement, si l'activité est déficitaire mais que le résultat global de la société fait apparaître l'existence d'un bénéfice distribuable entre les associés, les bénéficiaires de la préférence peuvent être amenés à ne rien percevoir si l'intégralité de leur prérogative se trouvait indexée aux résultats de l'activité déterminée. Cette remarque soulève une seconde problématique à l'égard de ce type d'indexation au regard de la prohibition des clauses léonines.

365. Assurément, le risque que certains associés se voient privés de tout versement dans le cadre d'un dividende indexé sur le rendement d'une activité déterminée existe non seulement à l'égard des associés bénéficiaires si la branche en cause se révèle déficitaire, mais encore à l'égard des autres associés si, au contraire, seule l'activité tracée produit de très bons résultats. Dans le premier cas, les bénéficiaires de la préférence s'exposent à ne recevoir aucun dividende. Dans le second, ce sont les associés « ordinaires » qui se verraient largement désavantagés, la totalité du bénéfice revenant aux associés à qui profite l'aménagement. Or, l'article 1844-1 du Code civil prohibe les aménagements du droit aux dividendes ayant pour objet ou effet d'exclure totalement certains associés de ce droit ou de l'attribuer en totalité à d'autres. L'indexation du dividende à la rentabilité d'une branche d'activité peut-elle relever dans cette hypothèse de la qualification d'aménagement léonin ? C'est l'existence d'un aléa social qui permet de répondre, *a priori*, négativement à cette interrogation. La prohibition des aménagements léonin n'impose pas à ce que les associés soient assurés de percevoir un dividende lors de chacun des exercices, mais seulement à ce qu'ils n'en soient pas exclus de manière certaine et définitive ; et inversement, qu'ils ne soient pas assurés de se voir verser l'intégralité des sommes distribuables à l'issue de tous les exercices. Le résultat généré par une branche d'activité dont le périmètre est défini ainsi que, de manière générale, le résultat global de la société, est, par hypothèse, soumis aux aléas de la vie sociale. Partant, sauf à démontrer

¹⁴⁵⁴ En ce sens v. Y. GUYON, « Les tracking stocks », in *Droit bancaire et financier, mélanges AEDBF France III*, Revue Banque Éditeur, 2001, p. 186, §6.

¹⁴⁵⁵ En ce sens v. Y. GUYON, *art.cit.*, p. 188, §9.

qu'aucun aléa n'existait concernant cet aménagement et que les clefs de répartition avaient nécessairement pour effet de totaliser l'intégralité du résultat pouvant faire l'objet d'une distribution au profit de l'une ou de l'autre des catégories d'associés¹⁴⁵⁶, l'indexation des dividendes aux performances d'une branche d'activité de la société n'est pas un aménagement léonin. Pour palier tout risque de qualification, et donc de sanction par le caractère non-écrit de la clause qui instaurerait une telle répartition, il peut être judicieux de prévoir, en sus de l'indexation, un taux maximal et minimal de dotation au profit des bénéficiaires des résultats de l'activité tracée eu égard au résultat global de la société¹⁴⁵⁷.

b. Activité reflétée filialisée : avantages et risques spécifiques

Alors que l'indexation à une activité déterminée au sein de l'émettrice soulève le problème de la détermination de ce périmètre, et donc potentiellement des difficultés d'ordre comptable¹⁴⁵⁸, il est également possible de procéder à une indexation au regard de l'activité d'une filiale. Dans ce cas, l'assiette du dividende sera la quote-part revenant normalement à la société mère en tant qu'associée. Ceci élimine de manière efficace les complications qui peuvent naître de la détermination du cadre de l'activité tracée.

366. Cependant, une première difficulté naît d'un tel montage, puisque ce n'est pas l'associé de la filiale qui est amené à se voir verser une part des bénéfices distribuables de la société cible mais des bénéficiaires désignés par elle, sans que ces sommes ne transitent pas son patrimoine et profitent à l'ensemble de ses associés. Cette délégation interroge notamment sur la licéité de l'opération lorsque la société émettrice des titres traçants filialisés n'est pas en situation de verser des dividendes à ses associés. Dans cette hypothèse, alors que les associés « ordinaires » ne percevraient rien en raison de l'absence de bénéfices distribuables, les associés de cette même structure mais bénéficiaires de la préférence seraient tout de même amenés à appréhender des sommes en raison de l'activité de la filiale tracée. Le risque est une remise en cause du montage par les associés non bénéficiaires de la préférence¹⁴⁵⁹. De la même manière, les bénéficiaires de l'activité tracée pourraient ne rien percevoir en cas de défaillance de la filiale, alors même que la structure dans laquelle ils sont associés serait en situation de verser des

¹⁴⁵⁶ Ou la quasi-totalité, comme il sera expliqué ci-dessous.

¹⁴⁵⁷ En ce sens v. A. VIANDIER, « Les actions reflet », *RJDA* 2001, chronique, p. 6, §20.

¹⁴⁵⁸ En ce sens v. notamment Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, 193, §113.

¹⁴⁵⁹ En ce sens v. Y. GUYON, « Les tracking stocks », *art.cit.*, p. 192, §15.

dividendes. L'existence d'un aléa social justifie néanmoins la licéité du montage au regard de la prohibition des clauses léonines. Mais la prudence appelle certainement dans ce cas à prévoir, comme pour la branche d'activité tracée en interne, des plafonds et planchers afin de se prémunir contre tout risque de remise en cause de l'aménagement.

367. Une seconde difficulté, dont l'existence peut également être relevée en interne mais dont l'intensité est accrue dans le cas du traçage de l'activité d'une filiale, tient au caractère potentiellement potestatif des conditions de versement du dividende. En effet, l'activité reflétée est celle d'une filiale, dans laquelle la société émettrice de la préférence est associée. Ainsi, en tant qu'associée, la société n'a pas nécessairement de pouvoir suffisant pour influencer la gestion de la filiale, et les associés bénéficiaires de la préférence, qui ne sont pas nécessairement associés de la filiale, y ont encore moins de poids. Partant, les droits reconnus aux porteurs de la préférence sont dans les mains des dirigeants de la filiale et leur maîtrise sur le rendement peut être réduite à néant. Afin d'écarter ce grief de potestativité, il est fait référence à la jurisprudence relative aux clauses dites de « *earn-out* »¹⁴⁶⁰. Dans ces clauses, il est prévu que le prix de cession ne relève pas de la maîtrise du vendeur puisqu'il sera déterminé par les résultats futurs de l'entreprise dont il ne sera plus partie. Il a pu être reproché à ses clauses de faire dépendre ce prix de cession uniquement de la volonté de la société. Néanmoins, la jurisprudence a considéré que les résultats de cette dernière ne sont pas uniquement le fruit de son influence, mais également de l'activité économique déployée par elle. Ainsi, la valeur future de la structure n'est pas dépendante de la seule volonté des parties, ce qui permet d'écarter le grief de potestativité¹⁴⁶¹. Le même raisonnement doit être retenu en cas d'indexation des dividendes sur les résultats d'une filiale ; mais afin de minimiser les risques liés à l'absence de contrôle direct des bénéficiaires de la préférence sur la gestion économique et financière de la filiale, il est suggéré de procéder à un encadrement particulier des relations entre société mère et filiale¹⁴⁶².

La mise en place d'une telle préférence peut être réalisée à l'égard de toutes les formes sociales par le biais d'une clause d'indexation statutaire. Elle pourra même passer par la création d'actions de préférence dans les sociétés par actions – ce qui peut notamment avoir pour effet de réduire les risques liés à l'absence de contrôle de l'activité si les actions de

¹⁴⁶⁰ En ce sens v. A. VIANDIER, « Les actions reflet », *art.cit.*, p. 6, §22-23.

¹⁴⁶¹ En ce sens v. notamment Cass. Com., 10 mars 1998, n°96-10.168, *RTD Civ.*, 1998, p. 899, obs. J. MESTRE.

¹⁴⁶² En ce sens v. A. VIANDIER, « Les actions reflet », *art.cit.*, *loc.cit.*

préférence en cause sont des actions de préférence de groupe, puisqu'il sera alors possible de prévoir l'exercice de certaines prérogatives de contrôle au profit des bénéficiaires de la préférence qui n'auraient pas la qualité d'associés dans la filiale tracée¹⁴⁶³.

3. *Les limites à la modulation du taux des dividendes*

Lorsqu'est envisagée une modulation du taux des dividendes, deux limites doivent être prises en compte par les rédacteurs des statuts. De manière commune, les aménagements en cause ne devront pas risquer une qualification léonine qui annihilerait leur mise en œuvre (a). De manière spécifique, ces variations ne pourront que passer par la création d'actions de préférence dans les SA et SCA, sauf à ce que celles-ci profitent à tous les associés dans les conditions de l'article L. 232-14 du Code de commerce (b). Ces limites ayant déjà été étudiées dans leur principe, il s'agira ici d'observer les difficultés spécifiques qui peuvent naître lors de leur confrontation à la pratique.

a. *Modulation du taux des dividendes et prohibition des aménagements léonins*

368. L'alinéa 2 de l'article 1844-1 du Code civil paraît dépourvu de toute ambiguïté en ce qu'il prohibe toute clause ayant pour objet d'attribuer « à un associé la totalité du profit procuré par la société (...) (ou celle) *excluant un associé totalement du profit* ». Il convient néanmoins d'explicitier ces formules au regard de la lecture qui en est retenue par la jurisprudence afin d'évincer tout risque de sanction d'une clause qui, de prime abord non léonine, pourrait être réputée non écrite par le juge.

En effet, ce n'est pas une lecture strictement mathématique et littérale qui est opérée par les juges mais plutôt une interprétation pratique. Ainsi, s'il est clair qu'une clause attribuant la totalité des bénéfices à un associé sera qualifiée de léonine¹⁴⁶⁴, sera également considérée comme telle celle qui attribue la quasi-totalité des bénéfices à un associé, et parallèlement celle

¹⁴⁶³ V. *supra*, n°358 et s.

¹⁴⁶⁴ Ainsi, le « *droit de percevoir la totalité des bénéfices en contrepartie d'une rémunération forfaitaire* », même en contrepartie d'une exonération de toute contribution aux pertes a été considéré comme constituant une clause léonine (Cass. Com., 18 octobre 1994, n°92-18.188, *Droit des sociétés*, 1994, n°205, obs. H. LE NABASQUE). Le caractère léonin était ici patent, vu les termes employés.

qui l'en exclue quasi-totalement. À ce titre, la Cour de cassation a considéré qu'une clause limitant le montant du risque assumé par un associé ne constituait pas une clause léonine dès lors que celle-ci ne prévoyait pas « *une exonération quasi-totale des pertes et ne lui (avait) pas conféré une vocation quasi-exclusive aux bénéfices* »¹⁴⁶⁵. Ce n'est donc pas tellement l'aspect totalitaire de la vocation qui est pris en compte, mais plutôt le caractère significatif de celle-ci.

Toute la difficulté réside alors dans l'impossibilité de déterminer de manière absolue la frontière entre ce qui sera apprécié comme significatif ou non par les juridictions dont l'appréciation en la matière est souveraine. Cependant, un critère semble pouvoir être pris en compte par les rédacteurs des statuts afin de minimiser les risques de qualification en aménagement léonin : la détention de capital. En effet, lorsqu'une clause est considérée comme léonine, elle est réputée non-écrite et la répartition devra alors se faire par référence à la règle supplétive prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article 1844-1 du Code civil. La répartition du capital est donc le critère textuel de la répartition des bénéfices faute d'aménagement licite, et il semble que c'est cette même répartition qui permettra, en premier lieu, aux juges de déterminer si la vocation aux bénéfices réservée à un associé est significative ou au contraire insignifiante. Ainsi, dans le cadre de la modulation du taux des dividendes, plus il existera une disproportion importante entre la détention de capital du bénéficiaire et l'aménagement du droit aux bénéfices plus se profilera un risque de requalification de la clause en clause léonine. Rien n'interdit pour autant d'accorder à un petit porteur une part importante des bénéfices, comme par exemple un dividende majoré à 60% alors que sa détention capitalistique ne serait que de 10%, mais il ne faudrait pas que d'autre part un associé détenant 80% du capital ne se voit attribuer qu'un pourcentage insignifiant des dividendes. La part de chacun des associés dans cette répartition ne doit pas être négligeable au regard de sa détention de capital¹⁴⁶⁶.

La mise en œuvre de cette limite peut s'avérer d'autant plus délicate en cas de montages complexes, avec par exemple diverses clefs de répartition. Il s'agira alors de prendre garde à prévoir des assiettes qui permettent à chacun des associés de prétendre au versement d'une part des bénéfices qui soit acceptable eu égard à leurs détentions capitalistiques respectives. Par exemple, si la préférence consiste en une majoration du dividende au profit de certains associés en créant une double clef de répartition aux termes de laquelle tous les associés recevront proportionnellement à leur détention de capital des dividendes sur les 30 premiers pourcents

¹⁴⁶⁵ Cass. Civ., 1^{ère}, 16 octobre 1990, n°87-15.467, *RTD Com.*, 1991, p. 395, obs. Cl. CHAMPAUD.

¹⁴⁶⁶ En ce sens v. Fr-D. POITRINAL, « Clauses statutaires de répartition des bénéfices », *art.cit.*, p. 34.

des bénéfices distribuables de l'exercice et que les 70% restant seront dévolus aux associés recouvrant certaines caractéristiques déterminées, il faudra s'assurer qu'aucun associé ne pouvant prétendre qu'à un versement sur les 30 premiers pourcents ne voit son droit amoindri de telle sorte que celui-ci soit insignifiant au regard de sa participation au capital. Corrélativement, il faudra éviter qu'un associé pouvant prétendre à un versement au titre des deux assiettes se voit finalement attribuer une quote-part beaucoup trop importante de ce résultat eu égard à sa détention de capital.

b. Modulation du taux des dividendes dans les SA et SCA : spécificités instrumentales

369. Dans les sociétés par parts sociales et les sociétés par actions simplifiées une simple stipulation statutaire peut être suffisante pour procéder à la majoration ou à la minoration du dividende au profit d'un associé ou d'un titre, sous réserve de suivre la procédure de vérification et d'approbation des avantages particuliers dans les sociétés par actions lorsqu'une majoration est envisagée. En revanche, la mise en place d'un aménagement du taux des dividendes dans le cadre des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions suppose de passer soit par la création d'actions de préférence soit par la mise en œuvre de l'article L. 232-14 du Code de commerce.

Lorsque les actionnaires entendent n'accorder cette préférence qu'à certains d'entre eux, seule l'émission d'actions de préférence est envisageable. Certes, cette émission est subordonnée au respect d'une procédure spécifique qui se doublera d'un recours au commissaire aux avantages particuliers dès lors que l'aménagement consiste en une majoration – celui-ci octroyant nécessairement des droits supérieurs à ceux qui seraient attachés aux actions ordinaires, mais elle permet aux actionnaires de jouir pleinement de la liberté offerte par l'article 1844-1 du Code civil en matière de modulation du droit aux dividendes. En effet, les actions de préférence pouvant être attachées de « *droits particuliers de toute nature* », le carcan relatif aux primes de fidélité imposé par l'article L. 232-14 du Code de commerce ne peut s'imposer, sauf à dénaturer l'esprit de la réforme ayant conduit à l'instauration de tels titres. Par leur biais, toutes les modulations sont envisageables, si tant est qu'elles respectent les limites précédemment évoquées : ne pas relever d'un aménagement léonin ou d'un intérêt fixe. En revanche, si les actionnaires ne souhaitent pas que de telles actions soient émises, la majoration

sera plafonnée à 10% et devra profiter à tous ceux détenant nominativement leurs titres depuis au moins deux ans.

B. L'aménagement du montant des dividendes

Plutôt que d'aménager le taux de dividendes des associés, ces derniers peuvent désirer en fixer le montant, que ce soit afin d'assurer un rendement fixe ou minimum aux titres détenus, ou dans l'objectif de limiter le montant perceptible lorsque l'assiette choisie est variable et risquerait de conduire à un versement trop important au profit de certains (1). Néanmoins, ces aménagements, outre la nécessité de respecter les limites précédemment rappelées quant à la prohibition des clauses léonines et d'adapter l'instrument dans les sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions, doivent bien tenir compte d'une prohibition générale : celle de l'insertion de clauses d'intérêt fixe dans les statuts (2).

1. Aménagements du montant des dividendes

L'assurance d'un rendement minimum à l'égard des titres détenus se trouve particulièrement attractive lors d'opération ayant pour objet de faire entrer de nouveaux investisseurs. En effet, si cette préoccupation anime nécessairement tous les types d'associés, c'est surtout à l'égard de ces derniers que la préférence ayant pour objet de garantir dans son montant le service d'un dividende est attrayante, et ce d'autant plus s'ils n'ont pas vocation à exercer de pouvoir politique important dans la structure. Il convient alors de remarquer que la garantie d'un dividende peut s'opérer de plusieurs manières (a). Les associés peuvent également désirer se prémunir d'une main mise de certains d'entre eux sur les bénéfices distribuables en instaurant un mode de plafonnement, qui lui aussi peut s'exprimer de diverses manières (b).

a. Le dividende garanti : fixité ou minima assuré

370. À l'instar de ce que permet explicitement l'article L. 232-16 du Code de commerce quant au service d'un premier dividende ayant pour base de calcul le montant libéré de la valeur nominale des actions, il est tout à fait loisible aux associés de toutes les formes sociales de

prévoir le versement d'un dividende dont le montant est fixé par avance par les statuts par référence à divers éléments, sous réserve que la société dégager un bénéfice distribuable suffisant pour y procéder.

Il sera alors possible de prévoir que ce montant prédéterminé ou déterminable constitue une assiette fixe de versement, de telle sorte que les associés bénéficiant de cette préférence connaissent exactement par avance les sommes qu'ils seront amenés à percevoir si les résultats de la société le permettent. Ainsi, le montant peut correspondre à une fraction de l'investissement réalisé, de telle sorte qu'en présence d'un bénéfice distribuable suffisant les associés soient assurés au fil des exercices de se voir rembourser la valeur d'acquisition de leurs titres. Il peut également s'agir d'une enveloppe globale déterminée dans son montant au profit d'une catégorie d'associés ou de titres, de sorte que si la composition du capital reste inchangée et que les bénéfices distribuables le permettent, les titulaires de la préférence soient assurés de percevoir une fraction déterminée de cette enveloppe¹⁴⁶⁷. Il peut aussi s'agir d'un montant minimal assuré mais qui pourra être revu à la hausse dans les conditions prévues par les statuts. Ainsi, sur les mêmes exemples que cités précédemment, on peut prévoir que ce montant est un minimum assuré, mais que l'assiette de versement est complétée de telle ou telle manière. Par exemple, si différentes catégories se voient assurer un versement minimal en montant, le surplus pourrait être partagé entre tous les associés de manière proportionnelle, ou égalitaire, ou toute autre clef de répartition.

371. Dans tous les cas, le risque est que les résultats de la société ne fassent pas apparaître un bénéfice distribuable pour assurer aux bénéficiaires de la préférence un paiement de leur dividende. Il sera alors nécessaire de cumuler cette assiette au minimum avec un droit de priorité¹⁴⁶⁸, et potentiellement un caractère cumulatif¹⁴⁶⁹; faute de quoi, la préférence serait difficile à mettre en œuvre, sauf à contrevenir à la prohibition des clauses d'intérêts fixes¹⁴⁷⁰. Quoiqu'il en soit, outre le fait de ne pas pouvoir prévoir un prélèvement au profit des bénéficiaires en dehors d'un bénéfice distribuable suffisant, ces aménagements ne devront pas être rédigés de sorte à ce qu'ils constituent des aménagements léonins¹⁴⁷¹. Pour pallier ce risque,

¹⁴⁶⁷ Exemple emprunté à J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges financiers », *art.cit.*, p. 6, §23.

¹⁴⁶⁸ V. *infra*, n°375.

¹⁴⁶⁹ V. *infra*, n°377.

¹⁴⁷⁰ V. *infra*, n°373.

¹⁴⁷¹ V. *infra*, n°370.

il est d'ailleurs possible de cumuler à cet aménagement un plafond lorsque l'assiette du dividende garanti est variable¹⁴⁷².

b. Le dividende plafonné : fixité ou variabilité

Aux côtés de l'assurance d'un intéressement minimum en termes de dividendes, il est envisageable de plafonner ce droit afin que les associés ou titres concernés ne puissent pas percevoir davantage que ce qui est prévu par ce plafond, peu important la distribution globale envisagée par la société. L'instauration d'une limite maximale dans les droits aux bénéfices peut s'exprimer soit à raison d'une somme forfaitaire, soit à raison d'une somme variable en fonction de critères déterminés par les statuts ; que ce plafond soit attribué à un associé, un titre ou une catégorie de titres.

372. Un tel plafonnement peut avoir pour objet de contrebalancer les avantages financiers qui auraient pu être accordés à ceux qui se le voient imposé, mais aussi de restreindre le droit aux dividendes d'un associé en ne modifiant pas de manière définitive une répartition proportionnelle par exemple. Comme tout aménagement du droit aux dividendes, le plafonnement ne devra pas avoir pour effet de restreindre trop fortement les droits de ceux auxquels il est appliqué au regard de leurs détentions capitalistiques, et ce pour éviter tout risque de critique de l'aménagement sur le fondement de la prohibition des clauses léonines¹⁴⁷³.

2. Respect de la prohibition des clauses d'intérêt fixe

373. Prohibition textuellement consacrée à l'égard des sociétés commerciales par l'article L. 232-15 du Code de commerce et pénalement réprimée au titre du versement de dividende fictif¹⁴⁷⁴, l'interdiction de prévoir une clause assurant le versement d'un dividende au profit d'un ou plusieurs associés en dépit de l'existence d'un bénéfice distribuable est également

¹⁴⁷² En tout état de cause, lorsque le montant garanti n'est pas un minima mais une somme fixe, il est déjà plafonné. Partant, il faudra être d'autant plus attentif au caractère léonin du calcul proposé pour la détermination de ce montant.

¹⁴⁷³ Sur la question du plafonnement du droit aux dividendes, v. notamment Fr-D. POITRINAL, « Clauses statutaires de répartition des bénéfices », *art.cit.*, p. 41.

¹⁴⁷⁴ Art. L.241-3 2° C. Com. : « *Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros : (...) 2° Le fait, pour les gérants, d'opérer entre les associés la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux* ».

justifiée dans les autres formes sociales par la jurisprudence qui rapproche ces clauses de celles précédemment évoquées¹⁴⁷⁵. En effet, le fait de verser un dividende alors même qu'aucun bénéfice distribuable ne serait constaté sur un exercice revient à l'instauration d'une clause léonine puisqu'elle soustrait les associés bénéficiaires à leur participation aux pertes.

Néanmoins, cette prohibition ne fait pas obstacle à garantir un dividende minimum en termes de montant dès lors que l'exercice permet la constatation d'un bénéfice distribuable qui permet d'allouer cette somme aux bénéficiaires de la préférence en cause¹⁴⁷⁶. D'une part, il s'agira de bien préciser que l'intérêt en cause ne pourra être versé que sous réserve de l'existence d'un bénéfice distribuable suffisant. D'autre part, il faudra prendre en compte la prohibition précédente dans la détermination du montant alloué afin que celui-ci ne prive pas les autres associés de manière certaine au versement d'un bénéfice. À défaut, la clause serait réputée non-écrite¹⁴⁷⁷. Il est également envisageable de procéder à l'édiction d'une clause de priorité de versement du dividende au profit du ou des associés auxquels cette préférence est accordée pour leur garantir de manière plus certaine le versement de la somme promise.

374. En revanche, l'instauration d'un plafonnement du droit aux bénéfices ne semble, *a priori*, pas contrevenir à la prohibition des clauses d'intérêt fixe puisque l'objet n'est pas d'assurer le versement de la somme plafonnée en tout état de cause mais simplement de limiter le droit dans son montant même si les bénéfices distribuables pouvaient permettre à l'associé de prétendre à davantage¹⁴⁷⁸. Toutefois, que le plafond consiste en un montant maximum autorisé ou une référence maximale par rapport à une variable, il faudra s'assurer que celui-ci n'a pas pour effet de réduire trop drastiquement la vocation aux bénéfices des personnes qui y sont assujetties, sauf à s'exposer à une qualification léonine de l'aménagement.

§2. L'aménagement des modalités de versement des dividendes

Il n'est pas possible de supprimer de manière définitive la vocation aux dividendes des associés par le biais d'une clause statutaire en raison de l'interdiction prévue par l'article 1844-1

¹⁴⁷⁵ En ce sens v. par ex. Cass. Civ., 1^{ère}, 22 juillet 1986, n°84-15.177, *JCP E*, 1987, I, 16644, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

¹⁴⁷⁶ En ce sens v. H. LE NABASQUE, J.-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 13, §49.

¹⁴⁷⁷ Avec toutes les difficultés d'appréciation que cela soulève...

¹⁴⁷⁸ En ce sens v. Fr.-D. POITRINAL, « Clauses statutaires de répartition des bénéfices », *art.cit.*, *loc.cit.*

du Code civil quant aux aménagements léonins. En revanche, rien n'interdit de procéder à la suppression temporaire de ce droit. Ainsi, au-delà des aménagements relatifs à la teneur du droit des associés vus précédemment, il est tout à fait envisageable pour les associés de prévoir des modalités variées de versement du dividende, de telle sorte que l'associé ne s'en trouve pas totalement et définitivement déchu mais simplement mis à l'écart de manière temporaire, occasionnelle, voire conditionnelle (**B**). De la même manière, si l'article 1844-1 s'oppose à la spoliation du dividende au profit d'un associé, rien n'interdit qu'une priorité soit établie au profit de certains dans les modalités de versement des dividendes (**A**). Ces aménagements peuvent se cumuler entre eux et avec les précédents.

A. Versement assuré des dividendes

Faute de pouvoir évincer les uns au profit des autres dans leur vocation aux bénéfices produits par la structure sociale, les statuts peuvent mettre en place des modalités de versement des dividendes assurant à ceux à qui la préférence profite une priorité chronologique sur les autres. Par ce biais, même en l'absence de bénéfices distribuables suffisants, les bénéficiaires sont assurés d'être servis avant tout autre. Ces aménagements, pouvant être mis en place dans toutes les formes sociales¹⁴⁷⁹, sont intéressants uniquement lorsque la répartition n'est pas prévue en pourcentage eu égard à ce résultat. Ce dividende prioritaire (1) peut voir son efficacité affermie s'il est en plus précipitaire (2) et/ou cumulatif (3).

1. Dividende prioritaire

375. Le dividende prioritaire, ou premier dividende, est celui qui est prélevé sur le bénéfice distribuable avant tout autre. La priorité ainsi conférée assure à ses titulaires de percevoir une part des bénéfices distribuables dès lors qu'il en existe et alors même que ceux-ci ne seraient pas suffisants pour servir des sommes aux autres associés. L'avantage conféré n'existe d'ailleurs que dans cette hypothèse, la chronologie de versement n'ayant aucun intérêt réel si

¹⁴⁷⁹ Par exemple, sur la possibilité de prévoir un versement prioritaire, précipitaire et cumulatif des dividendes dans les sociétés par parts sociales v. J-M. DE BERMOND DE VAULX, « Les parts sociales privilégiées », *JCP E*, 1993, n°45, ét. 294, §10 et s.

les bénéfices sont assez importants pour permettre à tous les associés d'être servis¹⁴⁸⁰. Son montant peut être déterminé ou déterminable, selon les aménagements choisis par les associés. Les modalités de détermination de la créance sont multiples et indépendantes des modalités de versement¹⁴⁸¹. Il peut s'agir d'un montant fixe ou variable, plafonné ou non ; d'un taux appliqué à une assiette spécifique, comme une activité ciblée etc. Pour qu'un avantage soit procuré en tout état de cause dès lors que des bénéfices distribuables sont constitués, et non seulement lorsque ceux-ci sont insuffisants pour être servis au profit de tous les associés, il est possible de cumuler cette priorité chronologique d'un caractère préciputaire.

2. *Dividende préciputaire*

376. Le dividende est dit préciputaire lorsqu'il confère à son bénéficiaire l'assurance de percevoir un dividende supérieur à celui reçu par les autres associés. Il ne s'agit plus d'une priorité temporelle mais d'une exclusivité dans le versement. Ainsi, alors que dans le cadre du simple dividende prioritaire, si les bénéfices distribuables sont suffisants il est possible que la priorité ne confère aucun avantage réel, lorsque le dividende est préciputaire, ses bénéficiaires seront assurés de percevoir un dividende majoré par rapport aux autres associés. C'est le cas lorsqu'il existe une double clef de répartition dont une ne profite qu'à des personnes, titres ou catégories de titres déterminés.

Soit une société dont le capital est composé de 1000 titres d'une valeur nominale de 10 euros. Une catégorie de titres de cette société se voit accorder un dividende préciputaire égal à 20% de leur nominal. Cette catégorie regroupe 10% du capital. La seconde assiette de distribution prévoit un partage proportionnel au profit de tous les titres. Le bénéfice distribuable de l'exercice s'élève à 10.000 euros. Partant, si l'intégralité du bénéfice fait l'objet d'une

¹⁴⁸⁰ En ce sens v. notamment A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDEUIL, « Actions de préférence – Questions de praticiens », *JCP E*, 2005, n°27, 1045, question n°7 ; R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 9, §21.

¹⁴⁸¹ En effet, il ne s'agit ici que de l'aménagement des modalités de versement, mais les associés peuvent appliquer à ce dividende prioritaire tous les aménagements en termes de taux précédemment développés, et même tout autre modulation de son montant dont ils déterminent les conditions de calcul.

distribution, les titres de la catégorie bénéficiant de la préférence se verront affecter 28% de celui-ci alors qu'ils ne représentent que 10% du capital¹⁴⁸². Ce dividende est dit précipitaire¹⁴⁸³.

Lorsque le dividende prioritaire est, en sus, précipitaire, les bénéficiaires sont donc d'une part assurés d'être servis en premier lieu, et d'autre part de se voir attribuer un dividende supérieur à celui servi aux autres associés. Mais cette assurance ne vaut que s'il existe un bénéfice distribuable. Pour accorder un avantage encore plus important aux associés, il est en outre possible de prévoir que le dividende qui leur est affecté est cumulatif.

3. *Dividende cumulatif*

377. Le dividende cumulatif est le dividende qui, faute de bénéfices distribuables suffisants ou d'existence de réserves disponibles au cours d'un exercice donné, sera prélevé sur les dividendes ultérieurs qui le permettent. Ainsi, alors que les associés « ordinaires » ne se verront pas verser de dividende sur l'exercice en cause, les bénéficiaires de la préférence ne percevront pas davantage, mais verront ce non-versement compensé lors de l'exercice suivant au cours duquel les résultats le permettent en sus de leur dividende « ordinaire ».

La mise en place d'un dividende cumulatif au profit d'un ou plusieurs associés, titres ou catégories de titres peut potentiellement avoir pour effet de ne rendre que chimérique le droit aux bénéfices des associés ne bénéficiant pas de cette préférence si l'absence de dividendes distribuables se réitère sur plusieurs exercices. Pour cause, dans cette hypothèse, à défaut de limitation temporelle du cumul, les bénéficiaires seront appelés à voir leurs dividendes se cumuler sur autant d'exercices bénéficiaires que ceux au cours desquels ils n'auraient rien perçus. De plus, l'engagement pris par la société de procéder à un versement cumulatif, qu'il soit prioritaire ou précipitaire en sus d'ailleurs, peut consister en une charge financière importante potentiellement néfaste à son développement. Partant, il est conseillé, pour éviter

¹⁴⁸² Dividende précipitaire = 20% x nominal des titres de la catégorie = 20% x 10 euros x 100 titres = 2000 euros. Dividende distribuable = 10.000 euros ; Dividende à répartir entre tous les associés = dividende distribuable – dividende précipitaire = 10.000 – 2000 = 8000 euros. Répartition proportionnelle : 8000 x 10% pour la catégorie privilégiée et 8000 x 90% pour les autres titres, soit un versement total de 2800 euros pour les bénéficiaires du dividende précipitaire et 7200 pour les autres ; ce qui correspond à un versement de 28% au profit de 10% du capital social.

¹⁴⁸³ Exemple emprunté à A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDUEIL, « Actions de préférence – Questions de praticiens », *art.cit.*, question n°7, repris également par R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 9, §22.

toute qualification léonine¹⁴⁸⁴ ou contraire à l'intérêt social, de limiter cet effet cumulatif à un certain nombre d'exercices¹⁴⁸⁵.

B. Versement temporalisé des dividendes

L'aménagement envisagé eu égard au versement de dividendes peut tout à fait être permanent, et avoir ainsi comme bornes temporelles la création et la disparition du titre, ou l'entrée et la sortie de l'associé pour lequel il a été mis en place. Mais il se peut également que les associés entendent n'accorder la préférence que pour un temps, que celui-ci débute dès la mise en place de l'aménagement pour ensuite s'évanouir, que la préférence intervienne seulement à certains moments de la vie sociale, que celle-ci n'apparaisse ou bien disparaisse que lors de la réunion de certaines conditions, ou bien que sa teneur soit appelée à évoluer dans le temps par exemple. Il convient dès lors d'étudier le cas du dividende temporaire ou à éclipse (1), celui qui serait amené à n'exister qu'en raison de la réunion de certaines conditions (2) ainsi que l'aménagement progressif ou dégressif de celui-ci (3).

1. Dividende temporaire ou à éclipse

378. Aménagement directement prévu par l'article L. 228-11 du Code de commerce pour les actions de préférence à l'égard desquelles les droits particuliers peuvent être attachés aux actions « *à titre temporaire ou permanent* », la préférence peut faire l'objet d'une modulation

¹⁴⁸⁴ Pour une exclusion du caractère léonin du dividende prioritaire, préciputaire et cumulatif v. Fr-D. POITRINAL, « *Clauses statutaires de répartition des bénéfices* », *art.cit.*, p. 41 : « *Au regard de la prohibition des clauses léonines, le dividende prioritaire, même préciputaire et cumulatif, ne pose, en principe, aucun problème puisque les associés non-bénéficiaires conservent quand même une vocation aux bénéfices* » : par exception, il est tout à fait envisageable que les aménagements mis en place par les statuts soient qualifiés de léonins, par exemple si l'assiette de calcul couplé au caractère cumulatif non limité dans le temps a nécessairement pour effet de priver les non-bénéficiaires de toute distribution.

¹⁴⁸⁵ En ce sens v. J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « *Les actions à privilèges financiers* », *art.cit.*, p. 7, §25.

temporelle dans toutes les formes sociales¹⁴⁸⁶, et à l'égard de tout type d'associés ou titres, dès lors que les limites substantielles et procédurales sont respectées.

Ainsi, que la préférence soit attachée au titre ou à la personne qui le détient, il est possible de prévoir que celle-ci n'aura vocation à être mise en œuvre que pour un temps donné, que celui-ci soit directement défini dans les statuts, ou soit subordonné à d'autres conditions laissées à l'imagination des parties. Par exemple, si la préférence est attachée au titre, la conversion de celui en titre « ordinaire » aura pour effet de mettre fin à la préférence qu'il octroyait¹⁴⁸⁷. Cette conversion peut être prévue par un terme défini au-delà duquel les titres seront transmués en titres ordinaires, ou par une décision de l'assemblée. De même, si la préférence est attribuée en raison de la personne détenant le titre, la cession de ce dernier aura pour effet de la faire s'éteindre. À l'inverse, sauf prévision en ce sens des statuts, le transfert du titre auquel la préférence est attachée n'emporte pas sa caducité.

La préférence peut aussi avoir vocation à ne s'exercer que par éclipses, que celles-ci soient temporellement déterminées par les statuts, avec par exemple des exercices définis au cours desquelles la préférence sur les dividendes s'appliquera alors qu'elle serait en suspend au cours d'autres exercices; ou que ces éclipses soient fonctions d'évènements spécifiques déterminés par statuts, avec par exemple un déclenchement de la préférence en cas d'atteinte d'un certain seuil de résultats distribuables.

Une nouvelle fois, que la préférence accordée soit simplement temporaire ou à éclipses, l'aménagement ne devra pas conduire à une attribution léonine de la prérogative – la suspension ne pourra pas être totale et permanente mais pourra tout à fait être totale si elle n'est que temporaire et la disparition définitive de la préférence devra donner lieu à une autre clef de distribution au profit de la personne ou du titre. Si les critères d'attribution sont conditionnels, ceux-ci ne devront pas être potestatifs.

¹⁴⁸⁶ Ainsi, comme tous les aménagements précédemment évoqués, il est tout à fait loisible aux associés de sociétés civiles par exemple de prévoir une préférence temporaire ou éclipses, que ce soit pour la modulation du droit aux dividendes ou de toute autre prérogative pour laquelle aucune norme impérative ne s'oppose à une suspension du droit. En ce sens v. par exemple L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *Droit et patrimoine*, 2011, n°204, p. 30.

¹⁴⁸⁷ Par exemple, la conversion des actions de préférence en actions ordinaires est encadrée par les articles L. 228-12 et L. 228-14 du Code de commerce.

2. *Dividende conditionnel*

379. Assortir le versement de dividendes de conditions fût l'objet de grandes discussions au début des années 1990 concernant les sociétés cotées. En effet, afin de fidéliser leur actionnariat, certaines de ces sociétés¹⁴⁸⁸ avaient inséré dans leurs statuts une clause de stage aux termes de laquelle les actionnaires qui resteraient au sein de la structure au-delà de deux ans se verraient octroyer un dividende majoré. Suite aux querelles nées du débat sur la licéité de tels aménagements, le législateur a consacré les primes de fidélité par le biais de la loi du 12 juillet 1994¹⁴⁸⁹. Ces primes sont désormais régies l'article L. 232-14 du Code de commerce. Si cette disposition subordonne l'octroi de la préférence consacrée au respect d'un stage minimal, elle ne fait que confirmer la possibilité de conditionner l'attribution de certaines prérogatives.

Partant, il convient de considérer que les associés pourront organiser les modalités de versement des dividendes relativement à des conditions prévues par eux. Il peut s'agir de la nécessité de remplir un stage, à l'instar des primes de fidélité consacrées législativement, mais également toute autre caractéristique dès lors que celle-ci ne constitue ni une condition potestative, ni une discrimination non-justifiée. À ce titre, il ne semble pas possible de subordonner l'octroi d'un dividende majoré à l'appartenance à un sexe par exemple. Cela contreviendrait d'une part aux libertés fondamentales consacrées et protégées par le Code pénal et d'autre part à l'article 1304-1 du Code civil imposant une condition licite. Ainsi, sauf à pouvoir justifier cette discrimination par l'intérêt social, ce qui semble quelque peu invraisemblable, un tel aménagement n'est pas envisageable. La condition ne devra pas non plus être potestative, soumise à la seule bonne volonté de la société, puisque cela contreviendrait à l'article 1304-2 du Code civil ainsi qu'à l'alinéa 2 de l'article 1844-1 du même Code en ce que l'aménagement aurait également un caractère léonin. Il est donc nécessaire que l'aléa soit réel. En dehors de ces limites, la condition peut être suspensive, résolutoire, contenir un terme exprès ou tacite etc.

¹⁴⁸⁸ À savoir Air Liquide, De Dietrich, SEB et Siparex.

¹⁴⁸⁹ Loi n°94-578 du 12 juillet 1994 autorisant le versement de primes de fidélité à certaines actions nominatives des sociétés commerciales.

3. *Dividende progressif ou dégressif*

380. La modulation du taux des dividendes appelés à être versés aux associés peut aussi passer par l'instauration d'un dividende progressif ou dégressif. Il s'agit alors de prévoir dans les statuts que le dividende variera de manière progressive ou dégressive, au profit d'un ou plusieurs associés ou titres. Cette variation du droit à la hausse ou à la baisse peut être prévue par référence à divers éléments. Il peut s'agir d'une variation graduelle déterminée par avance¹⁴⁹⁰, ou d'une variabilité spécifique du droit au dividende en cas de hausse ou de baisse du résultat de la société, de son chiffre d'affaire ou encore de l'arrivée du terme de certains crédits supportés par la société par exemple. L'idée sera alors d'assurer aux bénéficiaires de cette préférence une vocation supérieure ou inférieure aux bénéfices dans le temps en cas de dividende distribuable. Il s'agira toujours pour les statuts de déterminer l'assiette du dividende sur laquelle sera imputée la variation, et de prendre garde à ne pas procéder à un aménagement léonin.

SECTION II : LA PRÉFÉRENCE ET LES AUTRES DROITS FINANCIERS

Le droit aux dividendes, dont les aménagements envisagés précédemment peuvent être transposés à la participation aux pertes, n'est pas la seule prérogative financière des associés. L'activité sociale peut, en dehors du versement de dividendes, dégager un surplus qui sera affecté aux réserves, à des primes de différentes natures et sur lesquelles les associés pourront se voir attribuer des prérogatives particulières. Il en va de même du boni de liquidation éventuel qui sera appelé à être réparti entre eux. Aux côtés de ces sommes reflétant le caractère excédentaire de l'activité déployée et pouvant donner lieu à des versements divers (§1), d'autres droits peuvent être rangés parmi les prérogatives pécuniaires des associés en ce qu'ils permettent aux associés de préserver, d'accroître ou de mettre fin à leur détention dans le capital à des conditions financières spécifiques (§2).

¹⁴⁹⁰ Exemple de clause : « de (début de l'intervalle de temps choisi) à (fin du premier intervalle (nombre d'exercices)), le bénéfice attribué aux titres de catégorie A est proportionnel à la détention de capital. Le bénéfice attribué à ces mêmes titres est augmenté/réduit d'une portion de (par exemple 25%) de... à...(intervalle à déterminer) (etc.) »

§1. Les droits financiers relatifs à des versements divers

Que ce soit en cours ou en fin de vie sociale, diverses sommes peuvent être versées aux associés en dehors d'une rémunération sous forme de dividendes. Compte tenu de l'impossibilité de dresser un panorama exhaustif des versements qui pourraient avoir lieu au sein d'une société, quatre exemples seront ici envisagés : l'aménagement de la distribution des réserves disponibles, de bénéfices exceptionnels et de primes au profit de certains (**A**), la mise en place d'un amortissement spécifique des titres (**B**), les obligations qui peuvent être mises à la charge des associés relativement à des compte-courants (**C**) et enfin l'aménagement de la répartition du boni de liquidation (**D**).

A. Le versement préférentiel de sommes au profit des associés

381. Étant donné que la liberté statutaire peut s'exprimer pleinement en matière de droits financiers, sous réserve de ne pas revêtir un caractère léonin, de nombreux aménagements sont possibles en termes de distributions pécuniaires au profit des associés. Ces distributions peuvent avoir pour assiette les réserves disponibles, les bénéfices exceptionnels ou encore un compte de primes par exemple, quelle qu'en soit la nature. Les statuts peuvent à ce titre prévoir que certains associés, titres ou catégories de titres se verront attribuer une majoration exceptionnelle de dividende en cas de cession d'un élément d'actif déterminé dont le produit sera réparti entre eux. De la même manière, il est possible que la préférence consiste en un versement privilégié sur les réserves disponibles ou sur les primes d'émission reçues par la société. Le versement en cause peut se concrétiser de différentes manières. Il peut tout d'abord s'agir d'une distribution directe du produit visé par la préférence dans les mains de son bénéficiaire, selon une clef de répartition déterminée par les statuts : versement prioritaire ou précipitaire, d'une somme déterminée ou déterminable, ou d'une quote-part fixe ou variable, plafonnée ou non etc. La préférence peut ensuite se concrétiser sous la forme d'une conversion des titres du bénéficiaire en titres d'une autre catégorie, la somme affectée à la préférence étant alors incluse dans le calcul de la conversion. De manière similaire, il est enfin possible de prévoir que la préférence accordée sur les distributions en cause se matérialisera sous la forme d'un rachat des titres¹⁴⁹¹. Cas échéant il conviendra de respecter les dispositions relatives aux réductions de capital dans

¹⁴⁹¹ En ce sens v. A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDUEIL, « Actions de préférence – Questions de praticiens », *art.cit.*, question n°7, repris également par R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 10, §25.

la forme sociale concernée par l'aménagement. Ici encore, seule la créativité des plumes constitue une limite à la liberté, dès lors qu'aucun aménagement léonin n'est instauré.

B. L'amortissement préférentiel des titres

Alors que la préférence qui aura vocation à se concrétiser en un rachat des titres a pour conséquence une réduction du capital, l'amortissement préférentiel permet aux bénéficiaires de se voir rembourser leurs titres de manière anticipée sans pour autant avoir d'effet sur le montant du capital social. L'amortissement du capital correspond à l'opération par laquelle la société rembourse la valeur nominale de leurs titres aux associés de manière anticipée par rapport à la liquidation future de la société. Ce remboursement peut être réalisé par prélèvements sur les bénéfices ou réserves disponibles. Par ce biais, les associés sont assurés de recouvrer tout ou partie du montant de leurs apports, alors que cette somme est normalement soumise aux aléas sociaux. La société ne devient en principe créancière à leur égard qu'en fin de vie sociale et sous réserve de fonds suffisants. L'attractivité de l'opération pour les associés n'est cependant pas totale puisque, à leur égard, les versements reçus au titre de l'amortissement seront taxés comme des dividendes. Du côté de la société, l'opération n'est pas forcément avantageuse en ce sens que, sans être déchargée de ses obligations financières à l'égard des associés, notamment en matière de service de dividendes, elle diminue ses capitaux propres¹⁴⁹².

382. Licéité et conséquences. En dépit de cet aspect négatif, la mise en place d'une préférence en matière d'amortissement est tout à fait licite. Cette pratique est d'ailleurs implicitement admise à propos des actions de préférence par l'article L. 225-198, en vertu duquel le capital des sociétés par actions¹⁴⁹³ ne peut être amorti par prévision statutaire ou décision de l'assemblée générale extraordinaire que « *par voie de remboursement égal sur chaque action d'une même catégorie* ». Il s'agit là d'une limite à la liberté : si le droit à un amortissement des titres en cours de vie sociale est attaché au titre, tous les titres de la même catégorie devront bénéficier de la même préférence. Ce type d'aménagement est envisageable dans toutes les

¹⁴⁹² Sur ce point v. notamment R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 12, §31.

¹⁴⁹³ Applicable par renvois aux SE et SCA. Compatible et non-exclu des règles applicables à la SAS par l'article L. 227-1.

formes sociales¹⁴⁹⁴ et lorsque les titres font l'objet d'un amortissement, ceux-ci deviennent des titres dits « de jouissance ». Ils permettent à leurs titulaires de continuer à disposer de tous les droits attachés à la qualité d'associé¹⁴⁹⁵ alors même que leurs titres ont déjà fait l'objet d'un remboursement qui ne sera plus à la charge de la société en fin de vie sociale.

C. Les charges d'avance en compte-courant et d'appels de fonds

383. La préférence ne consistant pas nécessairement en un avantage procuré à son bénéficiaire, il convient également de citer un exemple de préférence « négative » eu égard aux prérogatives financières des associés. À ce titre, il est possible que les associés souhaitent que certains d'entre eux soient tenus de laisser tout ou partie des sommes appelées à leur être versées à disposition de la société. Il s'agit alors d'une obligation de prêt à la société sous forme d'avances en compte-courant. Cette obligation particulière devra être définie dans les statuts, qui devront déterminer les modalités de versement et de blocage des sommes : montant fixe ou déterminable, convention de blocage ou non etc¹⁴⁹⁶. De même, il est possible que la préférence oblige certains associés, que ce soit en raison de cette qualité ou des titres qu'ils détiennent, à répondre à certains appels de fonds dans des conditions fixées par les statuts. Dans ces hypothèses, il faudra se prémunir contre un aménagement qui constituerait une augmentation des engagements de l'associé sans son accord personnel. Les statuts devront donc prévoir de manière claire les modalités d'appel et de versement des sommes mises à la charge des associés qui, par leur souscription ou leur adhésion au pacte social, auront accepté individuellement et par avance ces charges¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹⁴ Pour une confirmation de la licéité de cet aménagement dans les sociétés par parts sociales v. J-M. DE BERMOND DE VAULX, « Les parts sociales privilégiées », *art.cit.*, §13 ; pour les sociétés civiles A. BOUGNOUX, *Sociétés civiles – parts sociales*, J.Cl. Traité – Société, Fasc. 48-70, §12.

¹⁴⁹⁵ Il convient de noter que si un premier dividende a été accordé par les statuts en vertu de l'article L. 232-16 du Code de commerce ou de toute autre prévision en vertu de laquelle ce dernier est calculé sur le montant libéré et non remboursé des actions, l'amortissement anticipé des titres met fin à ce droit. Cet amortissement amoindrira ou mettra fin d'ailleurs à tout aménagement dont la base de calcul comprendrait la valeur nominale des titres n'ayant pas fait l'objet d'un remboursement.

¹⁴⁹⁶ Sur cet exemple de charge v. R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 13, §32 ; J-M. MOULIN, « Les actions de préférence », *art.cit.*, *loc.cit.*, et A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §28.

¹⁴⁹⁷ Pour une illustration du rejet d'une augmentation des engagements des associés en cas de versement de sommes sur un compte-courant d'associés v. Cass. Com., 9 juin 2004, n°01-12.887, *Revue des sociétés*, 2005, p. 176, note J-Fr. BARBIÈRI ; *Bull. Joly*, 2005, p. 119, note A. COURET.

D. La répartition non-proportionnelle du boni de liquidation

384. En fin de vie sociale, après apurement du potentiel passif social et remboursement des titres qui n'auraient pas fait l'objet d'un amortissement anticipé, que ce soit partiellement ou en totalité, il est possible qu'apparaisse un boni de liquidation. À défaut de prévisions statutaires spécifiques, ce dernier est réparti de la même manière que les bénéfices, en vertu de l'article 1844-9 du Code de commerce. Ainsi, de la même manière que pour le dividende, il est possible de prévoir une répartition inégalitaire du boni de liquidation entre les associés. Toutes les clefs de répartition vues précédemment sont envisageables, si tant est qu'elles ne constituent pas des aménagements léonins, puisque le boni de liquidation correspond à des bénéfices non distribués. Par exemple, les statuts peuvent prévoir que les titulaires d'une catégorie de titre déterminée auront un droit prioritaire sur le boni à être remboursés de la prime d'émission versée lors de leur souscription¹⁴⁹⁸ ; ce qui évincera potentiellement les autres associés de tout versement sur ce reliquat de l'activité sociale. Il peut aussi s'agir d'un prélèvement prioritaire au profit de ceux s'étant vu accorder un dividende cumulatif afin de solder leurs arriérés n'ayant pu être versés¹⁴⁹⁹. Une clause de tontine est également envisageable au titre de la préférence. Il s'agira alors de prévoir dans les statuts que l'intégralité de l'actif subsistant en fin de vie sociale sera attribué au dernier associé survivant, réputé avoir été le seul associé depuis l'origine par l'effet de cette clause. La licéité d'un tel aménagement a été affirmée à l'égard des sociétés civiles¹⁵⁰⁰. La possibilité de prévoir une clause de tontine dans les statuts d'une société de capitaux n'est pas recommandée par certains auteurs¹⁵⁰¹. Néanmoins, les arguments tenant à la rétroactivité de la clause ayant pour effet potentiel de remettre en cause la validité de la société qui aurait, depuis l'origine, été unipersonnelle, doivent être relativisés pour deux raisons principales. D'une part, les sociétés à responsabilité limitée et par actions simplifiées admettent des formes unipersonnelles. Pour les autres formes sociales n'admettant pas la présence d'un unique associé, il est peu probable que la nullité de la structure soit prononcée au moment de sa liquidation et même si elle l'était, ce ne serait que pour l'avenir aux termes de l'article 1844-15 du Code civil applicable à toutes les formes sociales. D'autre part, la difficulté peut facilement être contournée en n'associant pas l'intégralité du capital, que ce soit en tant que tel

¹⁴⁹⁸ Exemple emprunté à A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDUEIL, « Actions de préférence – questions de praticiens », *art.cit.*, question n°7, repris également par R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 10, §27.

¹⁴⁹⁹ Exemple emprunté à J-M. DE BERMOND DE VAULX, « Les parts sociales privilégiées », *art.cit.*, §12.

¹⁵⁰⁰ À propos d'une SCI v. CA, Paris, 15^{ème} ch., 10 septembre 1993.

¹⁵⁰¹ En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 192, §112.

ou par le biais des associés, à l'aménagement tontinier¹⁵⁰². La préférence quant à répartition du boni de liquidation entre les associés peut se faire au gré des attentes des associés, dès lors qu'aucune norme impérative ne se trouve atteinte par l'aménagement envisagé.

§2. Les droits financiers en cas de restructuration du capital social

Les droits financiers des associés ne se cantonnent pas aux versements de sommes à leur profit, mais s'entendent également des prérogatives qui leurs sont accordées en cas de restructuration du capital social afin de préserver ou d'accroître leurs droits. Ces prérogatives pécuniaires spécifiques peuvent schématiquement être rangées en deux groupes selon qu'elles sont amenées à jouer en cas d'augmentation du capital social (A), ou de réduction, voire de liquidation de celui-ci (B).

A. La préférence pécuniaire en cas d'augmentation du capital social

Lors d'une augmentation de capital ne s'opérant pas par intégration de fonds propres et simple augmentation de la valeur nominale des titres, il est possible que les droits des associés se trouvent dilués, donc amoindris. Afin de pallier cette dévaluation des prérogatives, plusieurs mécanismes peuvent être mis en œuvre et ceux-ci peuvent être aménagés de manière à ce que seulement certains associés, titres ou catégories de titres en bénéficient. La préférence peut notamment se révéler par le biais d'une mise en place d'un droit préférentiel de souscription aux contours aménagés (2) ou encore par le truchement de l'attribution privilégiée de titres (1).

1. Droit à l'attribution privilégiée de titres

Deux hypothèses peuvent ici être envisagées au titre de la préférence : l'attribution gratuite de titres au cours d'une augmentation de capital (a) et la conversion des titres préalablement souscrits en cas d'émission de nouveaux titres à un prix inférieur (b).

¹⁵⁰² En ce sens v. Fr-D. POITRINAL, « La clause de tontine dans les sociétés de capitaux », *Revue des sociétés*, 1996, p. 731.

a. *L'attribution de titres gratuits*

385. Alors qu'en cas de réduction de capital dans les sociétés commerciales, la liberté des statuts dans l'aménagement des droits des associés est nécessairement bridée par l'article L. 225-204 du Code de commerce imposant à ce que l'opération ne porte pas atteinte à « l'égalité des actionnaires », aucune disposition équivalente n'existe en matière d'augmentation du capital. De fait, si cette opération intervient par incorporation de bénéfices, réserves ou primes d'émission, il est possible pour la société d'attribuer, à titre gratuit, des actions à certains associés ou porteurs de titres pour lesquelles une telle préférence aurait été prévue statutairement. En effet, rien n'impose que ces sommes soient réparties équitablement entre les différents associés, dès lors que l'aménagement ne revêt pas un caractère léonin¹⁵⁰³. Deux difficultés doivent cependant être évoquées quant au mécanisme d'attribution gratuite¹⁵⁰⁴.

D'une part, lorsque la préférence consistant en l'attribution gratuite de titres est attachée à une catégorie de titres pourvus de droits particuliers, il convient de considérer que, sauf prévision contraire des statuts ou du contrat d'émission, les titres attribués ne pourront être que des titres ordinaires. En effet, si certains auteurs semblent considérer qu'une telle émission devrait donner lieu à l'attribution de titres regroupant les mêmes caractéristiques¹⁵⁰⁵, il apparaît, à l'aune des modalités communes d'une augmentation de capital, que seuls les statuts ou le contrat d'émission peuvent permettre l'émission de titres particuliers. Pour cause, sauf décision contraire de l'assemblée amenée à se prononcer sur les modalités de l'augmentation envisagée ou prévision contraire des statuts ou du contrat d'émission des titres privilégiés, les titres émis lors d'une augmentation de capital sont des titres ordinaires. Il sera donc nécessaire, si telle est la volonté des parties, de prévoir expressément que l'attribution gratuite se traduira par l'attribution de titres de même catégories ou présentant les mêmes caractéristiques¹⁵⁰⁶.

¹⁵⁰³ Tel serait le cas par exemple si la préférence en cause prévoyait que l'intégralité des bénéfices, réserves et primes auraient vocation à être incorporés au capital en vue d'une attribution gratuite de titres certains ; en revanche, si la clause détermine précisément les cas dans lesquels une telle incorporation suivie d'une attribution gratuite dirigée pourra avoir lieu, elle ne peut être qualifiée de léonine.

¹⁵⁰⁴ Difficultés relevées et expliquées par H. LE NABASQUE, J-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 13, §50.

¹⁵⁰⁵ En ce sens v. J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », *RLDA*, 2005, n°78, chronique, §9 ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §19, faisant état, au même titre que Monsieur MESTRE, de la possibilité d'un « droit à l'attribution d'actions de préférence en cas d'émissions gratuites ».

¹⁵⁰⁶ En ce sens v. H. LE NABASQUE et *alii.*, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 13, §50.

D'autre part, si l'augmentation de capital envisagée se traduit par l'incorporation de réserves alors que les titres bénéficiant du droit à une attribution gratuite sont, en plus, attachés d'un droit spécifique sur les réserves, cette priorité doit-elle s'appliquer lors de l'incorporation pour calculer les droits qui doivent être attribués aux bénéficiaires de l'émission gratuite ? La question peut recevoir deux pistes de réponses distinctes. D'un côté, le droit spécifique sur les réserves semble être accordé à raison des prélèvements qui donneraient lieu à une distribution au profit des bénéficiaires de la préférence. Or, en cas d'incorporation, aucun versement n'est réalisé au profit des associés puisque les réserves sont affectées à l'augmentation du capital social. Dans cette hypothèse, il ne semble pas que le droit particulier sur le versement des réserves puisse donner lieu à une attribution plus importante de titres au profit des bénéficiaires de la préférence, puisque leur droit particulier n'est pas réalisé par l'opération. Mais d'un autre côté, l'affectation au capital des réserves sur lesquelles les associés bénéficieraient d'un droit particulier de versement peut s'apparenter à un emploi des sommes qui devraient leur être versées, en empruntant le mécanisme à celui qui s'opère dans le cadre des régimes matrimoniaux. Dans ce cas, le droit particulier sur les réserves devrait automatiquement se reporter sur l'incorporation de celles-ci au capital et, partant, ouvrir un droit d'attribution de titres gratuits plus important au profit des bénéficiaires de ces deux droits particuliers¹⁵⁰⁷. En l'absence de position certaine sur la question, il semble donc prudent de prévoir si, oui ou non, le droit spécial sur les réserves doit se reporter sur le calcul des titres à attribuer gratuitement en cas d'augmentation de capital par incorporation de tout ou partie de ces sommes.

Si l'exemple proposé concerne les sociétés par actions, rien ne s'oppose à ce qu'un tel aménagement soit prévu dans les sociétés par parts sociales pour lesquelles les mêmes difficultés et solutions doivent être retenues.

b. La conversion préférentielle : les clauses de ratchet

386. Lorsqu'un associé souscrit à une augmentation de capital, il se peut qu'il entende se prémunir contre l'entrée ultérieure d'associés qui souscriraient à un prix inférieur par l'application d'un mécanisme correcteur. La préférence peut alors consister en un droit privilégié de conversion de ses titres en titres d'une autre catégorie ou en titres ordinaires. Ce

¹⁵⁰⁷ H. LE NABASQUE et *alii.*, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 13, §50.

mécanisme est parfois appelé « *clause de ratchet* ». La clause peut alors prévoir que si, dans un délai préalablement déterminé, une émission nouvelle entraîne des souscriptions dont le prix est inférieur à celui payé par l'associé, dans un cadre déterminé par la clause, alors cet associé pourra voir ses titres convertis en titres d'une autre catégorie ou en titres ordinaires afin de voir la valeur de ses titres détenus conservées. Autrement dit, la clause de ratchet est « *une clause par laquelle un associé ou actionnaire se ménage la possibilité de réviser à la hausse son niveau de participation, dès lors que son investissement initial s'avère avoir été réalisé sur la base d'une valorisation trop importante. En d'autres termes, si la participation de tel associé ou actionnaire vient à se dévaloriser, les autres s'engagent contractuellement à compenser sa perte. Il s'agit de conserver l'équilibre initial, non pas en considération du pourcentage de titres détenus, mais de leur valeur* »¹⁵⁰⁸.

Par exemple, si la première souscription concerne des titres d'une catégorie payés 100 euros et que postérieurement, une émission de titres d'une valeur de 50 euros intervient, l'associé pourra demander la conversion des premiers titres souscrits en deux titres de la catégorie émise postérieurement¹⁵⁰⁹, que celle-ci soit ordinaire ou non, selon les modalités de conversion prévues par les statuts.

387. La validité de ce type de clause semble pouvoir être remise en cause sur le terrain des clauses léonines en ce qu'elles permettent à leurs bénéficiaires de se prémunir contre la baisse de valeur de leurs titres et donc de pertes¹⁵¹⁰. Néanmoins, cette critique peut être écartée pour plusieurs raisons. D'une part, si la parité de conversion établie au moment de la première souscription n'a pas pour objet certain d'évincer le bénéficiaire des pertes, la qualification léonine doit être écartée. D'autre part, le fait pour les bénéficiaires de la préférence en cause de voir leurs titres multipliés en cas de dépréciation de leur valeur ne les exonère pas totalement

¹⁵⁰⁸ R. ROUTIER, « Les clauses de ratchet en droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, 2002, n°8, p. 859, §1.

¹⁵⁰⁹ Exemple simplifié emprunté à A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDUEIL, « Actions de préférence – questions de praticiens », *art.cit.*, question n°7.

¹⁵¹⁰ Sur cette question v. notamment R. ROUTIER, *art.cit.*, §21 : « *La clause ne doit ainsi pas constituer pour son bénéficiaire une garantie contre toute évolution défavorable des actions, ni un moyen de se soustraire au statut d'associé. La clause de ratchet vise certes une double éventualité - celle d'un refinancement, et celle d'une dévalorisation constatée à cette occasion -, et l'aléa est parfois de nature à exclure le caractère léonin de la convention. Mais cela ne peut se concevoir ici, où, par le jeu de la clause, il est précisément supprimé pour le bénéficiaire qui peut ainsi se mettre à l'abri de tout risque de perte dans la société. La stipulation d'une clause de ratchet exorbitante, revenant indirectement à exonérer un associé au préjudice des autres par le biais d'une révision de sa participation pourrait donc, le cas échéant, être privée d'effets* ».

de leur participation aux pertes : ils restent titulaires de titres soumis potentiellement au même risque¹⁵¹¹.

2. *Modulations du droit préférentiel de souscription*

Pour ne pas voir leurs droits dilués lors d'une augmentation de capital en numéraire par émission de nouvelles actions, les actionnaires bénéficient par l'effet de la loi d'un droit préférentiel de souscription proportionnel au montant de leurs titres. Une prérogative similaire peut être prévue par les statuts de sociétés par parts sociales, puisque si rien n'est prévu par la loi en ce sens, rien ne s'y oppose non plus¹⁵¹². Et si ce droit bénéficie en principe à tous, il est possible de le moduler afin que l'avantage procuré soit plus important au profit de certains, voire ne profite qu'à quelques associés. En effet, puisque cette prérogative n'est pas directement prévue eu égard aux sociétés par parts sociales, la liberté est *a priori* totale, sous réserve bien sûr de ne heurter aucune règle d'ordre public. En revanche, pour l'aménagement de ce droit dans les sociétés par actions, il convient de se référer aux prévisions de l'article L. 225-132 du Code de commerce.

a. *Existence du droit*

388. Prérogative d'ordre public dans les sociétés par actions, le droit préférentiel de souscription ne peut être supprimé statutairement. Il doit bénéficier à tous les actionnaires, qui ne peuvent y renoncer par avance. La seule dérogation à ce principe est prévue par le dernier alinéa de l'article L. 228-11 du Code de commerce, en vertu duquel, sauf disposition contraire des statuts, les actions de préférence « *sans droit de vote à l'émission auxquelles est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation sont privées de droit préférentiel de souscription pour toute augmentation de*

¹⁵¹¹ En ce sens v. H. LE NABASQUE, J-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 13, §48.

¹⁵¹² Ceci a notamment été admis par un arrêt CA, Paris, 19 décembre 1956. V. également en ce sens par ex. J-M. DE BERMOND DE VAULX, « Les parts sociales privilégiées », *art.cit.*, §16 ; J-J. DAIGRE, « La loi n'attache pas un droit préférentiel de souscription aux parts de SARL, mais celui-ci peut être créé par les statuts ou par une décision collective des associés », *Bull. Joly Sociétés*, 2000, n°10, p. 920 ; L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *Droit et patrimoine*, 2011, n°204, p. 30.

capital en numéraire »¹⁵¹³. Ainsi, en dehors de ce cas spécifique, la préférence ne pourra pas avoir pour objet de ne réserver cette prérogative qu'à certains actionnaires. Toutefois, la même question fait en partie débat concernant les autres formes sociales. En effet, si à défaut de prévision statutaire dans les sociétés par parts sociales une telle prérogative n'est pas reconnue aux associés, rien ne s'oppose à ce que ce droit leur soit reconnu dans le pacte social. Puisqu'il n'existe à cet égard aucun cadre légal, il devrait être loisible aux associés de ne réserver un droit préférentiel de souscription qu'à certains associés¹⁵¹⁴, voire de moduler l'existence de ce droit dans le temps au profit de tout ou partie des associés, titres ou catégories de titres par exemple. Les statuts pourront et devront prévoir le régime de ce droit, qui en seront les bénéficiaires et dans quelles conditions. Cependant, cet avis est nuancé par d'autres estimant, au nom de l'égalité entre associés, que si la préférence est accordée à une catégorie de titres, une « *égalité rigoureuse entre les porteurs de parts de cette catégorie* » doit être respectée¹⁵¹⁵. Cette précision se fonde sur une décision rendue par la Cour d'appel de Paris en date du 19 décembre 1956 dans une affaire où le traitement différencié entre les associés d'une même catégorie était fondé sur la date d'acquisition des titres, les derniers entrants ne bénéficiant pas d'un droit préférentiel de souscription. La Cour a alors rejeté l'aménagement en se fondant sur le principe d'égalité catégorielle¹⁵¹⁶. Aussi, pour éviter toute remise en cause de la préférence, convient-il à tout le moins de respecter une égalité dans le cadre d'une attribution catégorielle de ce droit.

b. Proportionnalité du droit

389. L'absence de dispositions légales relatives au droit préférentiel de souscription dans les sociétés par parts sociales appelle deux remarques concernant la question de la proportionnalité de ce droit à la détention de capital des associés. D'une part, puisque rien n'est imposé par les textes, il semble possible pour les statuts de déterminer assez librement les modalités de calcul de ce droit. Cependant, certains auteurs conseillent tout de même de s'inspirer du mécanisme prévu par les articles L. 225-132 et suivants du Code de commerce pour des raisons de sécurité

¹⁵¹³ V. *supra*, n°312.

¹⁵¹⁴ En ce sens v. notamment J-J. DAIGRE, « La loi n'attache pas un droit préférentiel de souscription aux parts de SARL, mais celui-ci peut être créé par les statuts ou par une décision collective des associés », *art.cit.*, p. 920 ; L. GROSCLAUDE, *art.cit.*, *loc.cit.* : « *il est possible de conférer un droit préférentiel de souscription à certaines parts et non à d'autres* » ou encore M. STORCK, *SARL – Constitution – Capital social et parts sociales*, J.Cl. Sociétés, Traité, Fasc. 72-10, §106.

¹⁵¹⁵ V. en ce sens J-M. DE BERMOND DE VAULX, « Les parts sociales privilégiées », *art.cit.*, §16.

¹⁵¹⁶ CA, Paris, 19 décembre 1956, *JCP*, 1957, 60442, cité par J-M. DE BERMOND DE VAULX, *Ibidem*.

juridique¹⁵¹⁷. D'autre part, à défaut de prévisions suffisamment précises quant aux modalités de mise en œuvre de ce droit, avec par exemple une simple prévision de l'existence de ce droit au profit de tout ou partie des associés, seule une égalité proportionnelle pourra être appliquée pour suppléer cette lacune.

Concernant les sociétés par actions, alors que la proportionnalité de ce droit à la détention de capital des actionnaires était certaine jusqu'à l'ordonnance du 24 juin 2004¹⁵¹⁸, puisque toute clause contraire était réputée non écrite par l'article L. 225-132¹⁵¹⁹, le texte issu de la réforme a fait naître une controverse doctrinale. En effet, le second alinéa issu de la réforme n'a pas repris la sanction précédemment édictée. Partant, la persistance du caractère impératif de la proportionnalité se trouve interrogée. Pour certains, cette suppression ne peut emporter la possibilité pour les statuts de détacher la teneur du droit de la détention de capital en accordant une prérogative majorée ou minorée à certains titres ou actionnaires¹⁵²⁰. Trois raisons sont alors avancées. Tout d'abord, la proportionnalité est de l'essence du droit préférentiel de souscription depuis son instauration et il serait surprenant que ce qui est qualifié d'un simple oubli entraîne une révolution aussi importante dans la conception de ce droit. Ensuite, l'augmentation de ce droit au profit de certains entraînerait nécessairement une réduction de cette prérogative pour ceux ne se voyant pas accorder la préférence, sauf à admettre une sursouscription, or il n'est pas possible de supprimer ce droit en vertu de l'alinéa premier de l'article L. 225-132. Enfin, l'article 29§4 de la directive européenne du 13 décembre 1976 impose à ce que le droit préférentiel de souscription des actionnaires ne soit ni supprimé ni même limité. Et effectivement, cette directive abrogée et remplacée par une directive du 25 octobre 2012¹⁵²¹ prévoit d'une part que « *lors de toute augmentation du capital souscrit par apports en numéraire, les actions doivent être offertes par préférence aux actionnaires*

¹⁵¹⁷ R. MORTIER, *Augmentation du capital en numéraire – Droit préférentiel de souscription – Prime d'émission*, J.Cl. Sociétés, Traité, Fasc. 156-15, §3.

¹⁵¹⁸ Ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004.

¹⁵¹⁹ Art. L.225-132 al. 2 C. Com. version en vigueur jusqu'au 26 juin 2004 : « *Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

¹⁵²⁰ H. LE NABASQUE, J-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 15, §58.

¹⁵²¹ Directive 2012/30/UE du Parlement européen et du conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital.

proportionnellement à la partie du capital représentée par leurs actions » et d'autre part que « *le droit préférentiel ne peut être limité ni supprimé par les statuts ou l'acte constitutif* »¹⁵²².

Chacun de ces arguments peut néanmoins être discuté. Concernant la question de l'abrogation implicite, si rien n'indique que le but de la réforme de ce texte était effectivement de supprimer la sanction du caractère non-écrit à défaut de proportionnalité, rien ne permet non plus de considérer de manière certaine que cette suppression n'est pas volontaire. D'ailleurs, certains auteurs considèrent que cette suppression est en accord avec l'essence même de la réforme. Celle-ci a eu lieu dans le cadre des mesures de coordination dont l'objet était de permettre aux sociétés par actions d'émettre des titres assortis de droits particuliers de toute nature. L'idée était donc certainement de pouvoir déroger à l'attribution proportionnelle du droit préférentiel de souscription, lequel constitue un droit particulier¹⁵²³. De plus, pour ce qui est de l'impossibilité de majorer ce droit au profit de certains, tirée de l'interdiction de supprimer le droit préférentiel des autres actionnaires, en réalité l'écueil peut facilement être contourné en réduisant d'autant le droit de ceux ne bénéficiant pas de la préférence de sorte à ce que le droit puisse s'exercer sans difficulté. Enfin, pour ce qui est de la limite instaurée par la directive européenne, il convient de remarquer que celle-ci n'a vocation à s'appliquer, aux termes de l'annexe I de ce même texte, qu'aux sociétés anonymes en France. De fait, les sociétés en commandite par actions et les sociétés par actions simplifiées ne sont pas concernées, faisant tomber ce dernier argument à leur égard. En somme, seul cet ultime argument semble imparable et, partant, la seule limite à l'aménagement non-proportionnel du droit préférentiel de souscription concerne le cas des sociétés anonymes dans lesquelles cette prérogative sera nécessairement fonction de la détention de capital des actionnaires. Dans les autres cas, rien ne s'oppose à une dérogation à la proportionnalité. D'ailleurs, si la proportionnalité est imposée dans les sociétés anonymes, ce droit n'en reste pour autant pas figé et peut tout de même faire l'objet d'aménagements spécifiques au profit des actionnaires quant aux titres sur lequel la prérogative peut être exercée.

¹⁵²² Directive 2012/30/UE, art. 33§1 et 4.

¹⁵²³ En ce sens v. J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés commerciales, op.cit.*, §3938.

c. *Exemple d'application : la clause anti-dilutive*

390. Lorsqu'une augmentation de capital est envisagée, les associés se voient conférer un droit préférentiel de souscription leur permettant, s'ils le souhaitent, de maintenir la proportion de leurs droits. Cependant, ce droit ne leur assure aucunement de se préserver contre la dilution des droits particuliers qui auraient pu leur être accordés, soit personnellement soit en raison des titres qu'ils détiennent. En effet, le droit préférentiel de souscription est, aux termes de l'article L. 225-132 du Code de commerce, tant attaché aux titres qu'aux actionnaires, mais leur permet seulement de maintenir leur pourcentage de participation dans le capital social et non leurs droits particuliers. Si aucun aménagement spécifique de ce droit n'est prévu par les statuts, l'attribution de nouveaux titres à l'associé peut alors lui être profitable ou non. L'exercice du droit préférentiel de souscription sera avantageux lorsque la préférence accordée ne souffre d'aucune dilution, comme c'est le cas pour l'octroi d'un droit d'information renforcée, ou encore lorsque la souscription qui lui est offerte permet à l'associé de se voir attribuer des titres pourvus de prérogatives qui ne lui étaient jusqu'alors pas reconnues, comme le droit de vote attaché aux actions ordinaires alors qu'il était précédemment détenteur uniquement d'actions de préférence dépourvues de cette prérogative. Mais la mise en œuvre de ce droit peut également ne revêtir aucun intérêt pour les associés si l'émission projetée a pour effet de diluer drastiquement les droits particuliers dont ils étaient jusqu'alors titulaires. Ainsi, si de nouveaux titres auxquels est attaché un droit plus important sur les dividendes sont émis, en concurrence directe avec les droits particuliers des titres détenus et ouvrant droit à une souscription prioritaire, cette dernière ne pouvant pas être totale, un préjudice peut en résulter pour l'associé présent exerçant son droit de souscription¹⁵²⁴.

Pour remédier à ce risque, il est possible de prévoir statutairement un mécanisme anti-dilutif au profit de tout ou partie des associés. Cette préférence a pour objet d'assurer aux titulaires de certains droits particuliers de pouvoir bénéficier, par la mise en œuvre de leur droit préférentiel de souscription, de titres de même catégorie que ceux d'origine. Il est ainsi possible de prévoir que les titres ordinaires auront un droit préférentiel de souscription sur les titres ordinaires nouvellement émis, alors que les autres catégories de titres auront un droit similaire mais uniquement sur les titres de la même catégorie¹⁵²⁵. Dès lors que le droit préférentiel de souscription est maintenu dans les sociétés par actions, et qu'il reste proportionnel dans les

¹⁵²⁴ En ce sens v. R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 11, §29.

¹⁵²⁵ En ce sens v. A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDUEIL, « Actions de préférence – questions de praticiens », *art.cit.*, question n°7 et R. MORTIER, *art.cit.*, *loc.cit.*

sociétés anonymes, le droit préférentiel peut recevoir tous les aménagements que la pratique pourrait imaginer. Dans les sociétés par parts sociales, ce droit n'étant pas d'ordre public, la liberté est encore plus grande, et il est possible d'imaginer qu'une clause anti-dilutive ne profitera qu'à certains associés ou catégories de titres déterminés.

B. La préférence pécuniaire en cas de dégradation du capital social

Par dégradation du capital deux événements bien distincts de la vie sociale sont ici visés : la réduction de capital, qu'elle soit motivée par des pertes ou non (1), et la dissolution de la société (2). Au cours de ces divers épisodes pouvant jalonner la vie de la société, la préférence peut jouer un rôle dans les relations entre les associés.

1. Traitement inégalitaire en cas de réduction du capital motivée par des pertes ou non

391. Le capital social est régi par un principe de fixité afin d'assurer aux créanciers de la structure qu'un actif soit bloqué à leur profit potentiel, ces sommes représentant à leur égard un droit de gage. Néanmoins, le patrimoine de la société n'est quant à lui pas fixe. Ainsi, comme l'a décrit THALLER : « *Au début de la société, le capital concorde avec l'actif. Mais cette concordance est dérangée par la marche des affaires sociales. Si la société réussit et se dote de réserves, l'actif grandit au-delà du capital. Le capital social est une ligne d'arrêt toute idéale tracée dans l'actif sans identifier des valeurs précises autour du cercle de la valeur primitive des apports. Dans l'intérieur de ce cercle, la société prend l'engagement de ne pas retirer cet actif et elle le rend indisponible au regard des créanciers. Tout ce qui déborde de ce cercle demeure disponible, les associés gardant la faculté d'en faire distribution entre eux* »¹⁵²⁶.

De fait, si l'actif dont dispose la société au titre de son capital social est en principe indisponible, d'une part la valeur de cet actif doit donner une image sincère des sommes dont la société dispose réellement, ce qui impose parfois aux associés de procéder à une réduction du montant affiché en cas de pertes afin d'apurer ces dernières et présenter un capital réel aux tiers ; et d'autre part, sous réserve de respecter les mesures de publicité destinées à informer les créanciers sociaux, les associés peuvent procéder à des réductions de ce montant, dès lors que

¹⁵²⁶ E-E. THALLER, « De l'augmentation du capital par transformation en actions soit du passif, soit des réserves de la société », *Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international*, 1907, n°21, p. 194.

celles-ci n'ont pas pour effet de l'abaisser en deçà du seuil minimal éventuellement imposé par la loi. Dans les deux cas, les droits des associés peuvent se trouver affecter par l'opération, mais la préférence ne peut pas leur être accordée dans les mêmes termes.

a. La préférence et la réduction de capital motivée par des pertes

392. Lorsqu'une réduction de capital est motivée par des pertes, le but de l'opération est d'apurer le passif social. La contribution aux pertes fait d'ailleurs partie des éléments constitutifs du contrat de société, tels que définis par l'article 1832 du Code civil, sans laquelle ce dernier ne saurait exister. D'ailleurs, l'article 1844-1 prohibe formellement qu'un associé se voit exonérer de toute participation aux pertes de la société. Cette disposition est applicable à toutes les formes sociales. Partant, si une préférence peut être instaurée au profit de certains associés afin que ces derniers ne voient pas annuler tout ou partie de leurs titres du fait de la réduction de capital motivée par des pertes, cette exonération ne pourra être que partielle et ils ne pourront pas échapper pleinement à l'apurement du passif mis en œuvre. Ainsi, il est possible de prévoir dans les statuts que dans un tel cas, certains titres ou associés supporteront de façon amoindrie les conséquences de la réduction de capital et cette clause sera valable dès lors que l'exonération prévue n'est pas totale. À défaut l'aménagement revêtirait un caractère léonin¹⁵²⁷.

Alors que la disposition générale tend à confirmer la validité d'une clause emportant un traitement inégalitaire des associés en cas de réduction de capital motivée par des pertes, une disposition spéciale semble faire échec à cette possibilité dans le cadre des sociétés par actions. L'article L. 225-204 du Code de commerce, applicable à toutes les sociétés par actions par renvoi ou compatibilité, dispose qu'en aucun cas une réduction de capital, qu'elle soit ou non motivée par des pertes par ailleurs, « *ne peut porter atteinte à l'égalité des actionnaires* »¹⁵²⁸. Les auteurs s'accordent alors à considérer qu'une inégalité de traitement ne sera possible que si cette dernière est préalablement acceptée en connaissance de cause par tous les actionnaires

¹⁵²⁷ Position retenue notamment par l'ANSA, Comité juridique, 1^{er} décembre 2004, n°04-079.

¹⁵²⁸ Cette obligation s'accompagne d'ailleurs d'une sanction pénale prévue à l'article L. 242-23 du Code de commerce : « *Est puni de 30 000 € d'amende le fait, pour le président ou les administrateurs d'une société anonyme, de procéder à une réduction du capital social sans respecter l'égalité des actionnaires* ».

car le texte ne condamne que l'imposition d'une inégalité¹⁵²⁹. Ainsi, alors qu'une simple majorité devrait suffire à instaurer un traitement inégalitaire en cas de réduction de capital dans les autres formes sociales, l'unanimité semble s'imposer dans le cadre des sociétés par actions.

b. La préférence et la réduction de capital non motivée par des pertes

393. Lorsque la réduction de capital ne correspond pas à la nécessité pour la société de venir apurer son passif, la question des pertes étant écartée, les remarques précédemment faites quant à la prohibition des clauses léonines doivent l'être également. Il est de fait loisible aux associés de procéder à l'établissement d'une préférence au profit d'un ou plusieurs associés, titres ou catégories de titres.

En revanche, dans les sociétés par actions, la limite tirée de l'article L. 225-204 du Code de commerce trouve encore une fois à s'appliquer. Si la préférence a pour objet de mettre en place un traitement inégalitaire des associés en cas de réduction de capital, la clause au sein de laquelle celle-ci sera prévue devra faire l'objet d'un consentement éclairé et unanime.

2. Droit au remboursement prioritaire des titres en cas de dissolution

Il arrive parfois que la liquidation du patrimoine social fasse apparaître un boni, se manifestant après désintéressement des créanciers extérieurs à la structure puis remboursement de leurs titres aux associés. Il est également possible que cette opération révèle l'absence de fonds suffisants pour rétrocéder leur investissement initial à l'ensemble des associés. La préférence peut alors avoir pour objet de garantir à ses bénéficiaires le remboursement prioritaire du nominal de leurs titres au moment de la liquidation, de sorte que si le produit de celle-ci est insuffisant pour désintéresser l'ensemble des associés, les bénéficiaires sont tout de même assurés du remboursement total de leur investissement. Toutefois, si le produit issu de la

¹⁵²⁹ En ce sens v. notamment *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, éd. 2018, §51800 ; H. LE NABASQUE, J-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 15, §55 ; contra, considérant qu'aucune renonciation n'est possible par anticipation v. R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 11, §28.

liquidation du patrimoine social est suffisant, la préférence accordée perd son intérêt, la priorité chronologique n'ayant alors aucun impact sur le remboursement au profit de chacun¹⁵³⁰.

394. La mise en place d'un tel aménagement de la liquidation interroge quant à sa licéité sur le terrain de la prohibition des clauses léonines. En effet, que la société soit à responsabilité limitée ou non, les associés engagent au minimum leurs apports dès lors que ceux-ci sont réalisés en pleine propriété ou en jouissance eu égard à des biens fongibles et consommables. Cet engagement se réalise par la contribution aux pertes imposée par la définition du contrat de société, concrétisée par la prohibition des clauses léonines de l'article 1844-1 du Code civil. Or, si la clause de liquidation prioritaire assure pleinement le remboursement de leurs apports à certains associés, il est possible que les autres soient totalement exclus de cette distribution et supportent, de fait, à eux seuls les pertes engendrées par l'activité sociale. Si aux termes de l'article 1844-1 du Code civil rien ne s'oppose à ce que la contribution aux pertes soit inégalitaire entre les associés, et donc qu'au moment de la liquidation du patrimoine social certains soient assurés de récupérer en priorité leurs apports, il ne semble pas admissible que ces derniers soient totalement exclus du risque de perdre la valeur de leur investissement alors que les autres supporteraient entièrement les pertes.

Il sera donc prudent de rédiger la clause de sorte à aménager un droit minimum au profit des autres associés sur le produit de la liquidation au moment du remboursement des apports si un tel remboursement est possible. À cet effet, la clause pourra prévoir que certains associés, titres ou catégories de titres se verront rembourser prioritairement tout ou partie de leurs apports sur une certaine quote-part du produit de la liquidation, de sorte que les non-bénéficiaires de la préférence, s'ils ne sont pas assurés au même titre que les autres, pourront récupérer une part de leur investissement. Il ne faut pas que la clause ait pour conséquence d'affecter l'intégralité du produit de la liquidation au remboursement des titres de certains, sauf à risquer une qualification léonine par les juges¹⁵³¹.

¹⁵³⁰ Aménagement proposé par ex. par A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDUEIL, « Actions de préférence – questions de praticiens », *art.cit.*, question n°7 ou encore R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 10, §28.

¹⁵³¹ Sur ce point, relativement aux mécanismes de liquidation préférentielle en général, et non seulement en fin de vie sociale, v. S. DUFLLOT, « Les mécanismes de liquidation preferences en droit français », *Bull. Joly Sociétés*, 2007, n°4, p. 429, et notamment « *I. Validité des clauses de liquidation préférentielle au regard de la prohibition des clauses léonines* ».

Conclusion du Chapitre Premier

Il n'est que possible de conclure en rappelant que ce chapitre ne constitue qu'une liste d'exemples déjà éprouvés par la pratique mais dont les facettes peuvent être modulées à l'infini. C'est bien l'inventivité de la pratique, pour laquelle la liberté rend nécessairement inopportune toute tentative d'énumération exhaustive, qui peut éprouver les limites à la préférence en matière de droits financiers des associés. En dehors du cas très spécifique de l'article L. 232-14 du Code de commerce imposant aux rédacteurs de statuts de sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions de passer par la création d'actions de préférence pour pouvoir user de toutes les potentialités de l'article 1844-1 du Code civil, les limites substantielles en matière d'aménagement des droits pécuniaires sont très souples. Il s'agira alors simplement de réussir à mettre en place une répartition de ces prérogatives correspondant bien aux attentes des associés, tout en assurant une mise en œuvre correcte de ces droits en se prémunissant de tout aménagement léonin si la préférence porte sur des prérogatives protégées par l'article 1844-1 du Code civil. Une des difficultés principales se révélera certainement dans la mise en place d'une multiplicité de clefs de répartition de ces différentes prérogatives dont la confrontation rendrait si ce n'est impossible, au moins très complexe leur mise en œuvre.

CHAPITRE DEUXIÈME

LA PRÉFÉRENCE EXTRA-PÉCUNIAIRE

Les associés ne bénéficient pas uniquement de droits pécuniaires. De manière alternative ou cumulative, la préférence peut également concerner les prérogatives extra-pécuniaires des associés. Ces dernières peuvent être définies négativement en ce que ce sont celles qui n'ont pas une nature pécuniaire ou financière. Ce sont les droits extrapatrimoniaux des associés qui leur permettent de participer à la vie sociale. Ce droit de participation à la vie sociale s'entend tant dans son principe que dans ses modalités de mise en œuvre¹⁵³². En effet, pour pouvoir participer à la vie de la société, encore faut-il pouvoir y entrer, y demeurer et pouvoir également la quitter. Or, ces différents événements sont régulièrement tributaires de la mise en œuvre des droits politiques des autres associés. Ainsi, se trouvent parmi les prérogatives extrapatrimoniales des associés et pouvant constituer un terrain d'application de la préférence : le droit de vote, d'information, de participation aux décisions collectives, de se retirer de la société, de ne pas être exclu mais également la charge de l'être, le fait de voir une procédure d'agrément ou de préemption s'appliquer aux cessions de titres etc. Toutes ces prérogatives peuvent faire l'objet d'aménagements, dans des mesures qui peuvent varier en fonction de la forme sociale considérée. Si la liberté est moins grande ici que dans l'organisation des droits financiers et pécuniaires des associés, il n'en reste pas moins que les frontières de celle-ci ne peuvent faire l'objet d'une définition exhaustive, la pratique restant seule à même d'explorer les confins des aménagements envisageables. Aussi, pour procéder à l'étude des potentialités offertes par la préférence en matière de droits extrapatrimoniaux des associés, seront successivement abordées les questions relatives aux aménagements des modalités de participation à la vie sociale (**Section I**) puis celles concernant le principe de participation à la vie sociale (**Section II**).

Section I : La préférence et les modalités de participation à la vie sociale

Section II : La préférence et le principe de participation à la vie sociale

¹⁵³² Catégorisation proposée notamment par Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, p. 86, §48.

SECTION I : LA PRÉFÉRENCE ET LES MODALITÉS DE PARTICIPATION À LA VIE SOCIALE

Les droits politiques des associés constituent le socle du fonctionnement et du contrôle de la vie sociale, et donc sont un des vecteurs principaux de satisfaction de l'intérêt social. En effet, c'est en raison des décisions qui seront prises par et dans la société que celle-ci pourra prospérer. Or, comme il a été démontré, l'égalité dans la gestion de la structure n'est pas nécessairement un facteur de réussite sociale¹⁵³³. Ce constat a d'ailleurs naguère mené RIPERT à affirmer que les associés qui ne seraient que de simples porteurs de titres « *préfèrent le despote éclairé qui les enrichira par une habile gestion* »¹⁵³⁴ à l'existence d'une assemblée souveraine indifférente aux affaires sociales¹⁵³⁵. Pour parfaire ou au moins façonner la gestion de la société au gré de leurs besoins, les associés peuvent donc songer à l'aménagement de leurs prérogatives politiques. La première prérogative venant à l'esprit, et la plus importante dans les mains des associés, est évidemment le droit de vote (§1), mais les autres prérogatives de gouvernement dont ils disposent peuvent aussi donner lieu à l'instauration de la préférence (§2).

§1. L'aménagement du droit de vote

Attribut parfois présenté comme inhérent à la qualité d'associé¹⁵³⁶, le droit de vote peut en principe être exercé dans les mêmes conditions par chacun des associés, que sa répartition réponde à une égalité proportionnelle à la détention de capital ou que celle-ci se fasse par tête. Cette prérogative ne doit pas pour autant être sacralisée¹⁵³⁷, et peut faire l'objet de nombreux aménagements dès lors que les limites précédemment évoquées sont respectées¹⁵³⁸. La préférence pourra alors avoir pour objet de réduire la teneur de cette prérogative (A), ou bien de l'accroître (B).

¹⁵³³ V. *supra*, n°92 et s.

¹⁵³⁴ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, *op.cit.*, p. 105, §45.

¹⁵³⁵ Sur cette question v. G. RIPERT, *op.cit.*, p. 98, §43.

¹⁵³⁶ V. *supra*, n°295.

¹⁵³⁷ Pour une critique de cette sacralisation v. notamment A-V. LE FUR, « Concilier l'inconciliable » : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *D.*, 2008, p. 2015.

¹⁵³⁸ V. *supra*, n°315 et s.

A. Affaiblissement du droit de vote

Afin de limiter le poids politique de certains d'entre eux, que ce soit parce que ces derniers ne souhaitent pas prendre part aux décisions ou qu'ils n'aient qu'un rôle d'apporteur de fonds par exemple, on peut songer à minimiser la teneur du droit de vote de certains associés, titres ou catégories de titres. Cet affaiblissement de la prérogative peut se révéler de manière graduelle par une simple minoration (1), un plafonnement (2), une suspension (3) voire même une suppression (4).

1. Minoration

L'attribution du droit de vote aux associés peut être proportionnelle à la détention de capital, comme les textes le prévoient par exemple pour la société à responsabilité limitée ou la société anonyme, ou par tête. La question de la minoration du nombre de droits de vote n'a évidemment vocation à recevoir application que lorsque la loi ou les statuts n'ont pas prévu une répartition égalitaire arithmétique de cette prérogative.

395. *Impossibilité de prévoir une minoration dans les SARL.* Avant toute chose et pour rappel, aucun aménagement de ce droit ne sera possible, que ce soit à la hausse ou à la baisse, dans les sociétés à responsabilité limitée. Il s'agit de la seule forme sociale dans laquelle aucune exception ou entorse à l'égalité proportionnelle au nombre de parts possédées n'est tolérée par le législateur. L'article L. 223-28 du Code de commerce est inflexible sur ce point, toute clause contraire serait réputée non-écrite.

396. *Liberté totale dans les autres sociétés par parts sociales et les SAS.* En revanche, la liberté dans la minoration est quasiment totale dans les autres structures par parts sociales et les sociétés par actions simplifiées, la seule limite étant l'encadrement – incertain – des cas de suppression de cette prérogative¹⁵³⁹. Mais dès lors que les associés n'entendent pas écarter de manière totale et définitive un ou plusieurs d'entre eux du droit de vote, les statuts sont – de manière certaine – libres d'aménager sa minoration eu égard à la teneur du droit attribuée aux titres ordinaires, car aucun texte ne s'y oppose. En effet, pour les sociétés civiles, si l'article 1845-1 du Code civil prévoit une division du capital social en parts égales, ce n'est qu'à raison

¹⁵³⁹ V. *infra*, n°401.

de la valeur nominale de celles-ci. Rien n'empêche que les statuts confèrent des droits de vote plus ou moins importants à certaines parts¹⁵⁴⁰, le seul texte relatif à cette prérogative prévoyant simplement une unanimité supplétive pour la prise des décisions excédant les pouvoirs reconnus aux gérants¹⁵⁴¹. Le silence de la loi laisse le soin aux statuts de fixer le nombre de voix dont dispose chaque associé, la préférence pourra donc consister dans cette forme sociale en l'attribution d'un droit de vote minoré pour certaines parts, catégories de parts ou associés¹⁵⁴². La logique est la même pour les sociétés en nom collectif, dans lesquelles les statuts peuvent librement organiser la répartition des voix entre les associés en nom¹⁵⁴³. L'idée est similaire dans les sociétés en commandite simple puisque l'article L. 222-5 du Code de commerce prévoit directement que les décisions sont prises dans les conditions que fixent les statuts. Par conséquent, s'ils sont libres de déterminer les conditions de *quorum* et de majorité, les associés doivent également déterminer la répartition des voix entre eux. Ils peuvent tout à fait retenir une répartition qui ne soit pas par tête ou proportionnelle, et donc des droits minorés pour certains. La même liberté est offerte aux associés de sociétés par actions simplifiées puisque l'article L. 227-9 leur permet d'organiser librement les formes et conditions des décisions collectives. Ainsi, par simple prévision statutaire les associés de ces formes sociales pourront procéder à une minoration du droit de vote. Dans le cadre des sociétés par actions simplifiées, cette minoration pourra être appliquée directement aux associés par le biais des statuts, mais pourra également se réaliser par le biais de l'émission d'actions de préférence pour lesquelles est expressément prévue la possibilité de moduler le droit de vote.

397. Impossibilité d'une minoration catégorielle pour les SA et SCA ? L'article L. 225-122 du Code de commerce, applicable tant aux sociétés anonymes qu'aux sociétés en commandite par actions, prévoit un principe en vertu duquel « *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* ». Celui-ci est assorti d'exceptions limitativement énumérées au titre desquelles on retrouve la possibilité de limiter le droit de vote, mais uniquement à raison d'un plafonnement dont les contours sont encadrés par l'article L. 225-125 du Code de commerce. Ce texte prévoit que « *les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque*

¹⁵⁴⁰ En ce sens v. notamment Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, éd. 2018, §21010.

¹⁵⁴¹ Art. 1852 C. Civ.

¹⁵⁴² En ce sens v. L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *art.cit., loc.cit.*

¹⁵⁴³ Le seul texte traitant de cette prérogative étant l'article L. 221-6 du Code de commerce, en vertu duquel en dehors des décisions requérant l'unanimité, les statuts fixent la majorité, et donc dans le silence de la loi sur le nombre de voix attribués, les associés sont libres de déterminer cette répartition. À noter que dans le silence des statuts, chaque associé disposera d'une voix – en ce sens v. notamment Y. GUYON, *Droit des affaires*, Tome I, Economica, 12^{ème} éd., 2003, n°259.

actionnaire dispose dans les assemblées, sous la condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie ». Il ne semble donc pas de prime abord possible de procéder à une minoration du droit de vote qui ne s'appliquerait pas à tous les actionnaires, et que la préférence puisse s'appliquer à l'égard de cette prérogative dans ces formes sociales. Ceci amène à aborder la question de la pratique du plafonnement des droits, qui est en fait une technique au service de la minoration et seul instrument au profit des actionnaires de sociétés soumises aux articles L. 225-112 et suivants du Code de commerce pour procéder à une minoration du droit de vote. En effet, lorsque les limites théoriques imposées par l'article L. 225-125 sont confrontées à la pratique, il apparaît que les actionnaires sont assez libres d'organiser une minoration, cela demande simplement une rédaction statutaire plus complexe que dans les autres formes sociales pour parvenir au résultat escompté.

2. Plafonnement

Plutôt que de minorer les voix dont disposent les associés, un plafonnement de cette prérogative peut être envisagée par les associés, que ce soit à l'égard de tous les titres ou associés, ou seulement certains d'entre eux, ou encore à l'égard de certaines décisions, ou pour des périodes données par exemple. Comme pour ce qui est de la minoration, la préférence consistant en un plafonnement des droits de vote est très libre dans les sociétés par parts sociales autres que les sociétés à responsabilité limitée et pour les sociétés par actions simplifiées¹⁵⁴⁴.

398. Le seul cas où ce plafonnement est strictement encadré est celui des sociétés anonymes et en commandite par actions, par le biais de l'article L. 225-125 du Code de commerce. Comme vu dans le cadre de l'étude des limites substantielles de la préférence, ce texte fait référence à la possibilité de plafonner les droits de vote des actionnaires « *dans les assemblées* » sans autre précision. Il en résulte donc qu'il est tout à fait envisageable que le plafonnement ne trouve à s'appliquer qu'à certains types d'assemblées déterminées par les statuts. Ensuite, le texte impose que ce plafonnement s'applique à tous les actionnaires, sans distinction de catégorie. Ceci conduit à affirmer qu'il ne sera pas possible de passer par l'émission d'actions de préférence pour instaurer une préférence catégorielle à l'égard de ce plafonnement. Il s'agit de la principale limite à la mise en place de la préférence portant sur le droit de vote dans les

¹⁵⁴⁴ Ainsi, alors que l'article L. 225-125 ne permet pas un plafonnement catégoriel des voix, cet aménagement est tout à fait possible dans les SAS pour qui ce texte n'est pas impératif. En ce sens v. G. DE TERNAY, « SAS et actions de préférence : *modus operandi* », *JCP E*, 2005, n°14, p. 568, §10.

sociétés anonymes et en commandite par actions. En effet, le texte ne prescrit aucune modalité de plafonnement des voix. Partant, les actionnaires sont libres d'établir une méthode de plafonnement des voix, et celle-ci pourra conduire à une minoration catégorielle du droit de vote. Ainsi, si dans une société anonyme composée de trois actionnaires il est prévu que le nombre de voix dont ils disposent ne pourra être supérieur à 50. Si A, B et C détiennent respectivement 50, 30 et 20 titres, à défaut de plafonnement leur poids politique serait proportionnel à cette détention. Par le biais de la clause de plafonnement, alors que B et C conservent le même nombre de voix, faute d'atteindre le seuil maximal imposé par les statuts, A verra ses voix réduites à 40. Ainsi, le poids de ce dernier passera de 50 à environ 44%. Corrélativement, B et C verront leur poids politique élevé à environ 33 et 23% chacun. De plus, si la limite précédemment évoquée quant à l'impossibilité de procéder à un plafonnement catégoriel des voix empêche en principe de minorer le poids politique d'un seul par exemple, en réalité, les actions de préférence pour lesquelles il est possible d'aménager temporellement les droits qui leurs sont attachés permettent de parvenir à un résultat similaire.

3. *Suspension et aménagements temporels*

399. Que ce soit de manière cumulative ou alternative à tous les autres aménagements possibles du droit de vote, la préférence peut aussi avoir pour objet d'aménager temporellement l'exercice de cette prérogative. Il pourra s'agir de suspendre totalement ou partiellement ce droit pour un temps déterminé ou déterminable ; de subordonner son exercice à certaines conditions, comme l'instauration d'une clause de stage ; de le limiter à certaines assemblées¹⁵⁴⁵ ; de ne prévoir la préférence que pour un temps donné ou pour certaines période définies préalablement de manière directe ou en référence à la survenance de certains événements par exemple¹⁵⁴⁶. Au même titre que pour les autres aménagements de cette prérogative dans les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés par actions simplifiées, dès lors que le droit n'est pas supprimé de manière définitive¹⁵⁴⁷ et que les conditions d'exercice ne portent pas atteinte à une règle d'ordre public, comme la prohibition

¹⁵⁴⁵ Exemple de clause possible : « *Les (parts ou actions) de catégorie (X) confèrent à leurs titulaires un droit de vote limité aux seules décisions ci-après énumérées (...)* ».

¹⁵⁴⁶ Pour l'amputation temporaire du droit dans les sociétés civiles v. par exemple L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *art.cit., loc.cit.*

¹⁵⁴⁷ Il s'agit ici de considérer les limites actuelles et certaines de la préférence, mais il semble envisageable de supprimer le droit de vote à titre définitif : v. *supra*, n°295.

des conditions potestatives ou le droit de participation aux décisions collectives, rien ne s'oppose à de tels aménagements¹⁵⁴⁸. De même, dans les sociétés par actions simplifiées, la préférence pourra être mise en place directement par les statuts ou par la voie de l'émission d'actions de préférence.

400. Mais une nouvelle fois, l'aménagement temporel du droit de vote dans les sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions est moins libre puisque celui-ci devra nécessairement passer par la création d'actions de préférence, l'article L. 225-122 ne permettant pas de prévoir directement la suspension, temporaire, provisoire, à éclipse ou conditionnelle de ce droit par exemple. Toutefois, si l'article L. 228-11 du Code de commerce impose de respecter les dispositions impératives relatives au droit de vote dans les sociétés anonymes, il précise dans son second alinéa que « *le droit de vote peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable. Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable* ». Ainsi, le droit de vote attaché aux actions de préférence peut être distributif, et n'être appelé à intervenir qu'à l'occasion de certaines assemblées¹⁵⁴⁹. La préférence peut aussi consister de manière inverse à accorder un droit de vote aux titulaires des actions de préférence sauf pour certaines décisions déterminées¹⁵⁵⁰. La préférence peut également être conditionnelle, suspensive ou résolutoire¹⁵⁵¹. Ces aménagements peuvent être permanents, temporaires ou à éclipse, lorsque certains paramètres déterminés par les statuts entraîneront sa suspension. Par conséquent, si la liberté est encadrée dans le cadre des sociétés soumises aux prévisions de l'article L. 225-122 du Code de commerce, par la création d'actions de préférence et la mise en place de différentes catégories de titres, un résultat similaire à ce qui est permis dans les autres formes sociales peut être atteint. Il convient néanmoins de noter que le nombre d'actions de préférence dont le droit

¹⁵⁴⁸ Exemple de clause pour une suspension du droit de vote : « *Les (titres : parts sociales ou actions) de catégorie (X) (ou une portion déterminée de ceux-ci) sont privées de droit de vote pour (prévoir ici une durée déterminée ou déterminable, qu'elle soit immédiate ou différée). Elles conservent leur droit de participation aux décisions collectives et doivent à ce titre être convoquées aux assemblées dans les mêmes conditions que les (titres) des autres catégories* ».

¹⁵⁴⁹ Ainsi, H. LE NABASQUE, J-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 19, §73, proposent la clause suivante : « *Les titulaires d'actions de catégorie P ne peuvent voter lors des assemblées générales de la société de quelque nature que ce soit, pour toutes les résolutions inscrites à l'ordre du jour, à l'exception des résolutions ci-après énumérées (...) pour lesquelles le droit de vote s'exerce conformément aux dispositions des articles (...) des présents statuts* ».

¹⁵⁵⁰ De la même manière, ces auteurs proposent la clause suivante : « *Les titulaires d'actions de catégorie P votent aux assemblées générales, conformément aux dispositions des articles (...) et suivants des présents statuts, pour toutes les résolutions figurant à l'ordre du jour, à l'exception des résolutions ci-après énumérées (...)* ».

¹⁵⁵¹ Pour des exemples de conditions v. R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 13, §34 : « *sous condition de respecter une certaine politique commerciale ; sous condition de la réalisation d'un certain chiffre d'affaires ou résultat ; sous condition de décision d'un organe, la suppression du droit de vote pouvant faire office de sanction d'un comportement répréhensible de l'actionnaire* » etc.

de vote est suspendu est, *a priori*, limité au même titre que celles qui en seraient dépourvues : ces dernières ne peuvent représenter plus du quart ou de la moitié du capital social selon que la société que soit admise sur un marché réglementé ou non et les titres dont les voix seraient suspendus devraient être comptabilisés pour l'établissement de ce seuil¹⁵⁵².

4. *Suppression*

401. Jusqu'alors, tous les aménagements envisagés ont révélé une liberté plus grande au profit des sociétés par parts sociales, hormis la SARL – moins libre –, et la société par actions simplifiée – aussi libre que les sociétés par parts. En matière de suppression du droit de vote en revanche, la question est plus délicate car, toute forme sociale confondue, cette prérogative ne pourrait être supprimée de manière définitive que lorsque cela est prévu par la loi en raison de l'article 1844 du Code civil¹⁵⁵³. Or, la seule prévision expresse intéressant directement la notion de préférence concerne les actions de préférence que peuvent émettre les sociétés par actions. Ainsi, en application de cette lecture de l'article 1844, sociétés civiles, sociétés en nom collectif et en commandite simples pourront prévoir une suspension de ce droit¹⁵⁵⁴ mais ne pourront pas prévoir sa suppression définitive au sein de leurs statuts. En revanche, les sociétés anonymes et en commandite par actions, rejointes sur ce point par les sociétés par actions simplifiées, se voient offrir cette opportunité par le biais de l'article L. 228-11 du Code de commerce qui constituerait une exception.

Cet article prévoit que le droit de vote attaché aux actions de préférence peut être supprimé, puisque ces titres peuvent être émis avec ou sans droit de vote, et que cet aménagement pourra être réalisé à titre temporaire ou permanent. Ainsi, les actions de préférence permettent aux sociétés par actions d'émettre des catégories de titres pour lesquelles le droit de vote est totalement et définitivement supprimé, pour tout ou partie des décisions sociales ou assemblées ; l'émission de titres pour lesquels le droit de vote serait partiellement supprimé etc. La seule limite à la suppression est prévue par les troisième et quatrième alinéas de ce texte, en vertu desquels « *les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent*

¹⁵⁵² V. *supra*, n°312.

¹⁵⁵³ V. *supra*, n°295.

¹⁵⁵⁴ Même si certains auteurs font référence à la possibilité d'une amputation, celle-ci est précisée « temporaire » (en ce sens v. L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *art.cit.*, *loc.cit.*), il convient donc de ne parler que de suspension afin de ne pas tromper le lecteur sur les possibilités offertes par la préférence en ce domaine.

représenter plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, plus du quart du capital social. Toute émission ayant pour effet de porter la proportion au-delà de cette limite peut être annulée ». Cette limite ayant pour objet d'« assurer la représentativité en terme de capital des actionnaires dotés du droit de vote »¹⁵⁵⁵, l'ensemble des actions de préférence démunies de droit de vote, que ce soit à titre temporaire ou permanent, doivent figurer au numérateur dans le calcul de détermination du dépassement de seuil. En revanche, les actions ordinaires qui se trouveraient provisoirement dépourvues de ce droit, telles des actions auto-détenues par la société, ne doivent pas figurer dans ce calcul¹⁵⁵⁶.

B. Renforcement du droit de vote

Pour des raisons strictement inverses à celles menant à la volonté d'affaiblissement du droit de vote, les associés peuvent souhaiter accroître le poids politique de certains d'entre eux. Le renforcement du droit de vote peut, de la même manière, relever de différentes techniques, lesquelles peuvent graduellement se présenter comme une simple majoration de ce droit (1), l'instauration d'un droit de vote double (2) ou multiple (3) voire même l'octroi d'un droit de veto (4) au profit de certains associés, titres ou catégories de titres.

1. Majoration

402. La préférence consistant en une simple majoration du droit de vote n'appelle pas à procéder à de grands développements concernant les sociétés civiles, en nom collectif, en commandite simple ou encore par actions simplifiées. À l'égard de ces formes sociales, le principe est le même : de manière certaine¹⁵⁵⁷, dès lors que chacun des associés ne se voit pas supprimer cette prérogative dans des cas qui ne seraient pas prévus par la loi, les statuts peuvent librement aménager la teneur de ce droit. Il sera ainsi possible de majorer le droit de vote de

¹⁵⁵⁵ *Rapport au Président de la République, Ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, Ministère de la justice, NOR : JUSX0400082R/R1, p. 8.*

¹⁵⁵⁶ En ce sens v. notamment H. LE NABASQUE, J.-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 22, §88.

¹⁵⁵⁷ V. *supra*, n°295.

certaines associés, que ce soit en raison de leur personne ou des titres ou catégories de titres qu'ils détiennent, de manière temporaire, permanente, conditionnelle, par éclipse, pour certaines décisions ou assemblées déterminées etc.

En revanche, une fois encore, sociétés anonymes et en commandite par actions se démarquent. Que ce soit par le biais de l'émission d'actions de préférence ou non, ces formes sociales sont soumises à l'article L. 225-122 du Code de commerce. Or, ce texte ne permet une majoration du droit de vote que dans les conditions de l'article L. 225-123, à savoir l'octroi d'un droit de vote double pour les actions détenues nominativement pendant deux ans. En dehors de ce cadre, aucune majoration n'est, pour l'heure¹⁵⁵⁸, admise pour le droit de vote attaché aux actions de sociétés anonymes ou en commandite par actions.

2. *Droit de vote double*

403. Toutes les formes sociales permettent l'instauration d'un droit de vote double, que cette majoration s'applique de manière permanente, temporaire, conditionnelle ou toute autre modalité spécifique prévue par les associés. La liberté est encore une fois totale eu égard aux sociétés qui ne seraient ni des sociétés à responsabilité limitée, ni des sociétés anonymes ou en commandite par actions. En revanche, dans ces deux dernières, il sera nécessairement de respecter le cadre posé par l'article L. 225-123 du Code de commerce, et ce même si la préférence est instaurée par le biais d'actions de préférence. Les réserves formulées par ce texte conduisent à considérer que si le droit de vote double ne pourra être accordé aux actions entièrement libérées qu'après une détention nominative de deux ans, il sera possible de réserver cette préférence aux seules actions de préférence ou à une catégorie d'entre elles¹⁵⁵⁹. Ainsi, une majoration du droit de vote pourra ne profiter qu'à certains actionnaires dans les sociétés anonymes et en commandite par actions. Deux spécificités sont cependant à relever. D'une part, contrairement à ce qui est possible dans les autres formes sociales, ce droit de vote double ne pourra pas être effectif à la constitution de la société, mais uniquement au minimum au terme de deux exercices sociaux. D'autre part, actuellement seul un doublement du droit de vote est

¹⁵⁵⁸ V. *supra*, n°325.

¹⁵⁵⁹ V. *supra*, n°315 et s.

rendu possible, et aucun droit de vote bénéficiant d'une majoration plus importante ne pourra être directement prévu dans ces formes sociales où la liberté est plus strictement encadrée¹⁵⁶⁰.

3. *Droit de vote multiple*

404. Plus qu'un droit de vote double, sociétés civiles, en commandite simple, en nom collectif et par actions simplifiées peuvent prévoir dans leurs statuts un droit de vote multiple au profit de certains titres ou associés. Une fois encore, cette préférence pourra avoir vocation à s'exercer de manière permanente ou temporaire, conditionnelle, par éclipse, de manière progressive ou dégressive etc. La liberté est ici totale, et toutes les gradations possibles sont envisageables. Rien n'empêche par exemple d'accorder 99% des droits de vote à un associé de société par actions simplifiée ne détenant qu'un pourcentage infime du capital social¹⁵⁶¹. Tout ici reposera sur l'inventivité des rédacteurs des statuts et des souhaits exprimés par les associés.

En revanche, à l'heure actuelle¹⁵⁶², un tel aménagement n'est pas concevable dans les sociétés assujetties aux prévisions de l'article L. 225-122 du Code de commerce : la seule exception prévue en matière de majoration du droit de vote dans ces formes sociales consiste à l'instauration d'un droit de vote double au profit de tous les actionnaires détenant leurs titres nominativement depuis au moins deux ans, sauf à respecter les mêmes conditions dans le cadre des actions de préférence pour ne faire profiter de la préférence qu'à certains des actionnaires¹⁵⁶³.

¹⁵⁶⁰ En revanche, il est bien constaté que l'instauration d'un plafonnement des voix peut avoir pour effet de renforcer très largement le poids politique de certains petits actionnaires. Si dans l'exemple proposé (v. *supra*, n°398) le plafond prévu n'emporte pas de changements trop important du poids de chacun dans les décisions, en revanche si le plafond est porté à une voix par actionnaire, ce qui est accepté (v. *supra*, n°199), alors C qui ne disposait en principe même pas d'une minorité de blocage se trouvera sur un pied d'égalité avec ses coactionnaires, et il est possible que le seuil déterminé ait pour effet de porter la majoration du poids politique de certains au-delà d'un simple doublement.

¹⁵⁶¹ En ce sens v. G. DE TERNAY, *art.cit.*, §10.

¹⁵⁶² V. *supra*, n°352.

¹⁵⁶³ En ce sens v. notamment B. BRIGNON et Th. GRANIER, *Actions de préférence, op.cit.*, §22 ; H. LE NABASQUE, J-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 21, §82 ; R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 15, §43.

4. Droit de veto

Tandis que les aménagements précédemment proposés avaient pour objet d'accroître le poids des associés dans la prise de décision par la teneur du droit de vote qui peut leur être attribué, il est également possible que les associés envisagent la préférence comme un droit spécial au profit d'une ou plusieurs personnes de s'opposer à certaines décisions. Dans quelle mesure un droit de *veto* peut-il être mis en place dans les diverses formes sociales ?

405. Ce sont une fois de plus les sociétés civiles, en nom collectif, en commandite simple et par actions simplifiées qui offrent le plus de potentialités en la matière. En effet, l'ensemble des dispositions régissant ces formes sociales conduit à approuver la validité d'une prérogative exorbitante au profit d'un ou plusieurs associés, ou attachée aux titres qu'ils détiennent. La seule limite est contenue à l'article 1844 du Code civil s'opposant, *a priori*, à la suppression du droit de vote et de participation aux décisions collectives en dehors des cas prévus par la loi¹⁵⁶⁴. Par conséquent, il sera possible de prévoir statutairement un droit de s'opposer à tout ou partie des décisions prises par les assemblées de la société, la limite naturelle à cette prérogative résidant dans la théorie de l'abus de droit si d'aventure les bénéficiaires de la préférence en faisaient, dans leur propre intérêt, un usage contraire à l'intérêt social¹⁵⁶⁵. La même prérogative pourra être reconnue pour s'opposer aux décisions prises par les organes de gestion, puisque dans les formes sociales considérées, les statuts déterminent librement les pouvoirs de ceux-ci. Cette dernière possibilité est d'ailleurs également envisageable dans le cadre des sociétés à responsabilité limitée. L'article L. 223-18 du Code de commerce prévoit, en effet, des modalités équivalentes en matière d'organisation des pouvoirs des dirigeants¹⁵⁶⁶. Néanmoins, si un droit de *veto* aux décisions des organes de gestion peut se justifier par l'intérêt social, celui-ci ne peut être général. Cela reviendrait à assujettir les décisions de ces derniers à un tiers à l'organe, ce qui pourrait les empêcher de gérer dans l'intérêt de la société. Cette hypothèse ne paraît pas acceptable. Partant, la clause devra prévoir des conditions restrictives d'exercice de ce droit afin qu'il n'empiète pas de manière trop importante sur les pouvoirs dévolus aux fonctions de gestion.

406. Pour ce qui est des sociétés anonymes et en commandite par actions, l'instauration d'un droit de *veto*, à l'instar de tous les aménagements du droit de vote, est plus discutable.

¹⁵⁶⁴ V. *supra*, n°295.

¹⁵⁶⁵ En ce sens v. H. HOVASSE, « Le droit de *veto* », *Droit des sociétés*, 2014, n°7, dossier 5, §9 et s.

¹⁵⁶⁶ En ce sens v. H. HOVASSE, *art.cit.*, §15 et s.

Concernant tout d'abord le cas d'un droit de *veto* relatif aux décisions des assemblées, une telle prérogative doit être exclue. En effet, l'article L. 225-122 du Code de commerce interdit tout aménagement non proportionnel du droit de vote en dehors des cas strictement énumérés par lui. Cette disposition s'oppose de fait à l'instauration d'un droit de *veto* qui aurait pour effet de procurer à un actionnaire un pouvoir totalement détaché de sa participation au capital. La même solution doit être retenue eu égard aux sociétés à responsabilité limitée puisque l'article L. 223-28 du Code de commerce s'oppose à tout aménagement du droit de vote aux assemblées¹⁵⁶⁷. Et si dans le cadre des autres formes sociales, ce sont des considérations de prudence qui conduisent à suggérer une limitation du droit de *veto* eu égard aux décisions des organes sociaux, dans les sociétés gouvernées par les dispositions applicables aux sociétés anonymes, c'est un principe directeur de fonctionnement consacré par la jurisprudence qui complique l'admission d'un droit de *veto* : le principe de hiérarchie des organes sociaux. Ce principe, consacré par l'arrêt *Motte* rendu par la Cour de cassation en 1946¹⁵⁶⁸, implique que les organes spécialisés ne puissent pas être privés de leurs prérogatives et qu'aucun autre organe ne puisse empiéter de manière trop importante sur celles-ci. Aussi, alors que ce principe n'interdit pas de manière générale la délégation des pouvoirs légalement dévolus aux différents organes de gestion de la société, aucune clause statutaire ne pourra avoir pour effet de vider totalement la substance des prérogatives reconnues à ces organes. Somme toute, cela revient à retenir la même solution que celle proposée pour les autres formes sociales, si ce n'est que dans leurs cas, une contestation de la clause pourrait facilement trouver ses appuis dans le principe dégagé en 1946. Il est donc possible qu'un droit de *veto* soit prévu au profit d'une ou plusieurs personnes pour s'opposer aux décisions des organes sociaux de sociétés anonymes ou en commandite par actions, dès lors que ce droit ne concerne pas toutes les décisions qu'un tel organe pourrait prendre, car cela ne revient pas à remettre leur pouvoir dans les mains d'autres personnes mais simplement à permettre à ces dernières de s'opposer à certains types de décisions¹⁵⁶⁹. L'immixtion doit être fortement limitée de manière à ce que la gestion de la société reste l'apanage des dirigeants sociaux.

¹⁵⁶⁷ En ce sens v. H. HOVASSE, « Le droit de *veto* », *art.cit.*, §6 et s.

¹⁵⁶⁸ Cass. Civ., 4 juin 1946, *JCP*, 1947, II, 3518, note D. BASTIAN.

¹⁵⁶⁹ En ce sens v. H. HOVASSE, *art.cit.*, §17 ; H. LE NABASQUE, J-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 18, §68 ; contra en vertu du principe de hiérarchie des organes sociaux : Ph. ENGEL et P. TROUSSIÈRE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *JCP E*, 1996, n°36, 585, §18 ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §30.

§2. L'aménagement des autres prérogatives de gouvernement

Symbole incontestable de l'exercice des droits politiques des associés, le droit de vote n'est cependant pas la seule prérogative permettant aux associés de participer à la vie sociale. Ils peuvent en effet bénéficier notamment d'un droit d'information, d'audit, d'être représenté au sein des organes de gestion ou d'en désigner les membres. Les manifestations relatives aux prérogatives de gouvernement étant nombreuses, cette étude se cantonnera à l'énumération de quelques exemples d'aménagement envisageables eu égard aux différents droits précités. Ces derniers peuvent être regroupés autour des prérogatives d'information et de contrôle sur l'activité sociale (A) et de celles relatives à la composition des organes de gestion (B).

A. Les prérogatives de contrôle et d'information

Pour pouvoir participer utilement à la vie sociale, encore faut-il pouvoir bénéficier d'une connaissance suffisante du fonctionnement de la société pour en suivre l'évolution et les résultats. Or, si le législateur met généralement en place un droit d'information et de contrôle au profit des associés, ces derniers peuvent désirer jouir de prérogatives plus étendues sur ces questions. Aussi est-il possible de concevoir que la préférence qui leur sera octroyée aura pour objet la création ou un renforcement de leur droit d'information (1), la mise en place d'un droit de consultation préalable relativement à certaines opérations (2) ou encore le droit de demander un audit spécifique de la gestion (3).

1. Renforcement du droit d'information

407. Quelle que soit la forme sociale considérée, il est possible de mettre en place un droit d'information renforcée. En effet, les seules limites substantielles à cette prérogative résident dans les planchers informationnels instaurés par la loi¹⁵⁷⁰. Au-delà de ces *minimas*, les associés sont libres d'organiser une communication accrue au profit de certains d'entre eux, que ce soit

¹⁵⁷⁰ V. *supra*, n°104 et s.

à raison de leur personne ou des titres ou catégories de titres qu'ils détiennent¹⁵⁷¹. Ce renforcement peut se traduire par la communication d'informations plus fréquente, avec des rapports intermédiaires, des échéances plus ou moins rapprochées, qu'elles soient par exemple mensuelles ou trimestrielles. Il peut également s'agir d'un droit d'information relatif à certains budgets particuliers, ou encore certaines activités. Ce droit renforcé peut être permanent ou temporaire, à éclipses, soumis à un stage etc. Il peut porter sur des informations de toute nature, qu'elles soient financières ou non. Les combinaisons envisageables sont multiples et les statuts sont libres de déterminer les modalités de cette prérogative, dès lors que le droit d'information légal n'est pas atteint¹⁵⁷².

La préférence portant sur le droit d'information peut s'avérer particulièrement utile lorsqu'elle se combine avec un droit particulier portant sur les résultats d'une branche d'activité de la société émettrice ou d'une activité filialisée. En effet, dans le premier cas, une information spécifique et renforcée sur l'activité de la branche peut s'avérer plus intéressante et complète qu'un rapport d'activité global ; dans le second cas, le titulaire de la préférence n'ayant pas la qualité d'associé dans la société au sein de laquelle l'activité est tracée, seule une préférence d'information lui permettra d'obtenir des renseignements sur le fonctionnement et l'activité de la filiale en cause. Il faudra dans cette dernière hypothèse prendre en compte la nécessité de préserver le secret des affaires de la société tierce en limitant le droit d'information ou de communication aux éléments strictement nécessaires¹⁵⁷³, et inscrire une obligation de confidentialité à charge des bénéficiaires de la préférence afin de limiter au maximum le risque¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁷¹ Cependant, certains auteurs estiment qu'un droit d'information renforcée qui ne bénéficierait pas à tous est à proscrire (en ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 198, §117 : « *Toutefois le principe d'égalité serait méconnu si certains associés seulement bénéficiaient de ce droit d'information renforcé, même si ce supplément donné à certains ne diminue par la valeur et la qualité des renseignements communiqués aux autres* »). Il paraît cependant évident que rien ne s'oppose à l'instauration de la préférence eu égard à cette prérogative, et ce d'autant plus depuis l'instauration des actions de préférence qui permettent d'attacher aux titres des droits particuliers de toute nature.

¹⁵⁷² Pour des exemples de droit renforcé à l'information v. B. BRIGNON et Th. GRANIER, *Actions de préférence*, *op.cit.*, §23 ; A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDUEIL, « Actions de préférence – questions de praticiens », *art.cit.*, question n°11 ; H. LE NABASQUE, J-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 17, §66 ; R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 16, §44.

¹⁵⁷³ En ce sens v. A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §32.

¹⁵⁷⁴ Sur l'obligation de confidentialité v. Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 198, §117.

2. *Droit de consultation préalable*

408. La préférence peut aussi avoir pour objet de conférer à certains un droit de consultation préalable en amont de certaines décisions ou opérations déterminées. Il s'agira alors par exemple de permettre aux titulaires d'une préférence portant sur une activité particulière de donner leur avis avant la réalisation de certaines opérations qui pourraient affecter le rendement de leurs titres¹⁵⁷⁵, non pas pour les autoriser, mais à titre consultatif, avant qu'une décision ne soit prise par les organes de gestion. Ainsi, il pourra être prévu par les statuts que les titulaires d'une préférence portant sur une branche d'activité filialisée devront être consultés préalablement aux opérations touchant cette activité et envisagées par la société filiale dont ils ne sont pas associés afin de donner leur avis, et que si ce dernier ne lie pas la société tierce, des conséquences pécuniaires pourront être appliquées si l'avis n'est pas suivi¹⁵⁷⁶. Cette clause pénale ne devra cependant pas prévoir des montants tels que la société soit tenue de suivre l'avis des non-associés¹⁵⁷⁷.

3. *Droit de diligenter des audits*

409. En marge des règles applicables à la nomination d'un expert de gestion¹⁵⁷⁸, il est possible de prévoir au profit de certain un droit particulier à diligenter des audits aux frais de la société dans des conditions déterminées par les statuts. Cette prérogative particulière d'investigation aura pour objectif d'assurer à ses bénéficiaires un droit spécifique de contrôle sur les éléments déterminés par la clause statutaire. Il peut s'agir de permettre aux titulaires de la préférence de faire intervenir un tiers indépendant pour diligenter une expertise renforcée en amont de certaines résolutions ou opérations déterminées. Cette expertise pourra avoir pour effet d'approfondir les informations communiquées par les organes de gestion. Ce droit de demander un audit pourra être attaché à des titres, catégories de titres ou à des associés. Il pourra avoir vocation à s'exercer de manière permanente, ou seulement eu égard à certains événements

¹⁵⁷⁵ V. en ce sens H. LE NABASQUE, J-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *art.cit.*, p. 17, §66.

¹⁵⁷⁶ V. en ce sens R. MORTIER, « Caractéristiques des actions de préférence », *art.cit.*, p. 19, §53.

¹⁵⁷⁷ A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §30.

¹⁵⁷⁸ Par exemple, dans les SARL ce droit est reconnu par l'article L. 223-37 du Code de commerce au profit d'associés représentant au moins 10% du capital social. Un droit équivalent est reconnu au profit des actionnaires représentant 5% du capital par l'article L. 225-231 C. Com.

prédéterminés par les statuts. En tout état de cause, ce droit entraînant une charge financière pour la société, il faudra veiller à ce qu'il ne soit pas trop étendu ou à ce que le budget alloué à ces missions soit plafonné¹⁵⁷⁹, sauf à risquer que sa mise en œuvre fasse l'objet d'une remise en cause sur le terrain d'une atteinte à l'intérêt social.

B. La composition et le fonctionnement des organes de gestion

Qu'il s'agisse de sociétés civiles ou commerciales, les organes de gestion détiennent des pouvoirs spécifiques d'administration de la structure. Partant, il peut être prévu que les autres associés se voient reconnaître des droits particuliers eu égard à ces organes représentatifs. Il peut s'agir d'un droit à interférer sur leur composition (1), d'y être *a minima* représenté (2) ou encore d'instaurer des *quorum* et majorités spécifiques au profit des porteurs de la préférence déterminée (3).

1. Droit d'interférer sur la composition des organes de gestion

410. Afin de garantir une composition représentative des organes de gestion, de manière par exemple à éviter à ce que seuls les majoritaires accèdent à ces fonctions, il est possible pour les associés de prévoir un *numerus clausus* dans la désignation de tout ou partie des dirigeants¹⁵⁸⁰.

Par exemple, les statuts pourront prévoir que tout ou partie des gérants devront nécessairement être choisis parmi les titulaires de titres d'une catégorie déterminée, qu'elle soit ordinaire ou privilégiée. Il pourra également s'agir de prévoir que les titulaires d'une catégorie de titres auront, comme prérogative spéciale, le droit de proposer un certain nombre de membres

¹⁵⁷⁹ Exemple de clause portant sur une mission d'audit au profit des titulaires d'actions de préférence proposé par J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *Actes pratiques*, 1997, novembre, p. 15, formule n°3: « *Tout titulaire d'actions de catégorie P pourra demander à la société de charger le commissaire aux comptes ou tout autre expert, désigné par lui, d'accomplir toutes missions de contrôle comptable, d'audit ou d'expertise, dont le cahier des charges aura été défini, qu'il jugerait nécessaire, soit chez la société elle-même, soit chez ses filiales. La société sera tenue de faciliter l'accomplissement de ces mission et en supportera les honoraires dans une limite maximum correspondant au coût d'une mission de révision comptable contractuelle, dont le budget annuel de travail serait de x heures du commissaire aux comptes ou de cet expert, cumulable pendant trois ans, soit un maximum de x heures* ».

¹⁵⁸⁰ En ce sens pour la désignation des dirigeants dans les sociétés par parts sociales v. J-M. BERMOND DE VAULX, « Les parts sociales privilégiées », *art.cit.*, §17 ou encore L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *art.cit.*, *loc.cit.*

des organes de gestion¹⁵⁸¹. Dans les sociétés anonymes et en commandite par actions, ce nombre devra être déterminé de sorte que les associés bénéficiaires de la préférence ne soient pas les seuls à désigner les organes de gestion en ôtant ce pouvoir aux assemblées compétentes qui doivent garder une marge de liberté¹⁵⁸². La liberté est en revanche totale dans les formes sociales où aucune règle n'est imposée, comme c'est le cas dans les sociétés par actions simplifiées ou encore les sociétés civiles ou à responsabilité limitée. Cette préférence pourra se cumuler avec le droit d'être représenté au sein desdits organes par exemple.

2. Droit d'être représenté auprès des organes de gestion

411. Que les organes de gestion comprennent des membres titulaires de la préférence ou non, il est possible que les statuts prévoient que certains soient nécessairement représentés lors des assemblées de ces organes. Si les porteurs de la préférence en cause sont déjà représentés au sein de l'organe de gestion par un de leur membre qui y siège, la préférence peut consister en ce que ce collège ne puisse valablement délibérer sans que ce ou ces membres titulaires de la préférence soient présents ou représentés¹⁵⁸³. À défaut de compter au moins un de leurs membres parmi l'organe de gestion, les titulaires d'une préférence peuvent se voir octroyer le droit d'être spécialement représentés auprès des organes de gestion par un des membres de l'organe désigné par eux par exemple. Dans ce dernier cas, la liberté est totale même dans les sociétés anonymes et en commandite par actions en ce sens que la préférence n'aura pas d'influence sur la composition de l'organe en cause.

¹⁵⁸¹ Exemple de clause pour la composition du conseil d'administration, proposé par J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financier », *art.cit.*, p. 18, formule n°6 : « *La société est administrée par un conseil d'administration de (X membres) au moins et de (X membres) au plus. Chaque administrateur doit être propriétaire d'une action. La durée des fonctions des administrateurs nommés au cours de la vie sociale est de 6 années. Le conseil d'administration comprendra obligatoirement (x membres) proposés par les actionnaires de la catégorie P. Pour que le conseil d'administration puisse délibérer valablement, la moitié des administrateurs doivent être présents ou représentés et au moins (X) des administrateurs représentant la catégorie d'actions P doit être présent ou représenté* ».

¹⁵⁸² En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 267, §172 à propos de la désignation du conseil d'administration mais dont les propos sont transposables aux sociétés en commandite par actions ; dans le même sens v. A. GUENGANT, D. DAVODET, Ph. ENGEL et S. DE VENDUEIL, *Actions de préférence – questions de praticiens*, *art.cit.*, question n°11.

¹⁵⁸³ En ce sens v. par ex. A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §18.

3. *Instauration de quorum et majorités spéciales au profit de porteurs de la préférence*

412. Le fait d'être présents au représentés au sein des organes de gestion n'assure pas nécessairement aux titulaires de la préférence un réel avantage. Ainsi, ces droits spécifiques peuvent se cumuler avec un aménagement des conditions de *quorum* et de majorité des organes de gestion de sorte à ce que leur poids au sein de ceux-ci soit conséquent. Dans les formes sociales où la liberté est totale, aucune remarque spécifique n'est nécessaire – si ce n'est peut-être de remarquer que la proportionnalité imposée dans les sociétés à responsabilité limitée peut être contrebalancée par une préférence dans les modalités de prises de décision. En revanche, dans le cadre des sociétés anonymes et en commandite par actions, tous les aménagements ne seront pas envisageables.

Concernant le *quorum*, celui-ci est imposé par les textes et ne peut faire l'objet d'aucun aménagement. Ainsi, le conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si la moitié au moins de ses membres sont présents, en vertu de l'article L. 225-37 alinéa 1^{er} du Code de commerce, et toute clause contraire est réputée non-écrite. De fait, la préférence ne pourra pas avoir pour objet de conférer à certains membres du conseil d'administration la possibilité de constituer à eux seuls un *quorum* suffisant. En revanche, rien ne s'oppose à ce que la préférence consiste à ce que ce *quorum* minimal ne puisse être atteint sans la présence d'au moins un titulaire de la préférence, que ce soit pour tout ou partie des délibérations de l'organe.

Concernant la question de la majorité requise aux décisions du conseil d'administration, l'alinéa 2 de l'article L. 225-37 permettant de la moduler à la hausse, il est tout à fait loisible pour les actionnaires de conférer aux titulaires de la préférence un droit spécifique pour que la majorité puisse être atteinte, avec par exemple la nécessité d'obtenir un vote favorable d'au moins un administrateur représentant les porteurs de la préférence pour certaines opérations déterminées¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸⁴ Pour un exemple de clause en ce sens v. notamment J-J. DAIGRE, Fr. MONOD et Fr. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *art.cit.*, p. 18, formule n°6 : « *Le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents. Par exceptions à ce qui précède, les décisions visées au paragraphe ci-après, ne pourront être valablement adoptées que si au moins (X) administrateurs proposés par les actionnaires titulaires d'actions de catégorie P est présent.*

Sous réserve des décisions visées au paragraphe ... ci-après, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés. Par exceptions à ce qui précède, les décisions suivantes nécessiteront, pour être valablement adoptées, puis proposées à l'assemblée générale extraordinaire, un vote favorable d'au moins (x) des administrateurs proposés par les actionnaires titulaires d'actions de catégorie P : (liste des opérations concernées) ».

SECTION II : LA PRÉFÉRENCE ET LE PRINCIPE DE PARTICIPATION À LA VIE SOCIALE

La préférence peut tout à fait consister en un aménagement des modalités de participation à la vie sociale, c'est-à-dire des conditions d'octroi, de conservation et de retrait de la qualité d'associé. Ces aménagements peuvent avoir diverses finalités. Il peut s'agir de s'assurer de l'existence d'un noyau dur d'associés en subordonnant le départ de ceux-ci à certaines conditions. L'objet peut également être de se prémunir contre les paralysies sociales en prévoyant la possibilité d'exclure les membres du groupement en cas de mésentente par exemple. Il peut s'agir aussi pour les associés de contrôler les entrées nouvelles en leur accordant un droit d'agrément des potentiels cessionnaires ou encore de préempter les titres dont la cession est envisagée. Un grand nombre d'aménagements sont envisageables en la matière. La préférence peut alors revêtir différentes gradations : elle peut se révéler extrême en conférant à ses titulaires un droit de céder librement leurs titres ou à l'inverse d'en être prisonniers ou écartés (§1), ou être simplement intermédiaire en offrant la possibilité à ceux qui en bénéficient d'être tributaire d'un agrément spécifique, titulaire d'un droit de préemption ou encore de retrait (§2).

§1. Aménagements extrêmes : libre cessibilité, inaliénabilité et exclusion

Participer à la vie sociale est en principe un choix : sauf cas très spécifique, nul n'est contraint d'entrer dans une société¹⁵⁸⁵. Ainsi, les personnes sont normalement libres de devenir associées, de céder tout ou partie de leurs titres et de quitter la société lorsqu'elles le souhaitent. Si le régime légal propre à chaque forme sociale impose parfois le respect de certaines procédures pour pouvoir céder ses titres et quitter la structure¹⁵⁸⁶, il est également loisible aux associés d'infléchir ou d'assouplir la liberté offerte à l'un ou plusieurs d'entre eux. De manière graduelle, que la préférence soit instituée au profit d'un associé, d'un titre ou d'une catégorie de titres, il est ainsi parfois possible de rendre les titres librement cessibles (A), ou au contraire incessibles (B), voire même d'imposer leur cession (C).

¹⁵⁸⁵ En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, p. 11, §1.

¹⁵⁸⁶ Ainsi en est-il des procédures d'agrément décrites v. *supra*, n°305 et s.

A. Instauration d'une libre cessibilité

413. Sauf dans les cas où la loi impose le respect d'une procédure d'agrément¹⁵⁸⁷, il est tout à fait possible que les associés prévoient dans les statuts que certains titres sont librement cessibles. Cette libre cessibilité peut être permanente ou temporaire, elle peut être conditionnée à l'arrivée de certains événements ou encore prendre en fin en raison de certains critères par exemple¹⁵⁸⁸. Elle peut être cantonnée à la cession entre associés, ou au profit de certains d'entre eux, que ce soit en raison de la catégorie de titres qu'ils détiennent ou d'une caractéristique particulière, comme le fait d'être gérant, dès lors que la détermination de cette caractéristique ne relève d'aucune condition discriminatoire. Inversement, la libre cessibilité peut n'être prévue qu'eu égard aux cessions à des tiers. Elle peut concerner l'ensemble des titres détenus ou seulement une part déterminée ou déterminable de ceux-ci. La liberté est totale dans les sociétés par actions, puisque celle-ci est de principe et que l'agrément n'est que l'exception qui doit être prévue statutairement. En revanche, dans les sociétés civiles, l'aménagement ne pourra concerner que les cessions entre associés, puisque l'agrément est imposé par l'article 1861 du Code civil lorsque la cession intervient au profit de tiers. Il en va de même dans les sociétés à responsabilité limitée, en vertu de l'article L. 223-14 du Code de commerce. Dans le cadre des sociétés en nom collectif, aucun aménagement ayant pour effet de rendre les cessions libres n'est envisageables en raison des prévisions de l'article L. 221-113 du Code de commerce. La logique est similaire dans les sociétés en commandite simples à l'égard des commandités, seuls les commanditaires pouvant voir la procédure aménagée à leur égard en vertu de l'article L. 222-8.

B. Mise en place d'une inaliénabilité

414. Constitutive de l'atteinte la plus importante à la négociabilité des titres¹⁵⁸⁹, la mise en place d'une inaliénabilité n'est cependant pas expressément exclue par les textes. Il semble

¹⁵⁸⁷ V. *supra*, n°305 et s.

¹⁵⁸⁸ Ainsi, dans les espaces de liberté offerts par les différentes formes sociales, la préférence pourra prendre la forme d'une clause de type : « *La cession de titres (parts ou actions) de catégorie (X, une ou plusieurs, de manière totale ou partielle) est libre, et n'est soumise à aucun droit de préemption ou d'agrément (de manière permanente, ou à partir de la survenance d'un événement déterminé ou déterminable ; si l'aménagement n'est pas permanent, il conviendra dans la clause de faire un renvoi aux modalités de cession en dehors de la période déterminée pour la libre cessibilité)* ».

¹⁵⁸⁹ En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 186, §110.

donc possible d'introduire une clause de ce type dans toutes les formes sociales¹⁵⁹⁰, que celle-ci s'applique à tout ou partie des associés ou des titres. Alors qu'elle n'aura pas besoin d'être justifiée dès lors qu'elle ne dépassera pas une durée de dix années dans les sociétés par actions simplifiées, dans le cadre des autres formes sociales il convient de s'en remettre aux conditions de validité de droit commun des clauses d'inaliénabilité¹⁵⁹¹. Il s'agira alors de prévoir une durée limitée et que cet obstacle à la cession puisse être justifié par un intérêt sérieux et raisonnable, lequel peut être rapproché de l'intérêt social en ce sens que la stabilité de l'actionnariat peut être une condition de sa satisfaction¹⁵⁹². Le point de départ de l'inaliénabilité peut être la souscription des titres, mais également tout autre évènement de la vie sociale. Ainsi, les statuts pourraient prévoir que certains titres seraient inaliénables pendant une certaine durée suite au service de dividendes, ou à la réalisation d'une opération déterminée sur le capital¹⁵⁹³. Le domaine de l'inaliénabilité peut également faire l'objet d'aménagements divers. Il peut s'agir de rendre inaliénables les titres pour tout type de cession, ou alors de restreindre celle-ci aux actes à titre onéreux par exemple. L'inaliénabilité peut concerner uniquement certains associés ou certaines catégories de titres. Elle peut avoir un délai déterminé ou déterminable, si tant est que ce dernier reste temporaire¹⁵⁹⁴. Elle peut faire l'objet d'une suppression en cas de réalisation de certains évènements déterminés par la clause. Hors le cas de la société par actions simplifiée, dans lesquelles l'article L. 227-13 impose un délai maximal de dix ans, la liberté de détermination du temps de l'inaliénabilité est assez souple, sous réserve que celle-ci reste tout de même limitée dans le temps.

¹⁵⁹⁰ Ainsi, dans les sociétés par part sociales v. L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *art.cit., loc.cit.*

¹⁵⁹¹ V. *supra*, n°313.

¹⁵⁹² En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit., loc.cit.* ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *art.cit.*, §20.

¹⁵⁹³ Pour des exemples de clauses v. notamment Cl. FERRY, « Validité, portée et efficacité des clauses d'inaliénabilité portant sur des actions », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 2011, janv.-févr., p. 29.

¹⁵⁹⁴ Exemple de clause : « Les (titres : parts ou actions) de catégorie (X) seront inaliénable, à quelque titre que ce soit, pendant une durée de (choisir la durée – un délai maximal de dix années semble raisonnable compte tenu du choix réalisé par le législateur dans les SAS) à compter de (choisir l'évènement déclenchant le point de départ, il peut s'agir de la signature des statuts, de la souscription des titres etc.).

Par exception, l'inaliénabilité précitée n'interdira pas les cessions par l'associé de ses (titres : parts ou actions) au profit de (par exemple, des associés de la même catégorie ou d'une catégorie déterminée) dès lors qu'il maintiendra une participation d'au moins (X%) dans la société ».

C. Mise en place d'une exclusion ciblée

415. La validité des clauses d'exclusion, après avoir été longuement discutée, a finalement été consacrée de manière indirecte¹⁵⁹⁵ puis expresse¹⁵⁹⁶ par la jurisprudence. Cette validité est d'autant moins contestable dans les sociétés par actions simplifiées pour lesquelles le législateur a directement prévu cette possibilité par le biais de l'article L. 227-16 du Code de commerce.

416. Dès lors que celle-ci est acceptée par tous, elle est valable. Si son insertion doit intervenir en cours de vie sociale, celle-ci entraînant une augmentation des engagements des associés, il sera nécessaire de recueillir l'accord de chacun. De plus, les statuts devront prévoir les raisons qui pourront emporter l'exclusion d'un associé. En outre, les droits de la défense de l'associé dont l'exclusion est envisagée doivent être respectés, ce qui suppose au minimum qu'il puisse assister à la décision, si celle-ci est remise entre les mains de l'assemblée des associés. Voici le cadre général des clauses d'exclusion¹⁵⁹⁷. Se pose alors la question de savoir si les associés peuvent prévoir une clause d'exclusion qui n'aurait vocation à s'appliquer qu'à l'égard de certains d'entre eux ? En d'autres termes, la clause peut-elle être ciblée, et partant, la préférence peut-elle porter sur la notion d'exclusion ?

417. Concernant les sociétés par actions simplifiées, il semble que la réponse doive être positive. En effet, l'article L. 227-16 indique très clairement que les statuts peuvent prévoir qu'un associé sera tenu de céder ses actions « *dans les conditions qu'ils déterminent* ». Il paraît évident que cette disposition ne permet pas de s'affranchir de la protection de l'associé, tel que son droit de se défendre ou de voter à la décision si l'organe compétent est l'assemblée des actionnaires. En revanche, rien ne s'oppose à ce que les statuts déterminent le domaine d'application de la clause d'exclusion et notamment les personnes qu'elle cible¹⁵⁹⁸. Une solution similaire semble devoir être retenue dans le cadre des sociétés commerciales à capital

¹⁵⁹⁵ Cass. Com., 13 décembre 1994, n°93-11.569 et 93-12.349, *Bull. Joly*, 1995, p. 152, note P. LE CANNU. Extrait de l'arrêt: « *Attendu, enfin, qu'ayant relevé que les statuts de la société du Journal ne prévoyaient pas la possibilité d'exclure un actionnaire, la cour d'appel a estimé à bon droit que la société du Journal n'était pas fondée à ordonner la cession de ses actions détenues par les sociétés Etarci et SCPPML* ».

¹⁵⁹⁶ Cass. Com., 8 mars 2005, n°02-17.692, *Revue des sociétés*, 2005, p. 618, note D. RANDOUX. Extrait de l'arrêt: « *Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'il est possible et licite de prévoir dans les statuts, qui constituent le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations, que le redressement judiciaire de l'un des associés lui fera perdre cette qualité (...) c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé que [...]* ».

¹⁵⁹⁷ Pour un rappel de ces conditions v. notamment R. BESNARD-GOUDET, *Clauses statutaires d'agrément, de préemption et d'exclusion dans les cessions d'actions*, J.Cl. Banque – Crédit – Bourse, Fasc. 1792, mise à jour avril 2017, §62 et s. ou encore M. ROUSSILLE, « Clause d'exclusion », *Droit des sociétés*, 2013, n°12, formulaire 11, §1.

¹⁵⁹⁸ En ce sens v. P. LE CANNU, *Société par actions simplifiée*, Répertoire de droit des sociétés, §200.

variable puisque l'article L. 231-6 alinéa 2 permettent aux statuts de stipuler une clause d'exclusion qui sera mise en œuvre par l'assemblée générale.

Pour les autres formes sociales, le contre-argument avancé tient à l'existence d'un principe d'égalité¹⁵⁹⁹. Or, comme on l'a démontré en première partie de cette thèse¹⁶⁰⁰, celui-ci n'est que très relatif et doit au mieux être considéré, dans les sociétés par actions, comme une égalité catégorielle, et dans les autres formes sociales comme supplanté par l'existence de règles égalitaires plutôt que d'un principe d'égalité. Ainsi, il ne semble pas inconcevable, dès lors que cette hypothèse aura été acceptée individuellement par ceux à qui elle pourrait s'imposer, que les associés de toute forme sociale prévoient dans leurs statuts une clause en vertu de laquelle seulement certains d'entre eux pourront se voir exclus en raison de la survenance de motifs prédéterminés¹⁶⁰¹.

Sans vouloir rendre leurs titres inaliénables ou, à l'opposé, librement cessibles, les associés peuvent tout de même souhaiter contrôler les mouvements de titres de la structure. Ainsi, à mi-chemin entre les hypothèses extrêmes précédemment développées, ils peuvent insérer dans leurs statuts des clauses d'agrément, de retrait, de sortie ou encore de préemption.

§2. Aménagements intermédiaires : agrément, préemption et sortie

Plutôt que d'empêcher ou d'imposer les cessions, les associés peuvent aménager le régime de celles-ci. Si, une nouvelle fois, la liberté statutaire est importante et ne permet pas de procéder à une énumération exhaustive des possibilités qui leurs sont offertes, un certain nombre d'aménagements classiques peuvent être appréhendés du point de vue de la mise en pratique de la préférence : les clauses d'agrément (**A**), de préemption (**B**), et de sortie (**C**).

¹⁵⁹⁹ En ce sens v. P. LE CANNU, *Société par actions simplifiée, op.cit., loc.cit.* : « Il est difficile de dire si la clause peut définir de manière particulière les cibles de l'exclusion. On pourrait en effet adopter le principe selon lequel tout actionnaire peut être exclu du fait de l'application de la clause, quelle que soit sa part dans le capital social, le type d'action qu'il détient, qu'il soit personne morale ou personne physique... Cependant, le principe d'égalité est certainement moins fort dans la SAS, et des conditions de l'exclusion semblent pouvoir porter aussi sur la définition des actionnaires susceptibles d'être exclus ».

¹⁶⁰⁰ V. *supra*, n°100 et s.

¹⁶⁰¹ Exemple de clause : « L'exclusion d'un associé (porteur de titres de la catégorie X), peut-être prononcée, dans les conditions de la présente clause et pour l'un des motifs ci-après énoncés (indiquer les motifs d'exclusions) (indiquer les conditions de l'exclusion) ».

A. Préférence et clause d'agrément

La clause d'agrément est une clause par laquelle la cession de titres est subordonnée à l'accord préalable de la société. Elle permet de filtrer les entrées de personnes dont la présence au capital serait jugée indésirable en soumettant celles-ci à l'agrément d'un *quorum* et d'une majorité déterminée, tout en limitant la latitude de ceux à qui elle s'applique de céder rapidement leurs titres puisqu'une procédure spécifique devra être respectée. La préférence peut alors se révéler sous diverses facettes. Elle peut consister en une application à une catégorie de titres déterminés ou, inversement, à une exemption relative à une catégorie de titres. Elle peut également consister en l'application d'une majorité renforcée eu égard à certains, alors qu'elle serait réduite pour d'autres. Elle peut être permanente ou temporaire, n'avoir vocation à être mise en œuvre qu'à l'occasion de certains événements déterminés. Dès lors que les règles encadrant de manière impérative cette procédure dans la forme sociale considérée sont respectées, la liberté est totale. Il s'agit alors de s'interroger sur la pratique possible de l'agrément dans chaque forme sociale, compte tenu du fait que les dispositions sont, en la matière, très diverses, tant en ce qui concerne le domaine que les modalités de l'agrément.

418. *La préférence et l'agrément dans les sociétés civiles.* Dans les sociétés civiles, la procédure d'agrément est régie par l'article 1861, lequel l'impose à l'égard des cessions réalisées au profit de tiers. Le texte prévoit en effet que ces cessions seront soumises à « *l'agrément de tous les associés* », sauf à ce que les statuts prévoient une majorité différente ou délèguent cette compétence aux gérants. Ainsi, concernant les cessions à des tiers, la préférence peut se révéler par la mise en place d'une procédure dont les modalités varient en fonction des catégories de parts détenues¹⁶⁰². Il est tout à fait envisageable de soumettre à l'unanimité la cession de certaines parts alors que d'autres pourraient recevoir un agrément à une majorité simple ou qualifiée par exemple. Cet aménagement peut par exemple se cumuler avec une clause de stage pour bénéficier d'une procédure allégée. Il peut aussi consister à ne soumettre à l'agrément des associés que certaines parts alors que d'autres ne nécessiteraient

¹⁶⁰² En ce sens v. notamment L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *art.cit.*, *loc.cit.*

que l'accord des gérants pour pouvoir être cédées¹⁶⁰³. Dès lors que les cessions à des tiers restent soumises à agrément, tous les aménagements restent envisageables.

Pour les cessions entre associés, au profit de conjoints, ascendants ou descendants, les statuts sont libres d'imposer un agrément dont ils déterminent librement le champ d'application et les modalités. Pour cause, l'alinéa 2 de l'article 1861 du Code civil n'impose rien à leur égard. La seule limite est alors de ne pas pouvoir faire échec à l'alinéa 3 de ce même texte réputant l'agrément acquis à défaut de réponse dans le délai de six mois suivant la notification du projet de cession. L'associé ne doit pas rester prisonnier de ses titres. Ainsi, l'aménagement peut être permanent ou temporaire, concerner tous les titres ou seulement certains d'entre eux, n'avoir vocation à être mis en œuvre que lors de la réunion de certains critères déterminés par la clause ou au contraire à être écarté sous certaines conditions. Les contours de la clause pourront être modulés selon les souhaits et besoins des associés.

419. *La préférence et l'agrément dans les sociétés en nom collectif.* De par le cadre substantiel imposé par l'article L. 221-13 du Code de commerce, la préférence ne peut pas trouver à s'exprimer relativement à la procédure d'agrément dans les sociétés en nom collectif, puisque toute clause qui contreviendrait à l'accord unanime des associés pour toute cession de part est réputée non-écrite.

420. *La préférence et l'agrément dans les sociétés en commandite simple.* Dans les sociétés en commandite simple, la préférence ne pourra pas se manifester de la même manière eu égard à la procédure d'agrément pour les commanditaires et les commandités, en raison des prévisions de l'article L. 222-8 du Code de commerce.

En ce qui concerne les commandités, le cadre substantiel ne semble permettre aucun aménagement spécifique au-delà des prévisions textuelles, toute cession de parts étant soumise de manière impérative à l'agrément de tous les associés. La seule entorse possible est directement prévue par le texte qui permet aux statuts d'autoriser « *un commandité* » à céder une partie de ses parts à un commanditaire ou à un tiers « *avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires* ». Tout au plus est-il

¹⁶⁰³ Exemple de clause d'agrément envisageable en société civile donné par L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *art.cit.* : « 1. La cession de parts sociales de catégorie X à un tiers à quelque titre que ce soit est soumise à agrément préalable délivré par la collectivité des associés statuant à l'unanimité. 2. Par dérogation au paragraphe 1. de la clause X des présents statuts, la cession de parts de catégorie Y à un tiers à quelque titre que soit n'est soumise qu'à une décision collective prise à la majorité des associés disposant du droit de vote. 3. Suite à une détention (prévoir délai), les titres de catégorie X sont soumis à agrément dans les conditions du 2 du présent article pour toute cession intervenant au profit d'un tiers ».

possible de se demander si la rédaction de ce texte permet de n'appliquer cette dérogation qu'à l'égard de certains commandités, mais au vu de la rigidité des prévisions, il ne semble pas possible de répondre positivement à cette interrogation : la prudence conduit à ne pas conseiller de procéder à un tel aménagement.

Pour ce qui est de l'aménagement de la procédure d'agrément relativement aux cessions envisagées par les commanditaires, par principe soumise à un consentement unanime des associés, l'article L. 222-8 du Code de commerce offre la possibilité aux statuts de les en exempter en cas de cessions entre associés, ainsi que de ne soumettre la cession à des tiers qu'avec le consentement « *de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires* ». Se pose une nouvelle fois la question de la possibilité de n'envisager ces aménagements à l'unanimité qu'eu égard à certains commanditaires. Mais la prudence semble commander de ne procéder à aucun aménagement de ce type, en dépit de l'expression du caractère impératif de ce texte. En effet, le degré de précision de ce dernier sur les modalités et aménagements de la procédure semble ne permettre aucun autre aménagement.

421. La préférence et l'agrément dans les sociétés à responsabilité limitée. Dans les sociétés à responsabilité limitée, les prévisions de l'article L. 223-14 du Code de commerce semblent autoriser les mêmes aménagements que dans le cadre des sociétés civiles. En effet, si le principe est que toute cession à un tiers doit être soumise à l'agrément des associés de sorte que la préférence ne pourra pas avoir pour objet de rendre libre ces opérations au profit de certains, le texte permet de moduler la majorité qu'il prévoit à la hausse. Ainsi, il semble possible que la préférence consiste en la mise en place d'une majorité renforcée pour la cession de certaines parts alors que d'autres ne seraient soumises qu'à l'obtention du consentement « *de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales* ». Les aménagements peuvent concerner tant un rehaussement de la majorité que du *quorum*, n'être que temporaires ou à éclipses, subordonnés à certaines conditions, comme un stage. Ici encore, la limite consiste en l'impossibilité de supprimer la procédure en cas de cession à des tiers, et se double d'un aménagement de la majorité qui ne peut être qu'à la hausse.

Les mêmes aménagements sont envisageables pour les cessions entre conjoints, héritiers, ascendants ou descendants qui, par principe libres, peuvent être soumises à une telle procédure dans les conditions de l'article L. 223-14 selon l'article L. 223-13 du Code de commerce. Partant, pour ce type de cession, il sera possible de prévoir que certaines parts sont librement

cessibles, alors que d'autres seront soumise à un agrément majoritaire des associés et d'autres encore à un consentement unanime par exemple.

En revanche, pour ce qui est des cessions entre associés, si l'article L. 223-16 permet aux statuts de prévoir une restriction à la cessibilité, ils sont également libres de réduire la majorité prévue par l'article L. 223-14 ainsi que les délais prévus par ce texte. Ainsi, la préférence peut consister à ne soumettre à agrément la cession entre associé qu'eu égard à une certaine catégorie de parts détenues, ou de moduler les majorités requises en fonction des différentes catégories par exemple.

422. *La préférence et l'agrément dans les sociétés anonymes et en commandite par actions.*

Par principe librement cessibles, les actions des sociétés qui ne sont pas admises sur un marché réglementé peuvent être soumises à un agrément par les statuts en vertu de l'article L. 228-23 du Code de commerce. Et si la préférence ne peut pas consister en l'application d'une telle procédure en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou en cas de cession à un conjoint, un ascendant ou un descendant, une réponse ministérielle en date du 3 décembre 1969 a clairement indiqué la possibilité de ne soumettre à agrément que certaines catégories de titres¹⁶⁰⁴. Ainsi, la préférence peut tout d'abord consister en un aménagement catégoriel de la procédure, sans nécessairement avoir besoin de passer par la création d'actions de préférence¹⁶⁰⁵.

Ensuite, le texte ne précisant pas l'organe compétent pour agréer le cessionnaire, les statuts sont libres de le déterminer. Il peut s'agir de l'assemblée des actionnaires, qu'elle soit ordinaire ou extraordinaire, mais également d'un organe de direction ou d'une commission spécialement composée à cet effet par exemple¹⁶⁰⁶. Partant, la préférence pourra avoir pour

¹⁶⁰⁴ Réponse ministérielle n°8802, JO Sénat, 3 décembre 1969, p. 1169 : « L'article 274 (alinéa 2) de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales [art. L.228-23 C. Com.] aux termes duquel une clause d'agrément ne peut être stipulée « que si les actions revêtent exclusivement la forme nominative en vertu de la loi ou des statuts » ne paraît pas impliquer nécessairement que toutes les actions d'une société remplissent la condition ainsi prévue. Il semble donc possible, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, que les statuts d'une société anonyme prévoient la création de plusieurs catégories d'actions, la clause d'agrément étant stipulée pour les actions d'une seule catégorie, lesquelles sont alors soumises aux conditions de l'article 274 ».

¹⁶⁰⁵ En ce sens v. notamment Y. GUYON, *Les sociétés*, op.cit., p. 184, §106 ; H. LE NABASQUE, J-M. GAILLARD, R. KADDOUCH, Ph. PORTIER et B. SOLLE, « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », art.cit., p. 16, §61.

¹⁶⁰⁶ Sur ce point, il semble exister une discorde quant à la possibilité de faire intervenir des tiers (sur cette question v. R. BESNARD-GOUDET, *Clauses statutaires d'agrément, de préemption et d'exclusion dans les cessions d'actions* op.cit., §20), mais, comme l'a souligné cette dernière, l'article R 210-4, 10°, 2° du Code de commerce implique nécessairement que l'organe compétent soit un organe social (relatif à l'avis inséré au JAL lors de la constitution de la société par actions qui doit contenir des indications sur « l'existence de clauses relatives à l'agrément des cessionnaires d'actions et la désignation de l'organe social habilité à statuer sur les demandes d'agrément »).

objet de soumettre certaines catégories de titres à l'agrément d'un organe restreint, alors que les autres seraient soumises à l'agrément de l'assemblée, voire à l'intervention de plusieurs organes¹⁶⁰⁷.

Enfin, concernant les modalités de vote, si à défaut de prévisions statutaires contraires, l'agrément sera acquis selon les conditions de *quorum* et de majorité prévues par les statuts ou la loi pour les organes dont la compétence est retenue, rien n'empêche aux associés de moduler ces conditions afin d'adapter celles-ci au cas de l'agrément. Ainsi, si l'organe désigné pour agréer le cessionnaire est le conseil d'administration, le *quorum* imposé est de la moitié des membres sans aucun aménagement possible. La préférence pourra alors consister en l'application d'une majorité plus forte que « *la majorité des membres présents ou représentés* » conformément aux prévisions de l'article L. 225-37 alinéa 2 du Code de commerce. De même, si l'organe est l'assemblée générale ordinaire qui statue à la majorité ou l'assemblée générale extraordinaire statuant à la majorité des deux tiers, un *quorum* plus élevé que le *quorum* supplétif prévu par les articles L. 225-96 et L. 225-98 du Code de commerce pourra être prévu pour les seules décisions d'agrément, ou pour l'agrément de seulement certaines cessions catégorielles. Toutefois, il convient de noter que la décision de l'organe habilité à agréer le cessionnaire ne pourra jamais être conditionnelle et devra être pure et simple¹⁶⁰⁸.

423. *La préférence et l'agrément dans les sociétés par actions simplifiées.* L'article L. 227-14 du Code de commerce prévoyant simplement la possibilité pour les sociétés par actions simplifiées de soumettre à agrément toute cession d'actions, tous les aménagements semblent possibles dès lors que ceux-ci n'ont pas pour effet de rendre l'associé prisonnier de son titre.

B. Préférence et droit de préemption

424. Une clause de préemption est une clause par laquelle un associé s'engage, au cas où il envisagerait de céder ses titres, à les proposer en priorité aux bénéficiaires de celle-ci. Objet de

¹⁶⁰⁷ En ce sens v. par ex. CA, Paris, 31 mars 1981, *Gaz. Pal.*, 1981, 1, p. 513 (cité par R. BESNARD-GOUDET, *Clauses statutaires d'agrément, de préemption et d'exclusion dans les cessions d'actions*, *op.cit.*, §20), dans laquelle la Cour valide la clause soumettant l'agrément au conseil d'administration mais dont la décision devait être ratifiée par l'assemblée générale.

¹⁶⁰⁸ Cass. Com., 17 janvier 2012, n°09-17.212, *RTD Civ.*, 2012, p. 312, note B. FAGES ; *D.*, 2012, p. 719, obs. A. LIENHARD ; *Revue des sociétés*, 2012, p. 370, note P. LE CANNU ; *RTD Com.*, 2012, p. 141, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO.

discussions doctrinales et jurisprudentielles pendant un temps, leur validité a finalement été reconnue par la jurisprudence ayant précisé qu'« aucune prescription légale n'interdi(sant) l'instauration d'un droit de préemption en cas de cession d'actions entre les actionnaires d'une société anonyme ; la disposition statutaire qui le prévoit ne saurait par conséquent, pour cette seule raison, être tenue pour nulle »¹⁶⁰⁹. Alors que certains considèrent qu'il ne serait pas possible de réserver cette faculté à certains associés seulement, car cela aurait pour effet de porter atteinte au principe d'égalité qui gouverne leurs relations¹⁶¹⁰, d'autres auteurs, auxquels il semble convenir de se rallier, admettent un tel aménagement. En effet, comme cela a déjà été démontré, le principe d'égalité n'est en réalité qu'une égalité catégorielle – le raisonnement relevant alors d'un sophisme patent. Partant, il est nécessairement possible de ne réserver le bénéfice d'une clause de préemption qu'à certaines catégories de titres, puisqu'aucun texte n'impose un traitement équivalent des associés en matière de préemption¹⁶¹¹. Cette position a d'ailleurs été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt de 1994¹⁶¹². La préférence pourra alors consister en la mise en œuvre d'un droit de préemption au profit de seulement certains associés ou certaines catégories de titres, qu'il s'agisse de parts sociales ou d'actions, dès lors que l'aménagement aura été consenti par les associés en connaissance de cause.

425. Mais cela n'est pas le seul aménagement envisageable de la préemption. En effet, alors que certains considèrent que ce droit est nécessairement proportionnel à la détention initiale de capital de ses bénéficiaires¹⁶¹³, dans une acception stricte du principe d'égalité, d'autres

¹⁶⁰⁹ De manière expresse par CA, Paris, 1^{ère} ch., 14 mars 1990, JurisData n°1990-0202, *Bull. Joly Sociétés*, 1990, p. 353, §110, commenté notamment par P. LE CANNU, « Validité et effets d'une clause statutaire de préemption dans une société anonyme non cotée », *Bull. Joly Sociétés*, 1990, p. 325, notamment §97, et par M. JEANTIN, « Les clauses de préemption statutaire entre actionnaires », *Droit des sociétés*, juillet 1990, p. 1 ; et de manière implicite par Cass. Com., 15 février 1994, n°92-12.330, *Bull. Joly*, 1994, p. 508, note D. VELARDOCCIO.

¹⁶¹⁰ En ce sens v. Y. GUYON, *Les sociétés*, *op.cit.*, p. 185, §107 ; M. JEANTIN, « Les clauses de préemption statutaires entre les actionnaires », *JCP E*, 1991, n°18, 49, §23 : « Il convient alors de s'interroger sur la conciliation du mécanisme de la préemption et du principe d'égalité entre les actionnaires. A cet égard, la distinction entre les clauses extrastatutaires et les clauses statutaires de préemption a une importance de premier rang. En effet, le principe d'égalité entre actionnaires n'est susceptible de jouer que dans les relations entre la société elle-même et ses associés. Dès lors, une clause statutaire qui écarterait du bénéfice de la préemption certains actionnaires est contraire au principe d'égalité » ; P. LE CANNU, « Validité et effets d'une clause statutaire de préemption dans une société anonyme non cotée », *Bull. Joly Sociétés*, 1990, p. 325, §22.

¹⁶¹¹ En ce sens v. J. MESTRE, A-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Le Lamy sociétés commerciales*, *op.cit.*, §4864 ; *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, éd. 2018, §68590 ; R. BESNARD-GOUDET, *Clauses statutaires d'agrément, de préemption et d'exclusion dans les cessions d'actions*, *op.cit.* §49 ; J-P. BOUÈRE, « Quelques remarques sur les clauses de préemption statutaires réservées à une catégorie déterminée d'actionnaires », *Bull. Joly Sociétés*, 1992, n°4, p. 376.

¹⁶¹² Cass. Com., 15 février 1994, n°92-12.330, précit.

¹⁶¹³ V. par ex. M. JEANTIN, « Les clauses de préemption statutaires entre les actionnaires », *art.cit.*, §23 : « Quoi qu'il en soit, il est indispensable que les rédacteurs des clauses de préemption précisent les clefs de répartition des actions préemptées entre les actionnaires préempteurs qui tiennent compte à la fois de la part de capital détenue par chaque actionnaire préempteur et du non-exercice éventuel de leur droit par certains des actionnaires ».

estiment que les statuts peuvent librement déterminer les modalités de mise en œuvre de ce droit de préemption¹⁶¹⁴. C'est une nouvelle fois cette opinion qui semble devoir être retenue compte tenu de la remise en cause réalisée du principe d'égalité. Ainsi, il serait possible de prévoir que le droit de préemption ne bénéficiera qu'à certains associés, et qu'en outre celui-ci s'exercera selon un ordre de priorité déterminé par la clause. Il peut s'agir par exemple d'un exercice réservé en priorité aux associés disposant d'un nombre de titres inférieur à un certain seuil. On peut aussi imaginer que les bénéficiaires qui décideront de préempter ne pourront exercer ce droit que dans la limite d'un seuil de participation au capital social ou encore qu'ils ne pourront par ce biais dépasser un pourcentage des droits de vote¹⁶¹⁵.

C. Préférence et modalités de sortie des associés

Du simple droit de se retirer de la société, au droit pour un associé de se voir racheter ses titres si un autre venait à se retirer lui-même par exemple, la préférence peut consister en l'organisation de la rupture volontaire du lien entre l'associé et la société.

426. Principe du droit de retrait. Prérogative d'ordre public dans les sociétés à capital variable de sorte qu'aucun aménagement ne semble envisageable¹⁶¹⁶, la possibilité d'exercer un droit de retrait est reconnue par l'article 1869 du Code civil au profit des associés de sociétés civiles. Ce texte précise que les conditions de ce retrait doivent être prévues par les statuts. Ainsi, s'il n'est pas envisageable de supprimer de manière définitive ce droit pour certaines parts ou certains associés, il est tout à fait possible que la préférence soit accordée à certains quant aux conditions de retrait¹⁶¹⁷. L'aménagement de cette prérogative pourra alors consister à ce qu'elle ne puisse être mise en œuvre avant un certain délai, qu'il soit déterminé ou déterminable, alors que d'autres pourraient en bénéficier à tout moment. Sa mise en œuvre pourra également être subordonnée à la survenance d'événements définis par la clause, comme la baisse du chiffre d'affaire ou le changement de majorité¹⁶¹⁸. Mais aucune disposition

¹⁶¹⁴ En ce sens v. R. BESNARD-GOUDET, *Clauses statutaires d'agrément, de préemption et d'exclusion dans les cessions d'actions op.cit.*, §49.

¹⁶¹⁵ Exemples proposé par Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, éd. 2018, §68612

¹⁶¹⁶ Art. L.231-6 al. 1^{er} C. Com., caractère d'ordre public confirmé notamment par Cass., Civ., 3^{ème}, 12 juin 2006, n°00-22.505, *AJDI*, 2002, p. 557.

¹⁶¹⁷ En ce sens v. notamment L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *art.cit.*, *loc.cit.*

¹⁶¹⁸ Pour des exemples de conditions v. notamment D. GIBIRILA, *Société – Dispositions générales – Parts sociales : droits et obligations de l'associé*, J.Cl. Civil, Code, Fasc. 41, §42.

similaire n'est prévue dans les autres formes sociales, ce qui a d'ailleurs suscité des invitations parlementaires à généraliser ce droit au profit des actionnaires minoritaires des sociétés non cotées¹⁶¹⁹.

Si ce type de clauses trouve plutôt leur place dans des arrangements extrastatutaires, notamment pour des questions de confidentialité, rien ne semble s'opposer à ce que les associés, de quelque forme sociale que ce soit, décident d'en assurer l'opposabilité et l'efficacité en les plaçant directement au sein des statuts¹⁶²⁰. Ainsi, en ce qui concerne les sociétés par actions simplifiées, rien ne s'oppose à la mise en place de clause organisant la sortie volontaire des associés¹⁶²¹. Les statuts pourront donc librement organiser le droit de retrait des associés, et moduler des conditions plus ou moins avantageuses par catégories de titre par exemple¹⁶²². Il en va de même dans les autres formes sociales, les statuts devant simplement prendre soin d'organiser d'une part les conditions du départ de l'associé, mais également les modalités de cession de ces titres sans jamais pouvoir priver les associés de leur liberté de quitter la société¹⁶²³.

427. Exemple : la clause de sortie conjointe ou proportionnelle. La préférence peut résider dans l'engagement d'un associé cédant de faire acquérir par son cessionnaire tout ou partie des titres détenus par d'autres. Ainsi, il serait possible de prévoir que les associés détenteurs de titres d'une catégorie déterminée seraient tenus de faire racheter ou, à défaut, de racheter eux même, les titres détenus par les minoritaires s'ils venaient à céder leur participation. Cette clause peut organiser une cession proportionnelle, de sorte que si l'associé cessionnaire et redevable de la préférence cède un certain pourcentage de ses titres, il devra acquérir ou faire acquérir la même proportion de titres détenus par les associés d'une catégorie déterminée. En

¹⁶¹⁹ Sur ce point v. Ph. MARINI, alors Rapporteur général de la Commission des finances du Sénat, « Le droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 1998, n°132, p. 27.

¹⁶²⁰ Ainsi, pour la prévision d'un droit de retrait organisant les modalités de cession des titres dans une SARL v. R. DUMAS, « L'adaptation des statuts de l'entreprise aux risques de ruptures familiales », *LPA*, 2014, n°93, p. 25.

¹⁶²¹ En ce sens v. J. HONORAT, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés (suite et fin) », *LPA*, 1996, n°100, p. 4.

¹⁶²² Ainsi, des exemples de statuts déposés au greffe du tribunal de commerce prévoient : « *En cas de dégradation de la solvabilité de la société, l'associé minoritaire peut à tout moment exiger le rachat de ses actions par le majoritaire* », « *A partir de la cinquième année, le minoritaire peut exiger le rachat par le majoritaire* », « *A un moment quelconque, s'il y a une modification substantiellement défavorable de l'équilibre économique des relations entre les associés, le minoritaire peut exiger le rachat de ses actions par le majoritaire* » (exemple proposé par G. BAUDEU, « La S.A.S. : Pratiques statutaires », *LPA*, 1997, n°43, p. 10).

¹⁶²³ En ce sens v. J.-J. BARBIÈRI, « Retrait volontaire et retrait judiciaire : du mode alternatif au mode prioritaire », *Bull. Joly Sociétés*, 2007, n°7, p. 890.

général, ces clauses sont prévues à la charge des majoritaire et au profit des minoritaires afin de ne pas se voir imposer un changement de la majorité.

Conclusion du Chapitre Deuxième

La souplesse offerte aux associés en matière d'aménagement de leurs prérogatives extra-pécuniaire a permis de fournir un certain nombre d'exemples d'application pratique de la préférence. Cependant, ces développements sont loin de constituer une énumération complète des possibilités aux mains des rédacteurs des statuts. Ainsi, au titre des aménagements envisageables mais qui n'ont pas fait l'objet de développements spécifiques, il sera possible de prévoir des clauses de plafonnement de participation au titre desquelles tout ou partie des associés, que ce soit en raison de leur personne ou des titres qu'ils détiennent, ne pourront porter leur participation capitalistique au-delà d'un seuil déterminé par la clause, ce plafonnement pouvant en outre être temporaire ou permanent par exemple ; des clauses de non-acquisition pour maintenir les rapports de force entre différents associés ou catégories de titres ; des clauses d'entraînement, d'offre alternative ou de sortie prioritaire etc. La pratique n'est limitée que par l'existence du cadre substantiel et procédural de la préférence. Si en matière d'aménagement du droit de vote notamment ce cadre semble plus contraignant qu'à l'égard des autres prérogatives que peuvent se voir reconnaître les associés, la préférence n'en est pour autant pas exclue et de nombreux aménagements sont encore possible dans les frontières déterminées par les textes.

Conclusion du Titre Deuxième

La préférence peut s'exprimer dans toutes les formes sociales, par le biais d'instruments variés, et eu égard à toutes les prérogatives qui sont légalement attachées à la qualité d'associé ou qui peuvent être attribuées aux acteurs sociaux pour compléter ce statut légal, que ce soit en l'infléchissant ou en l'amenuisant. En revanche, son ampleur ne se révèle pas équivalente selon les données prises en considération. En effet, plusieurs constats alternatifs peuvent être dressés.

Tout d'abord, si la portée de la préférence est évaluée uniquement du point de vue de la nature des prérogatives des associés, une première dualité se révèle entre droits pécuniaires et extra pécuniaires. La confrontation du cadre substantiel et procédural laisse un grand espace de liberté aux associés quant à la définition de leurs droits d'ordre patrimonial, ceux-ci étant

surtout limités par la prohibition des clauses léonines. En revanche, la latitude des associés pour aménager leurs prérogatives extrapatrimoniales se révèle moins étendue en raison de la multiplicité et de la diversité des normes impératives qui ne peuvent être bafouées. Et si la préférence voit son ampleur amoindrie eu égard aux prérogatives extra pécuniaires des associés, celle-ci l'est d'autant plus lorsque le droit considéré est le droit de vote. Il ne souffre d'aucun aménagement dans la société à responsabilité limitée. Au contraire, la liberté est quasiment totale à son égard dans les sociétés civiles ou par actions simplifiées. À mi-chemin, les conditions de son aménagement sont strictement définies par les textes pour les formes sociales assujetties au régime de la société anonyme. Ainsi, la préférence portant sur le droit de vote est susceptible, à peu de choses près, de faire l'objet d'une énumération exhaustive des aménagements envisageables par les associés. Toutefois, la question de la licéité de sa suppression reste en suspens.

Cette observation amène ensuite à la mise en lumière d'une seconde dichotomie évidente lorsque la préférence est appréciée du point de vue de la forme sociale considérée. Deux groupes peuvent en effet être dégagés, avec d'un côté les formes sociales où l'impérativité restreint de manière conséquente la liberté des associés et, de l'autre côté, celles où la liberté prend le pas sur l'ordre public sociétaire. Le premier groupe, où la préférence, si elle peut néanmoins s'exprimer, est largement encadrée, comprend naturellement les formes sociales à l'égard desquelles un principe d'égalité est plus généralement exprimé, à savoir les sociétés par actions auxquelles il convient de soustraire les sociétés par actions simplifiées pour lesquelles responsabilité limitée ne rime pas avec liberté modérée. En effet, si la mise en place d'une préférence pécuniaire est plus libre que la mise en place d'une préférence extra pécuniaire dans ces formes sociales à l'instar du constat général réalisé précédemment, les limites substantielles et procédurales se révèlent néanmoins plus nombreuses pour les aménagements de cette nature que dans les formes sociales du second groupe. L'article L. 232-14 du Code de commerce constitue à cet égard la clé de voûte de la restriction à la liberté offerte par la suppléativité des prévisions de l'article 1844 du Code civil. Dans le même sens, mais eu égard aux prérogatives politiques des associés, l'article L. 225-122 du Code de commerce restreint amplement la latitude des actionnaires à aménager librement ces droits. Le second groupe réunit les sociétés à responsabilité illimitée ainsi que les sociétés par actions simplifiées, ces formes sociales ne souffrant que de peu de restrictions à la préférence, qu'elle soit de nature pécuniaire ou non. En effet, à leur égard les règles impératives restreignant la portée de la préférence se cristallisent de manière quasi systématique autour des règles communes à toutes les formes, telle la

prohibition des clauses léonines. Les règles spéciales peuvent y être qualifiées d'anecdotiques. À mi-chemin entre ces deux groupes se trouve la société à responsabilité limitée, qui peut être rattachée au groupe des sociétés par actions lorsque les aménagements envisagés portent sur le droit de vote des associés, mais assimilée aux autres formes sociales pour la préférence portant sur les prérogatives de toute autre nature.

Cette dernière distinction conduit enfin à la possibilité d'établir une sorte de classement de la place de la préférence en droit des sociétés lorsqu'elle est examinée en confrontant les deux paramètres précédents. La forme sociale offrant le plus de liberté en matière de préférence se trouve sans surprise être la société par actions simplifiée, bénéficiant tant des libertés offertes aux sociétés à responsabilité limitée que des instruments fournis aux sociétés par actions. La seconde place est occupée par la société civile, pour laquelle la liberté statutaire ne peut être assimilée à celle de la société par actions simplifiée en raison des dispositions relatives à l'agrément notamment, mais supprime celle des sociétés en nom collectif, en commandite simple et à responsabilité limitée qui ne peuvent objectivement se voir attribuer un classement fixe puisque liberté et assujettissement à des normes impératives s'y côtoient à l'égard de prérogatives différentes mais dans des proportions plus ou moins similaires. Et même si l'introduction des actions de préférence a eu pour effet d'assouplir le régime des sociétés anonymes et en commandite par actions, ce sont ces formes sociales qui demeurent en fin de classement, la préférence ayant sa place en leur sein mais dans une mesure largement restreinte.

Conclusion de la Deuxième Partie

De nature à favoriser certains, ou au contraire à exclure d'autres, la préférence peut susciter une certaine méfiance dans une société issue de la philosophie du Siècle des Lumières. La préférence est pourtant immanente en droit des sociétés. Sentence introductive de cette seconde partie, l'immanence est bien le substantif qui exprime la substance de la préférence en la matière. Permise dès lors que rien ne s'y oppose, la détermination de son cadre substantiel et procédural n'a pas révélé une réelle « *hypertrophie des règles d'ordre public* »¹⁶²⁴ qui ferait échec à son élaboration de manière trop importante, même si de telles règles existent bel et bien. Tantôt communes à toutes les formes sociales, tantôt spéciale, les dispositions permettant de

¹⁶²⁴ Phénomène dont GUYON fait état en ces termes : Y. GUYON, *Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés, Traité des contrats*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2002, p. 23, §9.

définir négativement la préférence par ce qu'elle ne peut être sont diverses, mais possèdent généralement un champ d'application assez restreint et spécifique. Aussi, sans pouvoir affirmer que l'ordre public est de manière générale « *un titre de papier qui n'effraye que les naïfs* »¹⁶²⁵, l'étude des sanctions attachées à son non-respect a révélé que celles-ci sont amplement limitées dans leur portée, le législateur ayant pris soin de restreindre très largement les cas où l'atteinte à une règle impérative pourrait entraîner la nullité de la personne morale.

Fort de ces constatations, il est alors possible de remarquer d'une part, d'un point de vue de l'objet de la préférence, que les prérogatives politiques des associés font l'objet d'un encadrement plus strict de la liberté que les prérogatives d'ordre financier, quelle que soit la forme sociale considérée – la principale limite résidant dans la prohibition des clauses léonines instaurée par l'article 1844-1 du Code civil. D'autre part, d'un point de vue du sujet de la préférence, les sociétés par actions, en dehors du cas très spécifique de la société par actions simplifiée, sont assujetties à un plus grand nombre de dispositions impératives venant encadrer la liberté que les autres formes sociales. Ceci n'empêche pas la préférence de s'exprimer dans leurs statuts, mais a pour conséquence de subordonner sa mise en place à une rédaction plus délicate des clauses au sein desquelles elle sera stipulée.

De la mise en confrontation des différentes limites à la préférence aux prérogatives que les associés se voient reconnaître résulte une impossibilité pratique de dresser un inventaire complet des contours positifs de la préférence en droit des sociétés, faute de vouloir en restreindre l'étendue. Le polymorphisme de la préférence s'oppose à toute tentative de définition absolue de ces manifestations, mais l'étude du cadre substantiel et procédural mise en relation avec les pratiques de la préférence a permis d'appréhender plus aisément la portée de la préférence. Cette dernière est en fait un instrument au profit des associés, dont les manifestations possibles n'ont de limites, au-delà de leur cadre négatif, que dans les besoins des associés et l'inventivité et la technicité des rédacteurs des statuts. C'est d'ailleurs très certainement à l'égard de cette dernière remarque que la préférence est la plus critiquable, car si elle est bien un instrument qui peut servir l'intérêt social, lequel ne se satisfait pas nécessairement d'une égalité entre les associés, une grande disparité de traitement peut résulter de la nécessité de mettre en place la préférence dans les relations entre associés. Ceci sera l'objet des propos conclusifs.

¹⁶²⁵ Y. GUYON, *Les sociétés, op.cit.*, p. 26, §10

CONCLUSION GÉNÉRALE

428. Amorçant le sujet de l'étude, une double interrogation devait guider les propos : quelle est la place de la liberté contractuelle dans les relations entre associés et cette dernière est-elle bridée par l'existence d'un principe d'égalité ? Répondre à ces questions classiques constituait en effet le seul moyen d'identifier la portée exacte de la préférence. À l'issue des recherches menées, l'intuition première quant à ces problématiques se confirme et permet de formuler la proposition suivante : la liberté contractuelle est le principe, la préférence en étant une expression particulière en droit des sociétés. Cette liberté connaît bien une limite spécifique à la matière, mais il n'est pas question du principe d'égalité, lequel a pu être disqualifié. Il s'agit de l'intérêt social, dont la satisfaction interdit toute décision, mais également tout aménagement statutaire, qui viendrait le mettre à mal. Ainsi, la préférence peut trouver pleinement à s'exprimer dans les statuts qui lient les associés dès lors qu'elle n'est contraire ni à une règle qui intéresse l'ordre public, ni à l'intérêt social.

429. Cette intuition confirmée, dans la mesure où la place de l'ordre public sociétaire est souvent avancée comme importante, voire contraignante¹⁶²⁶, celle laissée en creux à la préférence paraissait cependant, *a priori*, nécessairement limitée. En effet, la préférence ne pouvant se déployer que dans le cadre de sa définition négative, sa portée est indubitablement fonction de la place réelle qu'occupent les normes impératives qui viennent l'encadrer. Même si la liberté contractuelle est portée par le principe en vertu duquel tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis, ce n'est que si les interdictions ne sont pas trop nombreuses que la liberté – et donc la préférence – peut réellement trouver à s'exprimer. Or, l'étude du cadre substantiel et procédural venant limiter la préférence n'a pas démontré une réelle hypertrophie des règles impératives. Sur ce point, l'examen de la mise en œuvre de la préférence a permis de dresser un triple constat.

¹⁶²⁶ V. par ex. M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges M. GERMAIN*, LexisNexis, Lextenso, 2015, p. 181 ; M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », in *Mélanges Ph. MERLE*, Dalloz, 2013, p. 305 ; G. GOFFAUX-CALLEBAUD, « Du contrat en droit des sociétés », Coll. Presses Universitaires de Sceaux, L'Harmattan, 2008, p. 11, §4 et s. ; Y. GUYON, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ Com.*, 2003, p. 147.

Tout d'abord, quelle que soit la forme sociale considérée, les associés bénéficient d'une marge de manœuvre plus importante concernant l'aménagement des prérogatives pécuniaires par rapport à celles ayant trait à leurs droits d'ordre politique. Mais la plupart des prérogatives attachées aux titres ou aux associés peuvent donner lieu à des aménagements. Ceux-ci peuvent non seulement avoir trait à la teneur des prérogatives : il peut s'agir alors de suspendre les droits en question, de les diminuer ou de les augmenter eu égard aux droits attachés aux titres ou aux associés ordinaires. Ils peuvent encore avoir pour objet de moduler dans le temps l'exercice ou l'effectivité des prérogatives des associés, en organisant un système de droits particuliers permanents, temporaires, à éclipses ou encore subordonnés à la réalisation d'un stage par exemple. En outre, ces deux modes d'aménagements, teneur et temporalité, peuvent se cumuler. De fait, les combinaisons envisageables sont multiples et indénombrables. Ainsi, la latitude à aménager le droit de vote, par exemple, est plus réduite que celle offerte à l'égard du droit aux dividendes. Il n'en reste pas moins que cette prérogative peut faire l'objet de modulations diverses pour répondre au mieux aux attentes des associés pour régir leurs relations.

Ensuite, la liberté trouve également à s'exprimer plus aisément dans les sociétés à responsabilité illimitée que dans les sociétés à responsabilité limitée, hors le cas spécifique de la SAS qui s'est vue attribuer un régime hybride offrant aux associés autant de liberté que de sécurité. Ce constat n'a rien d'étonnant, liberté contractuelle et responsabilité des contractants allant de paire en droit des sociétés¹⁶²⁷. Toutefois, même dans les formes sociales les plus encadrées, la préférence n'est pas exclue des relations entre associés. D'ailleurs, la limitation de la responsabilité des membres du groupement n'a pas les mêmes conséquences sur les contours de la liberté dans les différentes formes sociales considérées. Ainsi, là où le droit de vote est extrêmement encadré dans les SARL, puisqu'il est impérativement proportionnel à la détention de capital des associés, la marge de manœuvre est plus grande dans les SA et SCA, dans lesquelles le législateur a prévu expressément les atteintes qui pouvaient être portées à la proportionnalité capitalistique de la prérogative. Il en va de manière inverse pour ce qui est de l'aménagement de la répartition des bénéfices entre les associés, puisque dans les premières la liberté est surtout limitée par la prohibition des clauses léonines, alors que pour les secondes l'insertion de dispositions spéciales par le législateur a eu pour effet d'instaurer un cadre

¹⁶²⁷ En ce sens v. J. HONORAT, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés, 1ère partie », *LPA*, 1996, n°99, p. 4 : « *habituellement la liberté contractuelle, qui est laissé aux associés, a comme contrepartie leur obligation personnelle au passif social. (...) Au contraire, le choix d'une forme sociale excluant cette responsabilité personnelle des associés entraîne de manière générale l'application d'un régime beaucoup plus contraignant* ».

procédural plus strict pour les aménagements envisageables. Ainsi, si la préférence ne connaît pas exactement le même périmètre dans les différentes formes sociales, elle conserve une étendue notable dans chacune.

Enfin, de la combinaison de ces deux constats, il ressort que les SA et SCA connaissent, eu égard à la préférence, un cadre substantiel et procédural plus important quantitativement que les autres formes sociales. Toutefois, ce constat doit être relativisé et ne doit pas conduire à une marginalisation de la notion de préférence dans les sociétés par actions. En effet, bien que le régime très encadré de la SA entraîne des contraintes spécifiques à la charge des associés dans la mise en place de leurs relations, peu d'aménagements se trouvent totalement exclus. Seulement, si la place de la préférence demeure importante dans les formes sociales qui sont soumises à ce régime, sa mise en œuvre est subordonnée à une complexité rédactionnelle plus importante que dans d'autres types de sociétés. En somme, ce n'est pas tant la place quantitative des règles d'ordre public qui constitue un réel frein à l'aménagement des relations entre associés, que les difficultés de mise en place qui résultent de la rédaction des textes.

De nombreuses études prospectives du droit des sociétés face à un bilan assez critique du système en vigueur ont été réalisées à l'aube du XXI^{ème} siècle¹⁶²⁸. Les réformes qui étaient alors attendues ou craintes pour simplifier cette matière n'ont pas eu lieu. Les attentes et reproches exprimés étaient notamment les suivants : réduire la place de l'ordre public au profit de plus de liberté contractuelle¹⁶²⁹ – ce qui passait par la nécessité de s'interroger sur les normes qui devaient rester impératives¹⁶³⁰ ; assouplir la législation afin que celle-ci soit plus adaptée à l'hétérogénéité des sociétés, même lorsqu'elles revêtent la même forme, de façon à ce que ces dernières soient pleinement adaptées aux besoins spécifiques qui leur sont propres¹⁶³¹ ; clarifier certaines dispositions, notamment pour les sociétés anonymes¹⁶³² ; lever les incertitudes sur la

¹⁶²⁸ V. sur ce point le dossier consacré à cette question par la Revue des sociétés : « Le changement de millénaire et le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2000, n°1 et notamment les contributions suivantes : P. BÉZARD, « Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation », p. 55 ; Ph. BISSARA, « Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ? », p. 69 ; F. BLANQUET, « Droit communautaire des sociétés de capitaux : quelles tendances générales prévisibles à l'aube du 3^e millénaire ? », p. 73 ; A. COURET, « Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire », p. 89 ; P. DIDIER, « La théorie contractualiste de la société », p. 95 ; J. FOYER, « Quel droit des sociétés dans le millénaire qui s'avance ?, p. 101 » ; D. RANDOUX, « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre », p. 105 ; B. SAINTOURENS, « L'an 2000 et au-delà : quelles perspectives pour le droit des sociétés ? », p. 109.

¹⁶²⁹ En ce sens Ph. BISSARA, « Au seuil d'un nouveau millénaire », *art.cit.*

¹⁶³⁰ En ce sens P. DIDIER, « La théorie contractualiste de la société », *art.cit.*

¹⁶³¹ En ce sens Ph. BISSARA, « Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ? », *art.cit.*

¹⁶³² En ce sens Cl. CHAMPAUD, « Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^{ème} siècle », *art.cit.*, §8.

validité de certains aménagements et simplifier les contraintes auxquelles sont soumises les sociétés¹⁶³³. Ces attentes demeurent d'actualité, et ce particulièrement à l'égard de la question de la préférence qui peut être instaurée dans les relations entre associés.

En raison de la diversité, et parfois de la complexité, des normes appelées à s'appliquer aux relations entre associés, de nombreuses incertitudes demeurent quant à la licéité de certains aménagements qui pourraient être envisagés¹⁶³⁴. En résulte un problème de sécurité juridique pouvant être perçu comme l'un des premiers freins à la préférence, puisque les associés pourront alors préférer mettre en place des aménagements déjà éprouvés tant par la pratique que par les juridictions¹⁶³⁵, plutôt que de prendre le risque d'une remise en cause de tout ou partie de la convention qui les lie. Ainsi, même si la préférence ne peut pas être définie de manière positive, afin de laisser les associés entièrement libres d'aménager leurs relations en dehors des îlots de règles impératives, en réalité, la sécurité relative des aménagements n'ayant reçu aucune caution doctrinale ou jurisprudentielle peut conduire à une restriction du champ de mise en œuvre effective de la préférence et créer un sentiment de validité uniquement à l'égard de la préférence déjà expérimentée.

De ce premier obstacle manifeste à la mise en œuvre de la préférence découle une seconde observation nécessaire : le risque d'inégalités entre les différentes sociétés face à la préférence, non en raison de la forme sociale qu'elles revêtent ; mais en raison des moyens qu'elles sont à même de mettre en œuvre pour organiser les relations de leurs membres. Non seulement, l'absence de certitude quant à la licéité et donc la pérennité de certains aménagements peut conduire les associés à circonscrire la préférence dans leurs relations aux prérogatives particulières déjà mises à l'épreuve des juridictions. De surcroît, la complexité rédactionnelle qui peut apparaître à l'égard de la différenciation de certaines prérogatives peut avoir pour second effet modérateur de la préférence une disparité de recours aux aménagements entre entités revêtant la même forme sociale, alors même que les besoins pratiques sont les mêmes. Ainsi, le régime très rigide de la SA ne s'oppose pas à ce que les actionnaires procèdent à de nombreux aménagements. Toutefois, certains d'entre eux supposent de recourir à une rédaction et une procédure spécifique, relevant nécessairement d'une plume avisée. Tel est le cas de

¹⁶³³ En ce sens A. COURET, « Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire », *art.cit.*, §5 et §10 et s.

¹⁶³⁴ Sur la question v. notamment A. COURET, « Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire », p. 89, §4 et s. et Y. GUYON, *Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5ème éd., LGDJ, Traité des contrats, 2002, p. 445, §309.

¹⁶³⁵ V. sur les notions de clauses usuelles et clauses types, éprouvées par la pratique : P. MOUSSERON, « Les clauses usuelles en droit des sociétés : les anciennes et les nouvelles », *RJ Com.*, nov.-déc. 2016, p. 686 et s.

l'aménagement du dividende autre que sa majoration sous forme de prime de fidélité : dans les formes sociales non soumises aux prescriptions de l'article L. 225-122 du Code de commerce, une simple stipulation statutaire conforme aux prescriptions de l'article 1844-1 du Code civil permettra de procéder à une modulation non proportionnelle à la détention de capital de cette prérogative. En revanche, le recours aux actions de préférence, et aux procédures qui sont attachées à l'émission de tels titres, sera nécessaire pour parvenir à un résultat équivalent dans les formes sociales assujetties aux dispositions de la société anonyme. À ce propos, un auteur a relevé un succès assez mitigé des actions de préférence en raison d'une « *certaine réserve de la pratique* »¹⁶³⁶, ce qui permet d'affirmer que certaines prérogatives ne font pas l'objet d'aménagement dans les formes sociales où seul un recours à ces titres spéciaux permet de moduler les prérogatives des actionnaires.

Partant, la technicité et l'audace rédactionnelle que supposent ces aménagements peuvent avoir pour effet de restreindre leur mise en œuvre aux seules sociétés à même de faire appel à des rédacteurs spécialisés afin d'user de toutes les potentialités offertes par ces formes sociales, ce qui constitue une limite évidente à la préférence. GUYON dénonçait à ce titre un « *risque de système juridique à deux vitesses* », tout en le relativisant par le rappel de la possibilité pour les associés de choisir la forme sociale qui convient le mieux à leurs besoins¹⁶³⁷. Ce choix doit alors prendre en compte la nécessité, ou non, de procéder à une organisation particulière des relations entre associés. Dans le cas où les associés ne ressentent pas le besoin de créer une structure sur mesure, aucune difficulté particulière ne sera rencontrée. Dans l'hypothèse où des aménagements spécifiques sont nécessaires, le choix d'une forme sociale adaptée permet de minimiser le risque d'inégalité entre les acteurs sociaux.

En effet, le recours à la SAS permet aux associés d'instaurer assez aisément la préférence au sein de leur structure, tout en évitant les difficultés et incertitudes plus nombreuses dans d'autres formes sociales. Il s'agit alors seulement de minimiser et non d'évincer le risque relevé par le même auteur, car si le cadre normatif de la SAS est particulièrement adapté à la mise en place d'un régime adapté aux besoins des associés, la liberté engendrée par le nombre réduit de dispositions directement dédiées à cette forme sociale doit être suppléée par la rédaction de

¹⁶³⁶ B. DONDERO, « Peu d'appétence pour les actions de préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2014, n°9, p. 481 : « Si l'on se réfère à l'activité jurisprudentielle, elle est proche du zéro (...) Ce silence jurisprudentiel n'est sans doute pas la traduction d'une absence de difficulté liée à l'utilisation de ces titres, mais plutôt d'une certaine réserve de la pratique. Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 31 juillet 2014 reconnaît d'ailleurs que « dix ans après leur création, il est apparu que les actions de préférence n'ont pas rencontré le succès escompté ».

¹⁶³⁷ Y. GUYON, *Les sociétés*, op.cit., p. 446, §309.

statuts dans lesquels chaque aspect de la relation sociale doit être abordé. À l'égard des questions qui n'auraient pas été spécialement évoquées par les statuts, les associés devront accepter d'être assujettis à titre supplétif aux dispositions plus contraignantes de la société anonyme ou, à défaut, à celles contenues dans le Code civil et applicables à toutes les formes sociales. Ainsi, la technicité rédactionnelle que peut requérir la préférence dans des formes sociales pour lesquelles les dispositions prévues par le législateur sont plus nombreuses et contraignantes fait place à la nécessité d'un traitement exhaustif des relations sociales par les statuts.

Complexité ou exhaustivité rédactionnelle, le choix binaire proposé amène à s'interroger sur l'adéquation du droit français des sociétés à la préférence pour laquelle, si les obstacles ne sont pas insurmontables, une amélioration serait souhaitable. Comme l'exprimait PORTALIS, « *le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout. Tout simplifier, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre* »¹⁶³⁸. Aussi, une première piste de réflexion quant à la place de la préférence dans les relations entre associés conduit à émettre le souhait d'une simplification du cadre normatif. Cela permettrait de lever les zones d'incertitudes ainsi que d'atténuer les lourdeurs procédurales imposées pour sa mise en place, puisque le recours à la SAS ne fait que déplacer la problématique sur le terrain d'une exhaustivité qu'il ne sera pas toujours possible d'atteindre. Comme évoqué précédemment, ce n'est pas tant l'abondance de l'ordre public qui doit être remis en cause, celui-ci participant de la liberté offerte aux associés et de la sécurité recherchée par tous, mais plutôt sa lisibilité. Il serait opportun d'opérer un défrichage au sein des dispositions impératives afin tout d'abord que ce caractère ne soulève pas de doute, qu'ensuite aucune règle ne demeure de portée obscure, qu'elle fasse l'objet d'une lecture isolée ou en combinaison avec une autre et, enfin, que les cumuls inutiles de procédure soient notamment évincés. Le droit des sociétés gagnerait en lisibilité et en efficacité. De plus, les lourdeurs de son fonctionnement parfois relevées seraient éradiquées. La préférence pouvant toujours trouver à s'exprimer, la simplification des dispositions qui l'encadrent négativement n'aura pas pour effet de la promouvoir au-delà de ce qui est déjà possible, mais de permettre sa mise en œuvre par tous les associés, quelle que soit la forme sociale choisie et les moyens à disposition, sur un pied d'égalité. C'est peut être finalement à cet égard que la question de l'égalité trouve son vrai sens dans le cadre des relations entre associés.

¹⁶³⁸ J-E-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse An IX.

Le renouvellement du souhait de simplification amène quant à la loi à une seconde piste de réflexion déjà éprouvée par le législateur mais dont certains aspects pourraient encore faire l'objet d'amélioration : la confrontation aux systèmes normatifs concurrents. En effet, si l'étude des limites substantielles et procédurales de la préférence a révélé une large latitude des associés à organiser leurs relations à l'image de leurs besoins, certaines limites à la liberté demeurent, là où d'autres systèmes font preuve de plus de tolérance sans pour autant créer un surcroît d'insécurité. Ainsi, à l'instar de l'avènement des actions de priorité en 1902 ou encore de l'instauration de la société par actions simplifiée en 1994 pour pallier les délocalisations en réaction à une réglementation trop stricte, le droit français des sociétés pourrait être amené à évoluer dans le sens d'un assouplissement afin de permettre aux acteurs sociaux de bénéficier des mêmes instruments que leurs concurrents. L'influence de modèles concurrent a déjà contribué à l'émergence de nouvelles règles et ce mouvement ne saurait s'essouffler dans le futur.

Enfin, la question de la préférence en droit des sociétés n'est pas uniquement une problématique juridique et technique. C'est également une question économique. La qualité et la lisibilité du cadre normatif imposé aux entreprises est un facteur de compétitivité que les États ne peuvent ignorer¹⁶³⁹. La préférence est une inégalité constructive et dynamique, au service de l'intérêt social, qui doit être promue. Elle constitue un vecteur de compétitivité des sociétés et des entreprises dont ces dernières constituent la structure. Ses frontières sont à ce titre appelées à être en perpétuel mouvement et ne doivent, en aucun cas, rester figées. Apanage de toute relation humaine, cette notion revêt une importance toute particulière en droit des sociétés. La préférence dans les relations entre associés consiste, pour ces derniers, à aménager leurs prérogatives respectives à l'image de leurs souhaits et de ce qu'ils acceptent de se concéder mutuellement, dans la limite de ce qui n'est pas interdit et du respect de l'intérêt social, afin que la structure dont ils sont les acteurs ait un fonctionnement efficient, tant d'un point de vue juridique, qu'économique.

¹⁶³⁹ Sur la question de l'influence du cadre normatif sur la compétitivité des entreprises v. notamment : Banque mondiale, *Doing Business 2016 : Mesure de la qualité et de l'efficacité du cadre réglementaire*, Washington, 13^{ème} éd., 2016 : <http://français.doingbusiness.org>.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS ET ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES

OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, tome 2, 4^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2017

CABRILLAC (R.), *Droit des régimes matrimoniaux*, 10^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2017

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1927

CARBASSE (J-M.), *Manuel d'introduction historique au droit*, 7^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2017

CHARVÉRIAT (A.), **COURET (A.)** et **ZABALA (B.)**, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 49^{ème} éd., Éditions Francis Lefebvre, 2018

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 2017

COZIAN (M.), **VIANDIER (A.)** et **DEBOISSY (F.)**, *Droit des sociétés*, 30^{ème} éd., Lexis Nexis, 2017

DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé – 1911*, Édition La Mémoire du Droit, 2001

DIDIER (P.), *Droit commercial, L'entreprise en société – Les groupes de sociétés*, tome 2, 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 1999

DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, 2^{ème} éd., 1697

DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 5^{ème} éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2017

FENET (P-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Videcoq, 1836

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, Les obligations – Le contrat*, tome 2, LGDJ, 1980

HÉMARD (J.), **TERRÉ (F.)** et **MABILAT (P.)**, *Sociétés commerciales*, Librairie Dalloz, 1972

JUSTINIEN, *Corpus juris civilis, Digeste, Livre XVII, Titre II, De l'action qui naît de la société*, traduction française par MM. H. HULOT, J-Fr. BERTHELOT, P-A. TISSOT et A. BÉRENGER, Metz, 1803

LACOUR (L.) et BOUTERON (J.), *Précis de droit commercial*, tome 1, 3^{ème} éd., Dalloz, 1925

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 2010

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 6^{ème} éd., LGDJ, coll. Domat droit privé, 2015

LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial, tome 2, 1ère partie – Des sociétés*, 1908

MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2017

MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, 11^{ème} éd., LGDJ, coll. Domat droit privé, 2014

MERLE (Ph.) et FAUCHON (A.), *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Dalloz, Précis, 21^{ème} éd., 2017

MESTRE (J.), MESTRE-CHAMI (A-S.) et VELARDOCCHIO (D.), *Le Lamy Sociétés commerciales*, éd. 2018

MOUSSERON (P.) et CHATAIN-AUTAJON (L.), *Droit des sociétés*, 2^{ème} éd., Joly Éditions, Précis, 2013

PIC (P.), *Traité général, théorique et pratique de Droit commercial – Des sociétés commerciales*, tome 1, 2^{ème} éd., Collection Edmond Thaller, 1925

PONT (P.), *Commentaire – Traité des sociétés civiles et commerciales*, tome 7, 1880-1884

PORCHY-SIMON (S.), *Les obligations*, 11^{ème} éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2018

POTHIER (R.), *Œuvres contenant les traités du droit français, Traité du contrat de société*, 1773

TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil – Les obligations*, 11^{ème} éd., Dalloz, Précis, 2013

THALLER (E-E.) ET PERCEROU (J.), *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^{ème} éd., 1931

THALLER (E-E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, 1898

VAVASSEUR (A.), *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 2^{ème} éd., 1878

AZARIAN (H.), *Sociétés par actions simplifiées – création et statut des associés*, JurisClasseur Commercial, Fasc. 1532

BESNARD-GOUDET (R.), *Clauses statutaires d'agrément, de préemption et d'exclusion dans les cessions d'actions*, JurisClasseur Banque, Fasc. 1792

BESNARD-GOUDET (R.), *Théorie des apports – notion d'apport en société*, JurisClasseur Sociétés, Fasc. 10-10

BOUGNOUX (A.), *Assemblées d'actionnaires – assemblées spéciales*, JurisClasseur Sociétés, Fasc. 143-10

BRIGNON (B.) et GRANIER (Th.), *Actions de préférence*, JurisClasseur Banque, Fasc. 1803

CERATI-GAUTHIER (A.) et MERCIER (V.), *Information des associés*, Étude Sociétés, Joly éd., 2013, S. EI020

COURIVAUD (H.), *Droit de la concurrence et entreprises publiques – L'adaptation des entreprises publiques françaises à un environnement concurrentiel mondialisé*, JurisClasseur Concurrence-Consommation, Fasc. 122

GALLOIS-COCHET (D.), *Associé*, Étude Sociétés, Joly éd., 2013, S. EA170

GIBIRILA (D.), *Société – Dispositions générales – Parts sociales : droits et obligations de l'associé*, JurisClasseur Civil, Code, Fasc. 41

GRANIER (Th.), *Avantages particuliers*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz

HAUSER (J.) ET LEMOULAND (J-J.), *Ordre public et bonnes mœurs*, Répertoire de droit civil, Dalloz

JEANDIDIER (W.), *Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*, JurisClasseur Lois pénales spéciales – Sociétés, Fasc. 85

LANGÉ (D.), *Commissaires aux comptes – missions – notion d'égalité entre actionnaires*, JurisClasseur Sociétés, cote 01

LARRIEU (P.), *Société anonyme*, Étude Sociétés, Joly éd., 2013, S. ES010

LE CANNU (P.), *Société par actions simplifiée*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz

LECLERCQ (P.) et S. VALORY (S.), *Ordre public et bonnes mœurs*, JurisClasseur Civil, Code, Synth. 15

LECOURT (B.), *Droit des sociétés de l'Union européenne*, Répertoire de droit européen, Dalloz

LICARI (Fr-X.), *Contenu du contrat – Déséquilibre significatif du contrat*, JurisClasseur Civil, Code, Fasc. 50.

LUCAS (F-X.) et CAFFIN-MOI (M.), *Théorie des bénéfices et des pertes – clauses léonines*, JurisClasseur Sociétés, Fasc. 15-30

MARCHETEAU (D.), *Capital-risque*, JurisClasseur Banque, Fasc. 2300

MERCIER (V.), *Actions – généralités*, Étude Sociétés, Joly éd., 2012, S. EA050

MERCIER (V.), *Actions de préférence*, Étude Sociétés, Joly éd., 2013, S. EA070

MERCIER (V.), *Valeurs mobilières*, Étude Sociétés, Joly éd., 2012, S. EV010

MESSAÏ-BAHRI (S.), *Pactes d'actionnaires*, Étude Sociétés, Joly éd., 2012, S. EP010

MORTIER (R.), *Augmentation du capital en numéraire – Droit préférentiel de souscription – Prime d'émission*, JurisClasseur Sociétés, Fasc. 156-15

MOULIN (J-M.), *Sociétés anonymes – pactes d'actionnaires*, JurisClasseur Commercial, Fasc. 1486

NETTER (E.), *Contrat de société*, Étude Sociétés, Joly éd., 2013, S. EC170.

PAGNERRE (Y.), *Rupture du contrat par annulation*, JurisClasseur Contrats, Fasc. 172

RANDOUX (D.), *Partage des sociétés*, JurisClasseur Sociétés, Fasc. 31-50

REBUT (D.), *Droit pénal des sociétés commerciales*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz

RIASSETTO (I.), *Dividendes*, Étude Sociétés, Joly éd., 2011, S. ED060

RODRIGUEZ (K.), *Parts sociales*, Étude Sociétés, Joly éd., 2013, S. EP020

SCHILLER (S.), *Pactes d'actionnaires – clauses statutaires et pactes extrastatutaires*, Répertoire des sociétés, Dalloz

STORCK (M.), *SARL – Constitution – Capital social et parts sociales*, JurisClasseur Sociétés, Fasc. 72-10

VELARDOCCHIO (D.), *Dividendes*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz

OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES, RAPPORTS ET DISCOURS OFFICIELS

OUVRAGES SPÉCIAUX

AUGER (B.) ET MICHEL (R.), *Traité et formulaire des sociétés à responsabilité limitée*, 3^{ème} éd., 1929

AUZERO (G.), DOM (J-P.), GAUDEMET (A.), GERMAIN (M.), LAMAZEROLLES (E.), MONSÉRIÉ-BON (M-H.), MOULIN (J-M.), MOUSSERON (P.), SAINTOURENS (B.), STORCK (J-P.), *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?*, Actes au colloque national DJCE tenu les 8 et 9 février 2013 à la Faculté de Droit de Bordeaux, Lexis Nexis, Actualités de droit de l'entreprise, 2013

BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (F.), *Droit des marchés financiers*, 3^{ème} éd., Economica, 2010

CARBONNIER (J.), *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014

CHAPSAL (F.), *Des sociétés à responsabilité limitée*, Payot, 1926

COURET (A.) et LE CANNU (P.), *Société par actions simplifiée*, Joly Éditions, coll. Pratique des affaires, 1994

DE BEAUMANOIR (Ph.), *Coutumes de Beauvaisis, XIII^{ème}*, Texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique, par Am. SALMORI, 1899

DEVÈZE (J.), COURET (A.) et POULAIN-REHM (T.), *Droit du financement*, Lamy, 2014

DEVÈZE (J.), COURET (A.), PARACHKÉVOVA (I.), POULAIN-REHM (Th.), TELLER (M.), *Lamy droit du financement*, Lamy, 2016

DISSAUX (N.) ET JAMIN (Ch.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2017

DOM (J-Ph.), *Société par actions simplifiée : guide juridique, fiscal et social*, Éditions Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2007

DROSS (W.), *Clausier*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2016

GERMAIN (M.) et PÉRIN (P-L.), SAS, *La société par actions simplifiée, études – formules*, 4^{ème} éd., Joly Éditions, coll. Pratique des affaires, 2011

GUYON (Y.), *Traité des contrats – les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2002

HENRY (M.) et BOUILLET-CORDONNIER (G.), *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, EFE, 2003

HOPT (K. J.), MENJUCQ (M.) et WYMEERSCH (E.), *La société européenne – Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003

JOUSSE (D.), *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du mois de mars 1673*, Debure l'aîné, 1756

LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *La société anonyme au XIX^{ème} siècle*, PUF, 1985

LOCRIÉ (J-G.), *Esprit du Code de commerce*, Tome I, 1811

MACKAAY (E.) ET ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2008

MESTRE (J.) et RODA (J-Ch.) *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, Les intégrales, 2011

MICHOT (J.), *Code annoté des sociétés commerciales anonymes*, 1884

MOUSSERON (J-M.), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990

MOUSSERON (P.), *Les conventions sociétaires*, 2^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit des affaires, 2014

MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.) et SEUBE (J-B.), *Technique contractuelle*, 4^{ème} éd., Éditions Francis Lefebvre, 2010

PERELMAN (Ch.) et VANDER ELST (R.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984

PLANIOL (M.), *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, tome 1, Dalloz, 1890

POITRINAL (F-D.), *La révolution contractuelle du droit des sociétés – dynamique et paradoxes – statuts/pactes d'actionnaires*, Revue Banque édition, 2003

PRADÈS (M.), « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit commercial Belge », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et international, Journées de Luxembourg (31 mai – 4 juin 1961)*, Travaux de l'association Henri Capitant, Librairie Dalloz, Tome XIV, 1965, p. 251

RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946

RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955

RIVERO (J.), « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et international, Journées de Luxembourg (31 mai – 4 juin 1961)*, Travaux de l'association Henri Capitant, Librairie Dalloz, Tome XIV, 1965, p. 360

RIVIÈRE (H-F.), *Explication de la loi du 17 juillet 1856 relative aux sociétés en commandite par actions*, 1857

RODIÈRE (R.), *Les actions de préférence en droit comparé*, Coll. Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, Vol. XXXVI, 1979

ROMIGUIÈRE (J-B.), *Commentaire de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée promulguée le 23 mai 1863*, 1863

SALLEILES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, 1901

TRIEPIER (L.), *Commentaire de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée : suivi de la traduction en français de la législation anglaise sur les sociétés à responsabilité limitée*, 1863

TRIEPIER (L.), *Commentaire de la loi du 24 juillet 1967 sur les sociétés*, T. 2, 1867

VAVASSEUR (J.), *Commentaire des lois des 9 juillet 1902 et 16 novembre 1903 sur les actions de priorité*, Paris, 1904

THÈSES

ALLAIN (T.), *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, PUAM, 2014, préface A. CONSTANTIN

ALLEGAERT (V.), *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préface F-X. LUCAS

- BORGA (N.),** *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, Thèse, Lyon III, 2007
- CHAMPAUD (Cl.),** *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962
- CHÉNEDÉ (Fr.),** *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale de l'obligation*, Thèse, Paris II, 2008
- COCHET (D.),** *La droit au bénéfice des associés*, Thèse, Paris II, 2002
- CONVERT (L.),** *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés – étude de droit comparé Angleterre – Espagne – France*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, tome 374, 2003, préface B. SAINTOURENS
- CORDONNIER (P.),** *De l'égalité entre actionnaires – Droit français et législation comparée (Allemagne, Belgique, Grande-Bretagne, Italie)*, Thèse, Paris, 1924
- COURET (A.),** *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, Serv. Reprod. Thèse univ. Sci. Soc. de Grenoble, 1981
- DE CORDT (Y.),** *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, Bruxelles, Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 2004, préface G. HORMANS
- DEPREZ (E.),** *Liberté contractuelle et le droit européen*, Thèse, Université Lyon III, 2011
- DÉSIDÉRI (J-P.),** *La préférence dans les relations contractuelles*, PUAM, 1997, préface J. MESTRE
- DU GARREAU DE LA MÉCHENIE (J.),** *Les droits propres de l'actionnaire*, Thèse, Poitiers, 1937
- GAUDEMET (S.),** *La clause réputée non écrite*, Economica, RJ, n°13, 2006, préface Y. LEQUETTE
- GOFFAUX-CALLEBAUT (G.),** *Du contrat en droit des sociétés – essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, Coll. Presses Universitaires de Sceaux, 2008, préface J-P. GASTAUD
- HAUPTMANN (J-M.),** *Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand*, Thèse, Strasbourg III, 1986
- HYDE (A-A.),** *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat – Essai d'une théorie*, Thèse, Paris I, 2012
- MAGNIER (V.),** *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999

- MAURIN (L.)**, *Contrat et droits fondamentaux*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, tome 545, 2012, préface E. PUTMAN
- MILLET (P.)**, *Les avantages particuliers dans les sociétés par actions*, Thèse, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931
- MONSALLIER (M-C.)**, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, tome 303, 1998, préface A. VIANDIER
- MORVAN (P.)**, *Le principe de droit privé*, Thèse, Paris II, 1999
- MOULIN (J-M.)**, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, Thèse, Paris V, 1999
- MOUTHIEU (M-A.)**, *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, 2009, préface P-G. POUGOUE
- NDIAYE (M.)**, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, Thèse, Université Paris I, 2017
- PERÈS-DOURDOU (C.)**, *La règle supplétive*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, tome 421, 2004
- ROUJOU DE BOUBÉE (G.)**, *Essai sur l'acte collectif*, LGDJ, 1961
- RUFIN (Cl-M.)**, *L'égalité dans les sociétés par actions*, Thèse, Nancy II, 1981
- SCHILLER (S.)**, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés – les connexions radicales*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, tome 378, 2002, préface Fr. TERRÉ
- SCHMIDT (D.)**, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme – Version nouvelle*, Joly Éditions, 2004
- SOUSI (G.)**, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, Thèse, Lyon III, 1974
- TUNC (R.)**, *Des avantages particuliers dans les sociétés par actions*, Thèse, Paris, éd. Domat-Montchrestien, 1936
- VELLARDOCCHIO-FLORES (D.)**, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, préface J. MESTRE
- VIANDIER (A.)**, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978
- ZEIDENBERG (S.)**, *L'intérêt social – Étude du particularisme du contrat de société*, ANRT, 2004
- GODON (L.)**, *Les obligations des associés*, Economica, 1999

MONOGRAPHIES

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduction P-D. NAU, 2010, disponible sur

[https://fr.wikisource.org/wiki/Éthique_à_Nicomaque_\(Nau\)](https://fr.wikisource.org/wiki/Éthique_à_Nicomaque_(Nau))

MOLIÈRE, *Le misanthrope*, 1666, éd. Charpentier, 1910, disponible sur

https://fr.wikisource.org/wiki/Le_Misanthrope/Édition_Louandre,_1910

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, éd. Garnier, 1777, disponible sur

https://fr.wikisource.org/wiki/De_l'esprit_des_lois,_Garnier,_1777

ORWELL (G.), *La Ferme des animaux*, 1945, trad. J. QUEVAL, éd. Gallimard, coll. Folio, 1984

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, 1762, éd. Marc Michel Rey, disponible sur

https://fr.wikisource.org/wiki/Du_contrat_social/Édition_1762

ROUSSEAU (J.-J.), *Lettres écrites de la montagne*, in Collection complète des œuvres de J.-J. ROUSSEAU, tome 6, Genève, 1852, disponible sur

https://fr.wikisource.org/wiki/Lettres_écrites_de_la_montagne

RAPPORTS, PROJETS DE LOI, ET DISCOURS OFFICIELS

BANQUE MONDIALE, *Doing Business 2016 : Mesure de la qualité et de l'efficacité du cadre réglementaire*, Washington, 13^{ème} éd., 2016 disponible sur <http://français.doingbusiness.org>

CCI PARIS- ÎLE-DE-FRANCE, *Optimiser les actions de préférence : un enjeu de croissance pour les entreprises*, Rapport présenté par Monsieur L. PFEIFFER au nom de la Commission droit de l'entreprise et fiscalité et adopté au Bureau du 6 juillet 2017, p. 20

CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public, 1996, n°48, La documentation française, Études et documents, 1997

DAILLY (E.), *Rapport lors de la présentation de la proposition de la loi du 12 juillet 1994, Proposition de loi n° 292*, déposée au Sénat le 5 mai 1993

HCJP, *Rapport concernant les propositions relatives aux actions de préférence*, 26 janvier 2018

HYEST (J-J.), *Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, Avis n° 10 (2000-2001), fait au nom de la commission des lois, déposé le 5 octobre 2000

Lettre du ministère de la justice du 7 mai 2012 au président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, CNCC n° 166, p. 304

MARINI (Ph.), *La modernisation du droit des sociétés*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, Coll. des rapports officiels, 1996

MARINI (Ph.), *Proposition de loi relative à la société européenne*, Annexe au procès-verbal de la séance du 9 octobre 2003

NORGUET (D.), “ *Une action = une voix* ”, *Faut-il imposer une égalité entre participation au capital et détention du pouvoir ?*, Rapport présenté au nom de la Commission du droit de l’entreprise et de la Commission économique, Chambre de commerce et d’industrie de Paris, 2007

PORTALIS (J-E-M.), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Discours prononcé le 21 janvier 1801

* * *

Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n° 1088, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le mardi 19 juin 2018

Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l’outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, JORF, n°175 du 30 juillet 2004, p. 13577, texte n° 36

Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25

Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence, JORF, n°0260 du 7 novembre 2008, p. 17070, texte n° 30

Rapport du groupe de travail de l’Association Française des Entreprises Privées et du Conseil National du Patronat Français, Le conseil d’administration des sociétés cotées, comité présidé par M. VIÉNOT, juillet 1995

Rapport du Président du conseil sur le décret du 14 juin 1938, Dalloz, Jurisprudence générale, 1938, p. 313

Rapport n°2850 sur le projet de loi n°2427, portant réforme des successions et des libéralités, présenté à l'assemblée nationale le 8 février 2006

Réponse Ministérielle à M. Adnot, JO Sénat, Q, 30 septembre 2004, n° 13316, p. 2236

Réponse Ministérielle Grosskost, JOAN, 24 août 2004, question n°43987, p. 6685

Réponse Ministérielle Jacquat, JOAN, du 23 mai 2006, question n° 75988, p. 5510

Réponse Ministérielle, JO Sénat, 3 décembre 1969, n°8802, p. 1169

Réponse Ministérielle, JOAN, 3 décembre 1990, question n°31295, p. 5543

Réponse Ministérielle, JORF Sénat, n°42 du 3 décembre 1969, rép. n°8802, p. 1169

Réponse Minstérielle Flory, JOAN, 17 novembre 2003, question n° 20670, p. 8849

Report on the Proportionality Principle in the European Union. Cette étude est disponible sur le site de la Commission européenne : <http://ec.europa.eu>

ARTICLES, ÉTUDES, CHRONIQUES

A

AIT-AHMED (F.) :

- « Suite de l'épopée jurisprudentielle sur le régime des clauses statutaires d'exclusion dans les SAS », *D.*, 2013, p. 2627

ALFANDARI (E.) :

- « Peut-on déroger à la répartition statutaire des bénéficiaires dans une société civile professionnelle ? », *RTD Com.*, 1992, p. 401

ALLAIN (T.) :

- « Les fusions triangulaires, une illustration du potentiel des actions de préférence “dissociées” », *in* Dossier « Les actions de préférence, en attendant la réforme », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 34
- « Regards optimistes sur la validité des actions de préférence “dissociées” », *in* Dossier « Les actions de préférence, en attendant la réforme », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 27

ANSA :

- « Actions de préférence : le droit particulier peut-il consister en l'exonération de tout ou partie des pertes ? », *Bull. ANSA, Comité juridique*, 2004, n°04-079, p. 1
- « Clause d'agrément », *Bull. ANSA, Revue de jurisprudence 2012*, 2013, comm. n° 13-004, p. 2
- « Émission d'actions de préférence : protection des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital », *Bull. ANSA, Comité juridique*, 2003, juillet-août, n°05-003
- « Émission d'actions de préférence réservée à une catégorie de bénéficiaires – actions à droits réduits et avantages particuliers », *Bull. ANSA, Comité juridique*, 2012, n°10-12
- « SAS à capital variable : régime des augmentations de capital », *Bull. ANSA, Comité juridique*, 2013, comm. n° 13-023, p. 1
- « SAS et droit de préemption réservé à un associé : faut-il appliquer la procédure d'approbation des avantages particuliers ? », *Bull. de l'ANSA, Comité juridique*, 2010, comm. n° 10-047, p. 1
- « Une clause statutaire définissant les droits particuliers des actions de préférence peut-elle faire échec au remboursement du nominal des actions ordinaires lors du partage de l'actif d'une société dissoute ? », *Bull. ANSA, Comité juridique*, 2013, comm. n° 13-050, p. 1

ANSAULT (J-J.) :

- « Les clauses d'exclusion prises dans la nasse », *Revue des Sociétés*, 2014, p. 40
- « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », *in* Dossier « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *Journal des sociétés*, 2012, n°104, p. 28
- « Propos introductifs », *in* Dossier « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *Journal des sociétés*, 2012, n°104, p. 12

AZAVANT (M.) :

- « La sanction civile en droit des sociétés – où l’apport du droit commun au droit spécial », *Revue des Sociétés*, 2003, p. 441

B

BAERT (C.) :

- « Les actions de priorité : une catégorie de titres en voie d’extinction après l’ordonnance du 24 juin 2004 », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p. 1575

BAFFOY (G.) et LE NENAN (R.) :

- « Relations juridiques : savoir s’entourer et gérer ses partenaires », *LPA*, 2002, n°139, p. 63

BAILLY-MASSON (C.) :

- « L’intérêt social, une notion fondamentale », *LPA*, 2000, n°224, p. 6

BARBIER (H.) :

- « L’incontournable effet relatif des statuts d’une personne morale », *RTD Civ.*, 2014, p. 650
- « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », *RTD Civ.*, 2013, p. 832

BARBIÈRI (J-Fr.) :

- « Liberté statutaire : SAS “de moyens” et contribution aux pertes », *Revue des Sociétés*, 2013, p. 433
- « Répartition des bénéfices : une clause statutaire de répartition égalitaire s’impose aux associés, sauf modification régulière de la clause ou renonciation expresse d’un associé à s’en prévaloir », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°8, p. 1100
- « Retrait volontaire et retrait judiciaire : du mode alternatif au mode prioritaire », *Bull. Joly Sociétés*, 2007, n°7, p. 890

BARGUE (N.) :

- « Le contrôle de la société et la fraude au pacte de préemption », *Gaz. Pal.*, 2013, n°180, p.17

BARRIÈRE (F.) :

- « La dissociation du droit de vote et de la qualité d'actionnaire, confirmation d'une révolution juridique par la voie réglementaire : les record dates », *Bull. Joly Sociétés*, 2007, n°2, p. 279
- « Ordre public et impérativité – Observations en droit pénal des sociétés anonymes », *Revue des Sociétés*, 2007, p. 713

BARRILLON (C.) :

- « Tout copropriétaire indivis de parts sociales ou d'actions a le droit de participer aux décisions collectives », note sous Cass. Com., 21 janvier 2014, n° 13-10.151, *Gaz. Pal.*, 2014, n°166 p. 23 et n°168, p. 27

BARSAN (I. M.) et PIETRANCOSTA (A.) :

- « Pour une réforme des actions de préférence : focus sur le régime du rachat à la lumière du droit communautaire », *RTDF*, 2008, n°3, p. 11

BASDEVANT (F.) :

- « Jurisprudence récente relative aux pactes d'actionnaires », *RTDF*, 2013, n°2, p. 66

BATIFFOL (H.) :

- « L'égalité de traitement dans les règles de droit », *in Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, p. 448

BAUDEU (G.) :

- « La S.A.S. : Pratiques statutaires », *LPA*, 1997, n°43, p.10

BAUJARD (A.) ET MERLIN (V.) :

- « Vote, pouvoir et mode de scrutin dans les sociétés cotées, L'éclairage des théories mathématiques du vote », *in Colloque « Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes »* du 13 octobre 2011, *RTDF*, 2011, n°4, p. 21

BAZEX (M.) :

- « “Golden share”, mode d'emploi », *Les Échos*, 2002, n° 18669, p. 54

BENLAALA (M.) :

- « L'agrément d'un actionnaire de SA donné par l'organe habilité par les statuts de la société doit être pur et simple », *Gaz. Pal.*, 2012, n°68, p. 21
- « Point sur la pratique des clauses statutaires d'agrément de cessions d'actions », *Droit des Sociétés*, 2012, n°6, alerte 24

BERNARD (T.) :

- « La prévention de l'inexécution du pacte de préférence », *Deffrénois*, 2008, n°17, p.1907

BERTEL (J-P.) :

- « Ingénierie juridique : comment dissocier le pouvoir et la détention du capital dans une société », *RLDP*, 2001, p. 96
- « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Droit et patrimoine*, avril 1997, p. 42
- « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires, études à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, coll. Le droit des affaires, 1997, p. 131
- « Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés », *RTD Com.*, 1996, p. 595

BÉZARD (P.) :

- « Face-à-face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise », *LPA*, 2004, n°31, p. 45
- « Intérêt social : "Il faut déterminer avec précision la portée de l'intervention du juge" », *Droit et patrimoine*, avril 1997, p. 53
- « Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation », in « Le changement de millénaire et le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2000, n°1, p. 55

BISSARA (Ph.) :

- « Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ? », in « Le changement de millénaire et le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2000, n°1, p. 69
- « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Revue des Sociétés*, 1990, p. 553
- « L'intérêt social », *Revue des Sociétés*, 1999, p. 5

- « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », *Revue des Sociétés*, 2003, p. 51

BISSARA (Ph.), DIDIER (P.) et MISSEREY (Ph.) :

- « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1994, n°5, p. 18

BLACK JR. (L. S.) :

- « *Why Corporations choose Delaware, Delaware Department of State* », *Division of Corporations*, 2007

BLANQUET (F.) :

- « Droit communautaire des sociétés de capitaux : quelles tendances générales prévisibles à l'aube du 3^e millénaire ? », *in* « Le changement de millénaire et le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2000, n°1, p. 73

BLONDEAU (C.) :

- « La suppression du droit de vote de l'associé jugé conforme à la Constitution », *Option finance*, 2014, n°1262, p. 31

BOFFA (R.) :

- « Juste cause (et injuste clause) – Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 2015, p. 335

BOMPOINT (D.) et TORCK (S.) :

- « Actions de préférence : les pistes d'une réforme », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, nov.-déc. 2008

BONNARD (J.) :

- « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés », *in* *Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 139

BONNEAU (Th.) :

- « De quelques stipulations affectant le dividende des actions sectorielles », *Revue de droit bancaire et financier*, 2000, n°3, alerte 100020

- « Est-ce qu'un actionnaire peut souscrire à une augmentation de capital en édictant des conditions ? », *Revue des Sociétés*, 2013, p. 545
- « La réforme des valeurs mobilières : création d'une nouvelle catégorie d'actions », *Droit des sociétés*, 2004, n°8, comm. 151

BORNHAUSER-MITRANI (L.) :

- « La violation d'une clause statutaire », *LPA*, 1998, n°42, p. 11

BOSVIEUX (H.) :

- « De la notion d'avantages particuliers », *Journal des sociétés*, 1927, n°2, art. 3292, p. 65

BOUÈRE (J-P.) :

- « Quelques remarques sur les clauses de préemption statutaires réservées à une catégorie déterminée d'actionnaires », *Bull. Joly Sociétés*, 1992, n°4, p. 376

BOULOUKOS (M.) :

- « Le régime juridique de la société européenne (SE) : vers une société européenne « à la carte » ? », *RDAI*, 2004, n°4, p. 507

BOURGEOIS (F.) :

- « Responsabilité des actionnaires à l'égard d'un tiers au titre d'une clause statutaire de préemption », *Option finance*, 2014, n° 1285, p. 34

BOURSIER (M-E.) :

- « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité », *Revue des Sociétés*, 2005, p. 273

BRESSE (P.) :

- « Les limites à la liberté contractuelle », *AJDA*, 2006, p. 1044

BRIGNON (B.) :

- « La place des commissaires aux comptes dans la procédure d'émission des actions de préférence », *in* Dossier « Les actions de préférence, en attendant la réforme », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 38
- « Le rachat des actions de préférence », *in* Dossier « Les actions de préférence, en attendant la réforme », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 42

- « Le réputé non écrit et l'application de la loi dans le temps », in « Du réputé non écrit et de l'application dans le temps de la loi Pinel », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2015, n°3, doss. 17
- « Les actions de préférence dans les SEL », in Dossier « Les actions de préférence, en attendant la réforme », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 44
- « Propos introductifs », in Dossier « Les actions de préférence, en attendant la réforme », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 12

BROTOLI (T.) :

- « Les statuts de la SAS : une liberté illimitée pour le rédacteur ? », in Dossier « 20 ans de SAS : quels apports pour le capital-investissement ? », *Option finance*, 2014, supp. n°1262, p. 5

BRUNSWICK (P.) :

- « SAS et capital investissement : vers la fin des pactes d'actionnaires extrastatutaires ? », *D.*, 2000, p. 595

BUCHBERGER (M.) :

- « Le contenu du contrat », in « Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mai-juin 2016, p. 85

BUGE (G.) :

- « L'effectivité des clauses relatives au transfert de titres », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, n°7, p.617

BUHART (J.) :

- « Intérêt social », *JCP G*, 2010, n°22, doct. 613

BUY (Fr.) ET HEINICH (J.) :

- « Droit des sociétés : la menace des clauses abusives ? », *RJ COM.*, 2016, n°5, p. 460

BUY (Fr.) ET RODA (J-Ch.) :

- « Les modalités de retrait du membre d'un GIE sont exclues du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce », *AJ contrat*, 2017, p. 337

C

CARDON (C.) :

- « La loi de modernisation de l'économie et le match SARL/SAS : coup de sifflet final ? », *Bull. Joly Sociétés*, 2009, n°5, p. 524

CARPANO (E.) :

- « Régulation et dérégulation compétitive dans l'Union européenne », *RLDA*, 2016, n°116

CARRÉ (J-Fr.) :

- « Pacte d'actionnaires : la cour d'appel de Paris valide les conventions de vote... mais fragilise les clauses de préemption », *Option finance*, 2013, n° 1211, p. 35

CAUSSAIN (J-J.) :

- « *Corporate governance* et gouvernement d'entreprise », *Gaz. Pal.*, 2003, n°333, p. 10

CAUSSAIN (J-J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.) :

- « Répartition des résultats – modification des statuts – actes de dissolution et de liquidation », *JCP E*, 2004, n°42, p. 1510

CAVALIÉ (B.) ET HONTEBEYRIE (A.) :

- « Quand la cour d'appel de Versailles renforce l'efficacité des pactes d'actionnaires », *Lexbase hebdo Edition privée*, n°414

CCI, INFOREG, Service d'information règlementaire aux entreprises de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris :

- « Clause dérogatoire de répartition des bénéfices », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2012, n°2, prat. 6

CHAMPAUD (Cl.) :

- « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 161
- « Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Revue des Sociétés*, 2000, p. 77
- « Participation aux bénéfices et aux pertes. Clauses léonines », *RTD Com.*, 1991, p. 395

CHAPUT (Y.) :

- « La liberté et les statuts », *Revue des Sociétés*, 1989, p. 361

CHARTIER (Y.) :

- « Répartition des bénéficiaires au sein d'une société civile professionnelle », *Revue des Sociétés*, 2004, p. 692

CHAZAL (J.-P.) :

- « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? », *D.*, 2015, p. 673

CHÉNEDÉ (Fr.) :

- « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G*, 2016, n°27, 776
- « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion », *RDC*, 2012, p. 1017

CHOISEZ (S.) :

- « La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail », *Droit social*, 1993, p. 662

CLAUDEL (E.) :

- « Clauses léonines extra-statutaires – Les voies d'un compromis », in *Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 183

CLERC (Ch.) :

- « Réflexions sur la démocratie actionnariale », *RTDF*, 2007, n°3, p. 94

CNCC:

- « Création d'actions de préférence lors de la constitution de la société – commissaire aux avantages particuliers et commissaire aux comptes », *Bulletin des commissaires aux comptes*, 2014, n°174, p. 281
- « Avis technique sur la mission de commissariat aux apports », 20 janvier 2011, p. 1

CONCHON (H.) :

- « Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps », *LPA*, 2002, n°75, p. 6

CONSTANTIN (A.) :

- « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Études offertes à Barthélemy MERCADAL, EFL*, 2002, p. 317

COURET (A.) ET DARGENT (A.) :

- « Le domaine d'application de la procédure d'approbation des avantages particuliers », *Actes pratiques – Sociétés*, 1999, sept.-oct., p. 23

COURET (A.) et DONDERO (B.) :

- « La caducité des pactes d'actionnaires », *JCP E*, 2012, n°4, p. 22

COURET (A.) et JACOMET (T.) :

- « Les pièges des pactes d'actionnaires : questions récurrentes et interrogations à partir de la jurisprudence récente », *RJDA*, 2008, p. 951

COURET (A.) :

- « La sécurité des pactes des signataires à l'épreuve de tendances contradictoires », *Droit et Patrimoine*, 2009, n°186
- « Le contrôle du juge sur les clauses limitatives de responsabilité », *Revue des sociétés*, 2011, p. 612
- « Le droit de vote des actionnaires : état des lieux », in Colloque « Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes » du 13 octobre 2011 », *RTDF*, 2011, n°4, p. 14
- « Le droit de vote double », *Bull. Joly Bourse*, 2014, n°10, p. 488
- « Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire », in « Le changement de millénaire et le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2000, n°1, p. 89
- « Le gouvernement d'entreprise : la *corporate governance* », *D.*, 1995, p. 163
- « Le retour du débat sur le droit de vote double », *JCP E*, 2013, n°39, p. 1518
- « Sur la légitimité du droit de veto », *Bull. Joly Sociétés*, 2016, n°5, p. 237

D

DAIGRE (J.-J.) :

- « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », in *Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 213

- « L'aménagement du droit de vote », *Revue de droit bancaire et financier*, 2004, n°5, dossier 100065
- « La loi n'attache pas un droit préférentiel de souscription aux parts de SARL, mais celui-ci peut être créé par les statuts ou par une décision collective des associés », *Bull. Joly Sociétés*, 2000, n°10, p. 920
- « Le droit de vote demeure un attribut essentiel de la qualité d'associé », *Bull. Joly Sociétés*, 1999, n°5, p. 566
- « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *JCP E*, 1996, n°28, p. 575
- « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les émissions sans droit préférentiel de souscription », *Revue des Sociétés*, 2004, p. 479

DAIGRE (J.-J.), MONOD (Fr.) et BASDEVANT (Fr.) :

- « Les actions à privilèges non financiers », *Droit des sociétés - Actes pratiques*, 1997, n°37, p. 4
- « Les actions à privilèges financiers », *Droit des sociétés - Actes pratiques*, 1997, n°32, p. 2

DALION (A.) et TADROS (A.) :

- « La catégorisation des actionnaires, un pas de plus ou un pas de trop ? Libre propos sur les perspectives d'évolution du droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, 2009, n°5, p. 406

DAMMANN (R.) et PODEUR (G.) :

- « La conversion de créances en capital dans les entreprises en difficultés », *Bull. Joly Sociétés*, 2009, n°12, p. 1129

DAMY (G.) :

- « La remise en cause de la notion classique d'associé : vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés », *LPA*, 2007, n°149, p. 3

DANA-DÉMARET (S.) :

- « Les actionnaires en place doivent être assurés d'un droit préférentiel qui leur donne priorité de souscription à l'augmentation de capital », *Revue des Sociétés*, 1993, p. 11

DE BERMOND DE VAULX (J-M.) :

- « Les parts sociales privilégiées », *JCP E*, 1993, n°45, p. 294

DE PRÉCIGOUT (O.) :

- « Actions de préférence sans droit de vote et suppression du droit préférentiel de souscription », *Option finance*, 2012, n° 1197, p. 34

DE TERNAY (G.) :

- « SAS et actions de préférence : *modus operandi* », *JCP E*, 2005, n°14, p. 568

DE VILMORIN (O.) ET BERDOU (A.) :

- « Suppression du droit de vote double dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché règlementé », *Droit des Sociétés*, 2014, n°7, form. 7

DEBOISSY (Fl.) et G. WICKER (G.) :

- « Lors même que les statuts prévoient une répartition dérogatoire des droits de vote, cette répartition dérogatoire est sans effet s'agissant d'apprécier le quorum fixé par les statuts à un pourcentage des actions ayant droit de vote », note sous Cass. Com., 5 mai 2009, n° 08-17.831, *JCP E*, 2009, n°31, p. 40

DESCAMPS (D.) et SYLVESTRE (S.) :

- « La procédure de création des actions de préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1234

DÉSIDÉRI (J-P.) :

- « Les discriminations dans le choix de son cocontractant », *Droit et patrimoine*, 1998, p. 52

DIDIER (P.) :

- « La théorie contractualiste de la société », », in « Le changement de millénaire et le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2000, n°1, p. 95
- « Le consentement sans l'échange », *RJ Com.*, 1995, p. 74

DIJOUX (R.) :

- « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *LPA*, 2011, n°214, p. 12

DISSAUX (N.) :

- « Drôle de droit », *D.*, 2016, p. 1

DOM (J-P.) :

- « L'existence du droit de vote de l'associé, principe fondamental du droit des sociétés », *RJDA*, 2008, p.3
- « La transposition de la première directive communautaire (n°68-151 du 9 mars 1968) en droit français », *Rev. Générale du droit*, <http://www.droit21.com>, date de mise en ligne : 24 décembre 2000
- « Les contrats conclus entre sociétés d'un même groupe », *in* Dossier « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *Journal des sociétés*, 2012, n°104, p. 52

DONDERO (B.) et LE CANNU (P.) :

- « Après le sexe des administrateurs, leur âge... », *RJ Com.*, 2012, n°3, p. 8
- « La “ réforme ” des actions de préférence », *RTD. Com.*, 2009, p. 378
- « Pouvoir d'engagement d'un administrateur de SA ou de SAS : Validité partielle d'un pacte d'actionnaires comprenant notamment une convention de vote, une clause d'agrément et une clause d'exclusion », *RTD. Com.*, 2013, n°1, p. 94-100

DONDERO (B.) :

- « De la durée des pactes d'actionnaires », *D.*, 2008, n°15, p. 1024
- « L'agrément ne peut être assorti de conditions », *Bull. Joly Sociétés*, 2012, n°4, p. 310
- « L'ordonnance 2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence », *Revue des Sociétés*, 2009, p. 715
- « Le pacte d'actionnaire : le contrat dans la société », *Journal des sociétés*, 2008, n°53, p. 42
- « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA*, 2005, n°189, p. 44
- « Les exclusions paralysées dans les SAS ? », *JCP E*, 2013, n°38, p. 1516
- « Peu d'appétence pour les actions de préférence ? », *Bull. Joly Sociétés*, 2014, n° 9, p. 481
- « Statuts de SAS et pactes extrastatutaires : questions et confrontations », *Bull. Joly Sociétés*, 2008, n°3, p. 245

DUCOULOUX-FAVARD (C.) :

- « Actionnariat et pouvoir », *D.*, 1995, p. 177
- « Propos autour de la société anonyme simplifiée et de l'autonomie statutaire », *LPA*, 2001, n° 17, p. 3

DUFLOT (S.) :

- « Les mécanismes de *liquidation preferences* en droit français », *Bull. Joly Sociétés*, 2007, n°4, p. 429

DUMAS (R.) :

- « L'adaptation des statuts de l'entreprise aux risques de ruptures familiales », *LPA*, 2014, n°93, p. 25

DUPRÉ DE BOULOIS (X.) :

- « Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé », *JCP E*, 2007, n°49, doctr. 211

E

EFL :

- « Émission d'actions de préférence réservées à des actionnaires nommément désignés », *Feuille Rapide Comptable, EFL*, octobre 2012, n°9

ENGEL (Ph.) et TROUSSIÈRE (P.) :

- « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *JCP E*, 1996, n°36, p. 585

ETAIN (P.) :

- « *Affectio societatis*, fraude et catégories d'associés », *LPA*, 1999, n° 30, p. 15

F

FABRE-MAGNAN (M.) :

- « Totems et tabous en matière de discrimination », *Revue des contrats*, 2010, n°4, p. 1433

FADIKA (K.) :

- « La clarification du régime des nullités », *Droit et patrimoine*, 2014, n°239

FAGES (B.) :

- « Triple hommage à la liberté contractuelle. Le droit de préemption s'interprète restrictivement. La fraude ne se présume pas. La rupture de pourparlers de fusion n'est pas nécessairement fautive », *Bull. Joly Sociétés*, 2008, n°4, p. 307

FAVARIO (Th.) :

- « L'intérêt social, reflet d'une éthique libérale », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2013, n°2, dossier 11
- « Regards civilistes sur le contrat de société », *Revue des Sociétés*, 2008, p. 53

FERRY (C.) :

- « Portée des clauses d'inaliénabilité ayant pour objet des actions », *RD banc. fin.*, 2010, n°2, étude 10

FERRY (C.), CANARD (R.) et CRETTE (M.) :

- « Les actions de priorité », *Droit des sociétés - Actes pratiques*, 1993, n°11, p. 2

FERRY (C.), GERSCHEL (C.) ET KHAU CASTELLE (K.) :

- « Validité, portée et efficacité des clauses d'inaliénabilité portant sur des actions – clauses statutaires et contractuelles », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 2011, n°115, p. 29

FIELD (B.) et NEUVILLE (C.) :

- « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patrimoine*, avril 1997, p. 48

FOYER (J.) :

- « Quel droit des sociétés dans le millénaire qui s'avance ? », in « Le changement de millénaire et le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2000, n°1, p. 101

FRANÇOIS (B.) :

- « Femmes administratrices », *Revue des Sociétés*, 2014, p. 466

FREYRIA (C.) :

- « De l'abus des biens et du crédit en groupe de sociétés », *JCP E*, 1993, I, n° 247
- « Étude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté du vote dans les sociétés », *RTD Com.*, 1951, p. 419

FRISON-ROCHE (M-A.) :

- « Les conditions communautaires de validité des *golden shares* dans les entreprises publiques privatisées », *D.*, 2002, p. 2242

FRISON-ROCHE (M-A.), GERMAIN (M.), MARIN (J-C.) et PÉNICHON (C.) :

- « Première illustration des *tracking stock* en France », *Revue de droit Bancaire et Financier*, 2000, n°5, p. 206

FULCHIRON (H.) :

- « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656

G

GALLOIS-COCHET (D.) :

- « Clause statutaire relative au quorum », *Droit des sociétés*, 2009, n°7, comm. 138
- « Droit de jouissance anticipé des actions cédées et caractère impératif des règles d'attribution des dividendes », *Bull. Joly Sociétés*, 2012, n°12, p. 855
- « Les montages en droit des sociétés », *Revue des contrats*, 2007, n°3, p. 1022

GAUDEMET (A.) :

- « Efficacité des pactes d'actionnaires : retour aux principes », *Revue des Sociétés*, 2011, p. 482
- « La portée des pactes de préférence ou de préemption sur les titres de société », *Revue des Sociétés*, 2011, p. 139

GAZAY (Ph.) :

- « Les parts de sociétés civiles à droit de vote multiple – une pratique à revisiter », *JCP N*, 2006, n°28, p. 1239

GERMAIN (M.) :

- « L'intérêt commun des actionnaires », in « Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1996, n°4, p. 13
- « La renonciation aux droits propres des associés », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRÉ*, LGDJ, 1999, p. 401
- « Le droit de vote », *Droit des Sociétés*, 2014, n°7, dossier 2
- « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Études de droit privé : mélanges offerts à Paul DIDIER*, Economica, 2008, p. 189

GINESTET (C.) :

- « Pactes de préférence et droit des sociétés », *RLDP*, 2006

GODON (L.) :

- « Détermination d'une augmentation des engagements des associés : méthode d'analyse », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n°5, p. 474
- « La condition juridique de l'associé de SAS », *Bull. Joly Sociétés*, 2008, n°3, p. 239

GOFFAUX-CALLEBAUT (G.) :

- « La définition de l'intérêt social – retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD Com.*, 2004, p. 35

GOYET (C.) :

- « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, version nouvelle par D. Schmidt », *RTD Com.*, 2004, p. 348

GRANIER (Th.) :

- « Définition des avantages particuliers », *Droit des sociétés*, 2003, n°12, p. 12

GRILLET-PONTON (D.) :

- « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Revue des Sociétés*, 1984, p. 259

GROSCLAUDE (L.) :

- « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *Droit et Patrimoine*, 2011, n°204, p. 30

GUENGANT (A.), DAVODET (D.), ENGEL (P.) et DE VENDEUIL (S.) :

- « Actions de préférence – questions de praticiens », *JCP E*, 2005, n°29, p. 1086

GUYON (Y.) :

- « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré », *Revue des Sociétés*, 1995, p. 1
- « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 133
- « Les tracking stocks », in *Droit bancaire et financier, mélanges AEDBF France III*, Revue Banque Éditeur, 2001, p. 183
- « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ Com.*, 2003, n°4, p. 147

H

HAMEL (J.) :

- « L'*affectio societatis* », *RTD Civ.*, 1925, p. 761

HAMELIN (J-Fr.) :

- « Le contrat de société », in « Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 2016, n°147, doss. 3, p. 7

HASSLER (T.) :

- « L'intérêt commun », *RTD Com.*, 1984, p. 582

HAUSER (J.) :

- « Liberté du travail et indisponibilité des droits fondamentaux », *RTD Civ.*, 2003, p. 58

HEINICH (J.) :

- « Le sort du pacte extrastatutaire d'associés lors d'un évènement affectant l'un de ses signataires », *Revue des Sociétés*, 2014, p. 475

HELOT (S.) :

- « La place de l'*intuitus personae* dans la société de capitaux », *D.*, 1991, p. 143

HÉMARD (J.) :

- « La suppression du droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital », *in Études offertes à Albert JAUFFRET*, Faculté de Sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 393

HIRTE (H.) :

- « Le droit préférentiel de souscription en Allemagne : de l'enfant gâté à Cendrillon », *in Liber amicorum Dominique SCHMIDT, Mélanges en l'honneur de D. SCHMIDT*, Joly Éditions, 2005, p. 309

HONORAT (J.) :

- « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés », *LPA*, 1996, n° 99 et 100, p. 4

HOPT (K. J.) :

- « Droit comparé des sociétés – Quelques réflexions sur l'actualité et les évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés », *Revue des Sociétés*, 2009, p. 309

HOUIN (R.) :

- « Les notions d'égalité et de discrimination en droit commercial – Rapport général », *in Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et international, Journées de Luxembourg (31 mai – 4 juin 1961)*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XIV, Librairie Dalloz, 1965, p. 233

HOUTCIEFF (D.) :

- « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.*, 2018, n°15, p. 14

HOVASSE (H.) :

- « Le droit de veto », *Droit des sociétés*, 2014, n°7, dossier 5
- « Pactes d'actionnaires », *Droit des sociétés*, 2003, n°6, p. 107

HUGOT (A.) ET CORBET-PICARD (V.) :

- « L'action de préférence dans la SAS : opportunité ou futilité ? », in Dossier « 20 ans de SAS : quels apports pour le capital-investissement ? », *Option finance*, 2014, supp. n°1262, p. 8

HYDE (A-A.) :

- « Contrats et droits fondamentaux : propos critiques sur le “membre fantôme” de l'article 1102 al. 2 nouveau du code civil », *RDLF*, 2016, chronique n°20

J

JAMIN (Ch.) :

- « Contrôle de proportionnalité : "Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux", 30 mars 2015 », disponible sur le site de la Cour de cassation : <https://www.courdecassation.fr>

JAUFFRET-SPINOSI (C.) :

- « Les actions à dividendes prioritaire sans droit de vote », *Revue des Sociétés*, 1979, p. 25

JEANTIN (M.) :

- « Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, PUSS, 1996, p. 317
- « Les associés de la société par actions simplifiée », *Revue des Sociétés*, 1994, p. 223
- « Les clauses de préemption statutaires entre les actionnaires », *JCP E*, 1991, n°18, p. 49
- « Observations sur la notion de catégorie d'actions », *D.*, 1995, p. 88

JOBERT (L.) :

- « La notion d'augmentation des engagements des associés », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°5, p. 627

JONGLEZ DE LIGNE (F.) et NIGGEMANN (F.) :

- « La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 300, p. 21

JULIEN-SAINT-AMAND (L.) et CULLIER (L.) :

- « La réalité et l'avenir de la société européenne – Étude “Ernst & Young” sur le fonctionnement et l'impact du statut de la société européenne (SE) », *RLDA*, 2012, n° 71

K

KADDOUCH (R.) :

- « La clause statutaire de plafonnement des voix », *JCP E*, 2005, n° 15, 620
- « LBO : actions de préférence ou pacte d'actionnaires », *JCP E*, 2006, n°24, p. 1953

KENFACK (H.) :

- « Le retour du pacte de préférence dans le droit commun des contrats ? », *Deffrénois*, 2012, n°12, p. 622

KESSLER (G.) et TAZI (M.) :

- « Exécution forcée d'un pacte d'actionnaire : une nouvelle pierre à l'édifice ? », *Bull. Joly Sociétés*, 2012, n°7, p. 553

KRYNEN (J.) :

- « La réception du droit romain en France : encore la bulle “*Super speculam*” », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2008, n°28, p. 227

KULLMANN (J.) :

- « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.*, 1993, p. 59

L

LABEDAN (J.) et ROULIN (G.) :

- « Le pacte d'actionnaires dans la SAS : une utilité toujours d'actualité ? », *Option finance*, 2012

LAGARDE (X.) :

- « Questions autour de l'article 1171 du code civil », *D.*, 2016, p. 2174

LANGLAIS (A.)

- « Droit de préemption de titres dans le pacte d'actionnaires : se rétracter n'est pas jouer ! », *Option finance*, 2013

LAROCHE (M.) :

- « Comptes courants d'associés : le leurre de la liberté contractuelle », *in* Dossier « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *Journal des sociétés*, 2012, n°104, p. 22

LARRIEU (P.) :

- « L'interprétation des pactes extrastatutaires », *Revue des Sociétés*, 2007, p. 697

LE BARS (L.) :

- « Mise en place des actions inaliénables d'apport en industrie dans une SAS : quelques exemples d'aménagements statutaires ? », *Revue de droit Bancaire et Financier*, 2009, n°1, prat. 1

LE CANNU (P.) :

- « La SAS : un cadre légal minimal », Intervention au colloque du 24 janvier 2014, « Les 20 ans de la SAS », *Revue des Sociétés*, 2014, p. 543
- « L'agrément est donné sans condition », *Revue des Sociétés*, 2012, p. 370
- « L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même », *Revue des Sociétés*, 1996, p. 485
- « La SAS dans la concurrence des formes de société », *Bull. Joly Sociétés*, 2008, n°3, p. 236
- « La société par actions simplifiée pour tous », *Defrénois*, 2000, n°3, p. 129
- « Le reflux de l'article 1843-4 : hommage à la liberté contractuelle, sécurisation des promesses et des pactes », *Bulletin Joly Sociétés*, 2014, n° 6, p. 360
- « Limitations du droit de vote et contrôle des sociétés anonymes », *Bull. Joly Sociétés*, 1991, p. 263
- « Nullité d'une cession de droits sociaux conclue en violation d'un pacte de préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°4, p. 544
- « SAS : indications et contre-indications », *LPA*, 2000, n°185, p. 7
- « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », *in Mélanges Ph. MERLE*, Dalloz, 2012, p. 443

- « Une violation bien tranquille (nullités et statuts de société) », *Revue des Sociétés*, 2014, p. 51
- « Validité et effets d'une clause statutaire de préemption dans une société anonyme non cotée », *Bull. Joly Sociétés*, 1990, p. 325

LE FUR (A-V.) :

- « “Concilier l’inconciliable” : réflexions sur le droit de vote de l’actionnaire », *D.*, 2008, p. 2015

LE GAC-PECH (S.) :

- « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s’invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC*, 2017, n°153
- « Principes généraux et droit prospectif », *LPA*, 2011, n°125, p. 4

LE GALL (J-P.) et VIANDIER (A.) :

- « “ Le *dividend access*” : un modèle français ? », *Revue de droit fiscal*, 1991, n°50, alerte 100051

LE GALLOU (C.) :

- « Clause statutaire illicite : qui peut la modifier ? », *RLDC*, 2013, p. 109
- « Quelle place pour l’affectio societatis dans la cession de droits sociaux ? », *RLDC*, 2013, p. 109

LE NABASQUE (H.) :

- « Les droits financiers de l’associés », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. NORMAND*, Litec, 2003, p. 307
- « Introduction » in Dossier « Les actions de préférence », *Actes pratiques et Ingénierie sociétaire*, 2012, n°126, p. 3
- « L’inversion du droit de vote double dans les sociétés cotées », *Revue de droit Bancaire et Financier*, 2013, n°6, repère 6
- « La notion d’engagements nouveaux en droit des sociétés », *Droit des sociétés – Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36
- « La réforme des actions de préférence », *JCP E*, 2008, n°48, p. 2445
- « L'article 1836, alinéa 2, du Code civil serait-il l'un des textes les plus obscurs du droit des sociétés ? », note sous Cass.Com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°2, p. 413

- « Les actions de préférence “de groupe ” », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1296
- « Nullité des actes et délibérations ne modifiant pas les statuts : cherchez la loi impérative ! », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n°7, p. 651
- « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires », *Revue des Sociétés*, 2004, p. 491
- « Répartition statutaire des bénéfices et renonciation aux dividendes », *Revue des Sociétés*, 2005, p. 169
- « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires, Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD Com.*, 1999, p. 273
- « Sanction de la violation d’un pacte de préférence : la substitution peut désormais être ordonnée par le juge », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°8, p. 1072

LE NABASQUE (H.), GAILLARD (J-M.), KADDOUCH (R.), PORTIER (Ph.) et SOLLE (B.) :

- « Les actions de préférence, création, droits particuliers attachés, protection des droits des porteurs des actions de préférence (1^{ère} partie) », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 2006, n°86, p. 2

LECOURT (B.) :

- « Proportionnalité entre capital et contrôle dans les sociétés cotées », 5^{ème} conférence du droit des sociétés et du gouvernement d'entreprise, Berlin, 28 juin 2007, Remise de l'étude externe réalisée pour la Commission européenne, Rapport de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, mai 2007, *Revue des Sociétés*, 2007, p. 642

LEDOUX (Ph.) :

- « La nature de la préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1219

LEFAILLET (C.) :

- « La sanction juste en droit des sociétés : la recherche d’un impossible équilibre ; trouver des sanctions justes et efficaces pour les violations des règles du droit des sociétés a toujours été une difficulté majeure pour le législateur », *Option finance*, 2012

LENHOF (J-B.) :

- « Nullité des délibérations du conseil d’administration d’une SAS, un coup d’arrêt à la thèse de la “ société-contrat ” ? », *Lexbase Hebdo*, 2010

LEROY (P-H.) :

- « Sur quelques questions relatives au vote en assemblée générale », *Droit des Sociétés*, 2014, n°7, entretien 1

LEVENEUR (L.) :

- « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA*, 1998, p. 676
- « Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? – Rapport de synthèse », *Droit et patrimoine*, 2006, p. 144

LIBCHABER (R.) :

- « Connaissance de la loi, connaissance du droit », *RTD civ.* 2002, p. 173
- « La société, contrat spécial », in *Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 281

LIENHARD (A.) :

- « *Golden shares* : atteinte à la libre circulation des capitaux », *D. actualités*, 12 juillet 2010

LOMBARD-PLATET (J.) :

- « Clause de préemption statutaire : la liberté ou la contrainte ? », *Option finance*, 2014, n° 1289, p. 26

LOUIT (F.) :

- « De l'efficacité des pactes d'actionnaires –suite et fin- », *RTDF*, 2008, n°1, p. 61

LOUIT (J-F.) et LACARELLE (V.) :

- « Remarques sur l'efficacité des pactes d'actionnaires », *RTDF*, 2008, n°2, p. 65

LOUIT (J-F.) et MARTY (N.) :

- « De l'efficacité des pactes d'actionnaires », *RTDF*, 2007, n°1, p. 84

LUBY (M.) :

- « Suppression du droit préférentiel de souscription lors d'une augmentation de capital par apports en nature », *Bull. Joly Sociétés*, 1997, n°2, p. 121

LUCAS (Fr-X.) :

- « Validité et efficacité d'un pacte d'actionnaires », *Bull. Joly Sociétés*, 2007, n°1, p. 72

M

MAGNIER (V.) :

- « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », *D.*, 2004, p. 2559

MALECKI (C.) :

- « L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien aimé ? », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°10, p. 1169

MALHERBE (Ph.) et MONET (J-M.)

- « Concurrence entre juridictions en droit américain des sociétés, Un regard européen sur le syndrome du Delaware », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2003, p. 158

MALLET-BRICOUT (B.) :

- « 2016, ou l'année de la réforme des droits des contrats ; Note sous Ordonnance numéro 2016-131 du 10 février 2016, ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Journal officiel numéro 0035 du 11 février 2016 », *RTD Civ.*, 2016, n°2, p. 463

MARCHADIER (F.) :

- « Le contrôle du contrat au regard des droits fondamentaux : une question qui ne se pose pas et dont la réponse est évidente ? », *Revue des contrats*, 2016, n°3, p. 518

MARINI (Ph.) :

- « Le droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 1998, n°132, p. 27

MARMOZ (Fr.) :

- « Le refus de sanctionner par la nullité la délibération d'un organe social adoptée en violation d'une disposition statutaire », note sous Cass. Com., 18 mai 2010, n°09-14.855, *D.*, 2010, p. 2405

MARTIN (D. R.) :

- « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Liber amicorum Dominique SCHMIDT, Mélanges en l'honneur de D. SCHMIDT*, Joly Éditions, 2005, p. 359

MARTIN (D.) ET ANGEL (K.) :

- « L'instauration d'un droit de vote double automatique – une ambition à la Pyrrhus ? », *JCP E*, 2014, n°5, 1044

MARTIN (D.) ET FALLET (C.) :

- « Création des actions de préférence et protection des porteurs d'actions de préférence », in Dossier « Les actions de préférence », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 2012, n°126, nov.-déc., p. 20

MARTIN (D.), SABA (O.) et FALLET (C.) :

- « Pistes de réflexion pour une réforme du régime des actions de préférence », *JCP E*, 2010, n°38, p. 1821

MARTIN LAPRADE (F.) :

- « Apport et contrepartie », *Bull. Joly Sociétés*, 2009, n° thématique, p. 1170

MAYAUX (L.) :

- « L'égalité en droit civil », *JCP G*, 1992, I, p. 3611

MAZEAUD (D.) :

- « Au nom de la cause : feu la liberté contractuelle des maîtres du temps », *Deffrénois*, 1997, n°5, p. 333
- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 2003, p. 295
- « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRÉ*, LGDJ, 1999, p. 603

MEKKI (M.) :

- « Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », *Gaz. Pal.*, 2016, n°12, p. 16
- « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.*, 2016, n°17, p. 11
- « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.*, 2018, p. 900

- « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? », *Revue des Sociétés*, 2016, p. 483
- « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.*, 2016, p. 494

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) :

- « La parité n'est pas égalité... brèves remarques sur les limites aux discriminations positives », *D.*, 2006, n°13, p. 873

MENJUCQ (M.) :

- « Réflexion critique sur la proposition de 14^{ème} directive relative au transfert intra-communautaire du siège social », *Bull. Joly Sociétés*, 2000, p. 137

MERCADAL (B.) :

- « Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires », *RJDA*, 1992, p. 727
- « Que faire des actions de préférence ? », *RJDA*, 2006, p. 671

MERCIER (V.) :

- « Le droit des biens au secours du droit des sociétés : le régime de répartition des dividendes », *Droit des sociétés*, 2008, n°1, étude 1

MESTRE (J.) :

- « Bonne foi et équité... même combat ! », *RTD Civ.*, 1990, p. 649
- « L'égalité en droit des sociétés – Aspects de droit privé », *Revue des Sociétés*, 1989, p. 399
- « La liberté de choisir son cocontractant : une liberté fondamentale mais non absolue », *RTD Civ.*, 1999, p. 79
- « La liberté de choisir son cocontractant (suite) », *RTD Civ.*, 1999, p. 380
- « La réforme des valeurs mobilières », *RLDA*, 2005, n°78

MESTRE-CHAMI (A-S.) :

- « Les modalités de création des actions de préférence », in Dossier « Les actions de préférence, en attendant la réforme », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 14

MOHAMED SALAH (M.) :

- « La place des principes et techniques civilistes dans le droit des affaires », *RJ Com.*, 1997, p. 297

MOLFESSIS (N.) :

- « Droit fondamental – Un label incontrôlé », *JCP G*, 2009, n°25, 32

MONÉGER (J.) :

- « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de septembre 2000 : réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *Revue internationale de droit économique*, 2004, n°2, p. 171

MONNET (J.) :

- « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU – Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403

MONOD (Fr.) et ARAKELIAN (R.) :

- « Les actions de préférence : comment utiliser la procédure d'avantages particuliers ? », *LPA*, 2004, n°219, p. 8

MONOD (Fr.) :

- « Droits financiers attachés aux actions privilégiées », *Droit des sociétés*, 1995, p. 1

MORTIER (R.) :

- « Caractéristiques des actions de préférence », in Dossier « Les actions de préférence », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 2012, p. 16
- « Contre le droit de repentir en droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2009, p. 457
- « De l'exacte sanction d'un pacte d'actionnaires », *Droit des sociétés*, 2011, n°10, comm. 168
- « Généralisation de l'inefficacité des statuts : les méfaits d'une conception institutionnelle des nullités en droit des sociétés », *Droit des sociétés*, 2013, n°6, comm. 98
- « L'art de compenser la notion de fraude, l'interprétation restrictive d'un pacte de préférence », *Droit des sociétés*, 2013, n°8, comm. 134
- « Le droit de vote du titulaire d'un droit réel conventionnel de jouissance », *Droit des Sociétés*, 2014, n°7, dossier 4
- « Le pacte d'actionnaires ne suit pas les actions, sauf stipulation contraire », *Droit des sociétés*, 2012, n°12, comm. 200

- « Mise en œuvre d'une clause de *buy or sell* », *Droit des sociétés*, 2012, n°6, comm. 97

MOUBSIT (H.) :

- « Les clauses d'inaliénabilité en droit des sociétés », *RLDA*, 2013, n°86, issu du compte rendu du colloque sur « L'indisponibilité en droit des affaires » organisé par la faculté de droit de Douai le 11 avril 2013

MOULIN (J.-M.) :

- « Les actions de préférence », *LPA*, 2005, n°189, p. 24
- « Pas de principe général de droit communautaire d'égalité entre les actionnaires », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n°4, p. 371
- « Propos introductif sur le droit de vote de l'actionnaire, in Colloque – Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes – du 13 octobre 2011 », *RTDF*, 2011, n°4, p. 5

MOURY (J.) :

- « Agrément du cessionnaire d'actions : un usage dévoyé de la condition », *D.*, 2012, p. 719
- « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *RTD Com.*, 1989, p. 187

MOUSSERON (P.) :

- « Les clauses usuelles en droit des sociétés : les anciennes et les nouvelles », *RJ Com.*, nov.-déc. 2016, p. 686
- « Les clauses d'agrément et la procédure contractuelle », *LPA*, octobre 2002, p. 15
- « Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux », *RJDA*, 2006, n°3, p. 199

N

NABARRO (J.) :

- « Société par actions simplifiée à capital variable et droit préférentiel de souscription », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, n°2, p. 160

NOËL (K.) ET EDWARDS (O.) :

- « La liquidation préférentielle est-elle une énergie renouvelable ? », *Droit bancaire et financier*, 2009, n°5, prat. 4

- « Les clauses de liquidation préférentielle : contours d'une pratique », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 2010, n°109, p. 42

O

OHL (D.) :

- « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », *Bull. Joly Bourse*, 2004, n°6, p. 689

OPPETIT (B.) :

- « L'expérience française de codification en matière commerciale », *D.*, 1990, p. 1

P

PAGET (S.) :

- « La sanction de la cession non agréée de titres sociaux », *LPA*, 2008, n°246, p. 6

PAILLUSSEAU (J.) :

- « Comment organiser contractuellement le pouvoir dans la SAS ? », *RLDA*, 2003, n°57
- « La contractualisation de la société anonyme fermée », *Gaz. Pal.*, 1998, p. 1257
- « La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote », *D.*, 2008, p. 1563
- « La modernisation du droit des sociétés commerciales “ Une reconception du droit des sociétés commerciales” », *D.*, 1996, p. 287
- « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.*, 2003, p. 2346
- « La nouvelle société par actions simplifiée – Le big-bang du droit des sociétés ! », *D.*, 1999, p. 333
- « Les fondements modernes du droit des sociétés », *JCP N*, 1985, n°27, ét. 100740

PAILLUSSEAU (J.), THEIMER (A.), OUTIN-ADAM (A.) et BIENVENU (S.) :

- « La société par actions simplifiée : une structure pour les PME et les personnes physiques », *JCP E*, 2010, n°26, p. 1635

PANSIER (Fr.-J.) :

- « La réforme de l'attribution préférentielle », *AJ Fam.*, 2006, p. 318

PARLÉANI (G.) :

- « “ Actions spécifiques ” : les entraves aux libertés de circulation doivent provenir de mesures imputables à un État membre et non du droit des sociétés », *Revue des Sociétés*, 2010, p. 514
- « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », *Gaz. Pal.*, 2017, hors-série, n°3, p. 74
- « Les pactes d'actionnaires », *Revue des Sociétés*, 1991, p. 1

PASCUAL (I.) :

- « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *RTD Com.*, 1998, p. 273

PASQUALINI (F.)

- « Les conventions extra-statutaires, outils de modulation de la rémunération des associés », *D. actualité*, 2010

PATRY (R.) :

- « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit commercial Suisse », *in Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et international, Journées de Luxembourg (31 mai – 4 juin 1961)*, Travaux de l'association Henri Capitant, Librairie Dalloz, Tome XIV, 1965, p. 274

PELTIER (F.) :

- « L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable », *Bull. Joly Sociétés*, 1993, n°5, p. 551
- « La limitation du droit d'accès aux assemblées d'actionnaires », *Bull. Joly Sociétés*, 1993, n°11, p. 1107

PERCEROU (J.) :

- « La société à responsabilité limitée », *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1925, p. 91

PERCEROU (R.) :

- « La notion d'«avantage particulier» », in *Dix ans de conférences d'agrégation : études de droit commercial offertes à Joseph HAMEL*, Dalloz, 1961, p. 171

PÉRÈS (C.) :

- « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », *D.*, 2009, p. 381

PERFUMI (C.) :

- « La vigueur restaurée du pacte de préférence dans l'ordre juridique français : points de vue comparatistes », *Revue des contrats*, 2011, n°1, p. 267

PÉRIN (P-L.) :

- « Droit de veto du président de SAS : validation sous condition », *Bull. Joly Sociétés*, 2016, n°07-08, p. 400
- « L'information des associés des sociétés par actions simplifiées », *D. aff.*, 1997, p. 1060
- « Le fondateur dépressif, son exclusion et les avantages particuliers dans une SAS », *Bull. Joly Sociétés*, 2013, n°11, p. 733

PERNAZZA (F.) :

- « Les sociétés non cotées en Europe : harmonisation et modèles nationaux en concurrence », *LPA*, 2001, n°17, p. 25

PETIT (B.) et REINHARD (Y.) :

- « Dividendes majorés – attribution à certaines actions nominatives », *RTD Com.*, 1994, p. 730

PIC (P.) :

- « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1906, p. 154

PIC (P.), CONSTANTIN (L) et KREHER (J.) :

- « Les décrets-lois d'août-octobre 1935 sur la protection de l'épargne par la réforme du droit des sociétés », *Revue Trimestrielle du Droit des sociétés et du Droit financier*, 1936

PICHARD (B.) :

- « Quels droits pour les actions de préférence ? », *LPA*, 2005, n°15, p. 7

PIETRANCOSTA (A.) :

- « Rachat des actions de préférence », *Actes pratiques et Ingénierie sociétaire*, 2012, n°126, p. 25

PIGNARRE (G.) :

- « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats*, 2013, n°1, p. 251

PIROVANO (A.) :

- « La “boussole” de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.*, 1997, p. 189

POITRINAL (Fr-D.) :

- « Clauses statutaires de répartition des bénéfices », *Droit et patrimoine*, avril 1998, p. 32

POLLAUD-DULIAN (Fr.) :

- « La querelle du dividende majoré, un aspect du principe d'égalité dans le droit des sociétés cotées en bourse », *JCP G*, 1993, n°32, I, p. 3697

PORACCHIA (D.) et MARTIN (D.) :

- « Regard sur l'intérêt social », *Revue des Sociétés*, 2012, p. 475

PORACCHIA (D.), « La société d'exercice libérale par actions simplifiée », *RLDP*, 2001, p. 98

PORACCHIA (D.) :

- « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », *Revue des Sociétés*, 2000, p. 223
- « Portée d'un pacte de préférence », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n°5, p. 486
- « Sanction(s) d'une clause statutaire de préemption », *RTDF*, 2014, n°2, p. 143

PORACCHIA (D.), LÉCUYER (H.) ET RAYNOUARD (A.) :

- « Relativité et opposabilité des pactes extrastatutaires », *Droit et Patrimoine*, 2009, n°186, p. 64

POSEZ (A.) :

- « De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite », *D.*, 2014, p. 2119

PRUDHOMME (I.) :

- « Une SAS à capital variable : pourquoi pas ? », in Dossier « 20 ans de SAS : quels apports pour le capital-investissement ? », *Option finance*, 2014, supp. n°1262, p. 4

PUIG (P.) :

- « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA*, 2009, n°46, p. 93

PUTMAN (E.) :

- « L'introuvable contrat complet », *RRJ*, 2008, n°5, p. 2477

R

RABREAU (A.) :

- « L'éviction des héritiers d'actions de SAS : quels aménagements statutaires ? », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, n°9, p. 740

RACINE (J-B.) :

- « Contrat et discrimination en matière internationale », *Revue des contrats*, 2010, n°4, p. 1456

RANDOUX (D.) :

- « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la société par actions simplifiée (SAS) », *JCP N*, 1994, n°8, ét. 100230
- « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre », in « Le changement de millénaire et le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2000, n°1, p. 105
- « Une forme sociale ordinaire : la société par actions simplifiée (SAS) », *JCP E*, 1999, n°46, p. 1812

REBOUL (N.)

- « Remarques sur une notion conceptuelle fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Revue des Sociétés*, 2000, p. 425

REIGNÉ (P.) et DELORME (T.) :

- « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », *Bull. Joly Sociétés*, 2002, n°11, p. 1117

REINHARD (Y.) :

- « Exécution en nature des pactes d'actionnaires », *Revue des contrats*, 2005, n°1, p. 115

REJET (T.) :

- « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.*, 2018, p. 124

REYGROBELLET (A.) :

- « L'évolution de l'environnement juridique des titres de capital au cours des cinq dernières années », *Revue de droit bancaire et financier*, 2003, n°1, étude 100006
- « Le déséquilibre significatif », *Bull. Joly Sociétés*, 2016, n°9, p. 534
- « Le régime des actions de préférence est retouché », *RTDF*, 2008, n°4, p. 107
- « Les actions de préférence sous les feux de l'actualité », *RTDF*, 2008, n°1, p. 48
- « Proportionnalité entre capital et contrôle : faut-il interdire toute dérogation au principe « une action = une voix » ? », *RTDF*, 2007, n°3, p. 101

RIZZO (F.) :

- « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD Com.*, 2000, n°1, p. 27

ROBINEAU (S.) :

- « *SAS et liberté contractuelle* », in Dossier « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *Journal des sociétés*, 2012, n°104, p. 14

RODRIGUEZ (K.) :

- « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°2, p. 330

RONTCHEVSKY (N.) :

- « Actions spécifiques », *Bull. Joly Bourse*, 2002, n°5, p. 411
- « L'utilisation de la notion d'intérêt social en droit des sociétés, en droit pénal et en droit boursier », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n°4, p. 355

ROSENBLUM (D.) :

- « *The Contradiction of Shareholder Power* », in « Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes », *RTDF*, 2011, n°4, p. 50

ROUSSEAU (S.) et TCHOTOURIAN (I.) :

- « L'intérêt social en droit des sociétés : regards canadiens », *Revue des Sociétés*, 2009, p. 735

ROUSSILLE (M.) :

- « Clause d'exclusion », *Droit des sociétés*, 2013, n°12, form. 11
- « Le droit de vote de l'associé, droit fondamental ? », *Droit des sociétés*, 2014, n°7, dossier 3

ROUTIER (R.) :

- « Les clauses de ratchet en droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, 2002, n°8, p. 859
- « Primes de fidélité : le revers de la médaille », *Bull. Joly Sociétés*, 1996, n°1, p. 23

ROZÈS (L.) :

- « Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? – Pacte de préférence et notions voisines », *Droit et patrimoine*, 2006, p. 144

S

SAINT-BONNET (T.) :

- « Typologie des missions d'évaluation de sociétés et de droits sociaux effectuées par un expert indépendant », *LPA*, 2014, n°120, p. 6

SAINTOURENS (B.) :

- « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n°2004-274 du 25 mars 2004 », *Revue des Sociétés*, 2004, p. 207
- « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD Com.*, 1987, p. 457
- « La pratique de répartition inégalitaire des bénéfices, contraire aux stipulations statutaires, peut être ratifiée par des actes de dissolution et de liquidation établis par les deux seuls associés d'une société civile », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°5, p. 714
- « L'an 2000 et au-delà : quelles perspectives pour le droit des sociétés ? », in « Le changement de millénaire et le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2000, n°1, p. 109
- « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Revue des Sociétés*, 2004, p. 611
- « Les aspects de droit des sociétés de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats », *Bull. Joly Sociétés*, 2018, n°6, p. 373

- « Violation d'une clause statutaire de préemption et nullité de la cession », *Revue des Sociétés*, 2014, p. 384

SALGADO (M-B.) :

- « Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes », *Droit des sociétés*, 2003, chron. 3

SALOMON (R.) :

- « Abus de biens sociaux - L'intérêt de groupe, *probatio diabolica* pesant sur le dirigeant social », *Droit des sociétés*, 2013, n°4, comm. 74

SANTORO (G.) :

- « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *Revue internationale de droit économique*, 2010, n°3, p. 356

SCHAPIRA (J.) :

- « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD Com.*, 1971, p. 957

SCHILLER (S.) :

- « L'égalité en droit des sociétés », *Archives de philosophie du droit*, 2008, n°51, p. 119
- « L'évaluation de la préférence », *Revue des Sociétés*, 2006, p. 703
- « Réponse de la Cour de cassation sur la définition du contrôle et sur l'exécution forcée d'un pacte de préférence », *JCP E*, 2013, n°23, p. 1327

SCHMIDT (D.) et BÉZARD (P.) :

- « Considération des intérêts des actionnaires dans les prises de décision et le contrôle du juge », *LPA*, 1997, n°139, p. 18

SCHMIDT (D.) :

- « Considération des intérêts des actionnaires dans les prises de décision et le contrôle du juge », *RJ Com.*, 1997, p. 257
- « De l'intérêt commun des associés », *JCP E*, 1994, n°48, p. 404
- « De l'intérêt social », *JCP E*, 1995, n°38, p. 488
- « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme : prolégomènes », *Bull. Joly Sociétés*, 2000, n°1, p. 6
- « Prolégomènes », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°4, p. 469

- « Rapport de synthèse », in Dossier « Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1996, n°4, p. 25

SÉGAL (L.) et PELCERF (V.) :

- « Le sort des actionnaires titulaires d'actions de préférence en cas d'augmentation de capital : un état des lieux et une vision de la pratique », in Dossier « Les actions de préférence, en attendant la réforme », *Journal des sociétés*, 2013, n°109, p. 21

SERLOOTEN (C.) :

- « L'intérêt commun, fondement de l'évolution de l'usufruit des droits sociaux », *Revue des Sociétés*, 2013, p. 7

SOUSI (G.) :

- « Intérêt du groupe et intérêt social », *JCP*, 1975, 11816

STORCK (M.) :

- « Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ? », *Bull. Joly Sociétés*, 2009, n°1, p. 92

STOUFFLET (J.) :

- « Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée », *Revue des Sociétés*, 2000, p. 241

SYLVESTRE (S.) et PASSEMARD (J.) :

- « Les actions de préférence peuvent-elles conférer des droits inférieurs aux actions ordinaires ? », *RTDF*, 2010, n°1, p. 70

SYLVESTRE (S.) :

- « De l'efficacité d'une clause de non-dilution en présence d'un coup d'accordéon », *Revue des Sociétés*, 2015, p. 31
- « De quelques avatars des actions de préférence », *RTDF*, 2006, n°1, p. 51

T

TADROS (A.) :

- « “L'adhésion” du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ? », *D.*, 2017, p. 171

TERNEYRE (P.) :

- « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA*, 1998, p. 667

TERRÉ (Fr.),

- « Le droit de vote », *Droit des Sociétés*, 2014, n°7, dossier 7

TEYSSOT (R.) :

- « L'efficacité des clauses statutaires dans les sociétés par actions simplifiées », *Option finance*, 2011, n°1114, p. 28

THALLER (E-E.) :

- « De l'augmentation du capital par transformation en actions soit du passif, soit des réserves de la société », *Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international*, 1907, n°21, p. 194

THEIMER (A.) :

- « Les clauses d'agrément », *JCP E*, 2005, n°44, p. 1587

THERON (J.) :

- « De la “ communauté d'intérêts “ », *RTD Civ.*, 2009, p. 19

TORCK (S.) :

- « L'attribution automatique du droit de vote double », *Droit des Sociétés*, 2014, n°7, dossier 7

TOURNAUX (S.) :

- « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Droit social*, 2016, p. 650

TRANCHANT (L.) :

- « La durée du pacte de préférence », *Deffrénois*, 2013, n°11, p. 595

U

UETTWILLER (J.-J.) et PRIEUR (C.-E.) :

- « Comment organiser efficacement la liberté contractuelle statutaire de la SAS ? », *RLDA*, 2003, n°57

URBAIN-PARLEANI (I.) et BOIZARD (M.) :

- « L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966 », *Revue des Sociétés*, 1996, p. 447

V

VALUET (J.-P.) :

- « Le droit de vote des actionnaires en AG : le droit de vote double », *Droit des Sociétés*, 2014, n°10, étude 17

VAMPARYS (X.) :

- « Retour sur un modèle : les *preferred shares* américaines », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°11, p. 1314
- « Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *Bull. Joly Sociétés*, 2005, n°7, p. 820

VATINET (R.) :

- « Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés vers une "contre-réforme" de l'entreprise ? », *Droit social*, 1997, p. 608
- « Le *mutuus dissensus* », *RTD Civ.*, 1987, p. 252

VEZINET (I.) :

- « La position des juges sur l'intérêt social », *Droit et patrimoine*, avril 1997, p. 50

VIANDIER (A.) :

- « Après l'article de Michel Jeantin sur les conventions de vote », in *Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 311
- « Les actions de préférence (Ord. n° 2004-604 du 24 juin 2004, art. 31) », *JCP E*, 2004, n°40, p. 1440

- « Les actions reflet », *RJDA*, 2001, p. 3
- « Observations sur les conventions de vote », *JCP G*, 1986, II, 3253

VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.) :

- « Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergence des modèles juridiques ? », *RTD Eur.*, 2014, p. 7

W

WESTER-OUISSE (V.) :

- « Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », *JCP E*, 2009, n°16, I 137

JURISPRUDENCE, NOTES ET OBSERVATIONS

Les renvois sont opérés en fonction des paragraphes

JURIDICTIONS DU PREMIER DEGRÉ

T. Corr. Paris, 16 mai 1974 : 245

- *Gaz. Pal.*, 1974, 2, p. 886
- *D.*, 1975, p. 37
- *Revue des sociétés*, 1975, p. 665

T. Com., Paris, 24 novembre 1980 : 298

- cité par L. JOBERT, « La notion d'augmentation des engagements des associés », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°5, p. 627

T. Com., Paris, 4 mars 1981 : 238

- *RJ Com.*, 1982, p. 7, obs. DE FONTBRESSIN

T. Com., Roubaix, 6 mai 1994 : 143

- *Bull. Joly*, 1994, p. 651, note P. LE CANNU

T. com. Paris, 2^{ème} ch., 11 mai 2004 : 355

- *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p. 1238, note P. LE CANNU

T. Com., Paris, 7^{ème} ch., 1^{ère} sect., 15 avril 2015, n° JurisData 2015-031957 : 240, 259

COURS D'APPEL

CA, Paris, 19 décembre 1956 : 388

- *JCP*, 1957, 60442

CA, Paris, 31 mars 1981 : 422

- *Gaz. Pal.*, 1981, 1, p. 513

CA, Paris, 3^{ème} ch., A, 4 mai 1982 : 313

- *Gaz. Pal.*, 1983, I, p. 152

CA, Paris, Ch. 1, Sect. A, 18 juin 1986, n° 000716 : 238

CA, Paris, 4 juin 1987 : 236

- cité par W. DROSS, *Clausier*, LexisNexis, 2016, 3^{ème} éd., p. 530

CA, Paris, 1^{ère} ch., 14 mars 1990 : 424

- *Bull. Joly Sociétés*, 1990, p. 353
- *Bull. Joly Sociétés*, 1990, p. 325, comm. P. LE CANNU
- *Droit des sociétés*, juillet 1990, p. 1, comm. M. JEANTIN

CA, Paris, 26 juin 1990 : 229

- *JCP E*, 1990, II, 15915, note M. GERMAIN
- *Revue des sociétés*, 1990, p. 613, note M. BOIZARD

CA, Montpellier, 10 novembre 1992 : 292

CA, Paris, 15^{ème} ch., 10 septembre 1993 : 384

CA, Paris, 30 juin 1995 : 32

- *JCP E*, 1996, II, 795, note J-J. DAIGRE

CA, Paris, 15^{ème} Ch. Sect. B, 4 avril 1997 : 237

CA, Paris, 27 juin 2000, n°1999/12224 : 297

- *Bull. Joly Sociétés*, 2001, p. 193, note H. LE NABASQUE

CA, Paris, 21 septembre 2001 : 339

- *Bull. Joly Sociétés*, 2002, n°5, p. 626

CA, Versailles, 12^{ème} ch., 27 janvier 2005 : 298

- *D.*, 2005, p. 716, note A. LIENHARD

CA, Versailles, 20 juin 2006, n° 05-02.777 : 237

CA, Versailles, 13 novembre 2007, n°04-07.641 : 340

- *Bull. Joly Sociétés*, 2008, n°3, p. 200

CA, Limoges, ch. Civ., 28 mars 2012, n°10/00576 : 301

CA, Bourges, Civ., 31 mars 2016, n° JurisData 2016-015770 : 240

CA, Paris, Pôle 5, Ch. 11, 8 septembre 2017, n°15 :11138 : 240

COUR DE CASSATION ET CONSEIL D'ÉTAT

Cass. Req., 14 juin 1882 : 241

- Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle,
Dalloz, 1884, T. 1, p. 222-223

Cass. Civ., 30 mai 1892 : 290

- *D.*, 1893, n°1, p. 114, note E-E. THALLER

CE, Sect., 10 février 1928 : 46

- *Lebon*, p. 222

Cass. Civ., 6 mars 1935 : 143, 337

- *DH*, 1935, p. 265

Cass. Civ., 9 février 1937 : 297, 298

- *DP*, 1937, p. 73

Cass. Civ., 4 juin 1946 : 406

- *JCP*, 1947, II, 3518, note D. BASTIAN

Cass. Com., 18 avril 1961 : 229, 237, 245, 256

- *Bull. civ.*, 1961, III, n°175
- *D.*, 1961, jurisp., p. 661
- *JCP G*, 1961, II, 12164, note D. BASTIAN

CE, 5 janvier 1965, n°62099 : 228

- Concl. POUSSIÈRE, cité par Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial – Sociétés commerciales, Précis Dalloz*, 2017, p. 87, §70

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janvier 1970, n°68-12.324 : 273

- *Bull. civ.*, I, n° 11

Ass.Plèn., 19 mai 1978, n°76-41.211 : 236

- *JCP*, 1978, II, 19009, note R. LINDON

Cass. Soc., 4 avril 1979, n° 78-40.554 : 236

- cité par W. DROSS, *Clausier, LexisNexis*, 2016, 3^{ème} éd., p. 530

Cass. Crim., 4 février 1985, n° 84-91.581: 236, 246

- *Bull. crim.*, 1985, n° 54
- *JCP G*, 1986, I, 20585, note W. JEANDIDIER
- *D.*, 1985, p. 478, note D. OHL
- *Revue des sociétés*, 1985, p. 688, note B. BOULOC

Cass. Com., 2 juillet 1985 : 238, 354

- *Bull. Joly Sociétés*, 1985, p. 962

Cass. Com., 3 juin 1986, n° 85-12.118 : 42, 99

- *Revue des sociétés*, 1986, p. 585, note Y. GUYON

Cass. Com., 3 juin 1986, n° 85-12.657 : 188, 295

- *Bull. civ.*, IV, n°115
- *JCP E*, 1986, I, 15846, n°6, obs. A. VIANDIER et J-J. CAUSSAIN
- *D.*, 1987, p. 95, note J-J. DAIGRE
- *Revue des sociétés*, 1987, p. 52, note Y. REINHARD

Cass. Civ. 1^{ère}, 22 juillet 1986, n°84-15.177 : 373

- *JCP E*, 1987, I, 16644, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN

Cass. Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 1987 : 273

- *Bull. civ.* 1987, III, n° 69

Cass. Com., 24 février 1987, n° 86-14951 : 238

- *Bull. Joly Sociétés*, 1987, p. 213
- *D.*, 1987, p. 599, note A. HONORAT

Cass. Com., 10 janvier 1989 : 32

- *JCP*, 1989, II, 21256, note A. VIANDIER
- *Bull. Joly*, 1989, n°81, p. 256, note P. LE CANNU

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 octobre 1990, n°87-15.467 : 125, 368

- *RTD Com.*, 1991, p. 395, obs. Cl. CHAMPAUD

Cass. Crim., 2 décembre 1991, n° 90-87.563 : 245

- *Droit pénal*, 1992, comm. 101

Cass. Com., 16 juin 1992, n° 90-18.441 : 230

- *Bull. Joly*, 1992, n°944, note P. LE CANNU
- *Droit des sociétés*, 1992, n°177, note TH. BONNEAU

Cass. Com., 15 juillet 1992, n°90-17.216 : 256

- *Revue des sociétés*, 1993, p. 400, note Ph. MERLE

Cass. Com., 9 mars 1993, n°91-14.685 : 236, 237

- *D.*, 1993, p. 363, note Y. GUYON
- *Revue des sociétés*, 1993, p. 403, note Ph. MERLE
- *RTD com.*, 1994, p. 617, étude D. TRICOT
- *Bull. Joly*, 1993, p. 537, chron. P. LE CANNU

Cass. Com., 4 mai 1993, n° 91-14.693 : 230

- *BRDA*, 10/1993, p. 6
- *RJDA*, 1993, n°1047
- *Revue des sociétés*, 1993, p. 800, note P. DIDIER

Cass. Com., 4 janvier 1994, n°91-20.256 : 67, 106, 293

- *JCP*, 1994, I, 3769, n°4, obs. A. VIANDIER et J-J. CAUSSAIN
- *RDT Civ.*, 1994, p. 644, obs. Fr. ZENATI
- *Revue des sociétés*, 1994, p. 278, note M. LECÈNE-MARÉNAUD
- *Defrénois*, 1994, p. 556, note P. LE CANNU
- *Droit des sociétés*, 1994, n°45, note Th. BONNEAU

Cass. Com., 15 février 1994, n° 92-12.330 : 50, 424

- *Bull. Joly Sociétés*, 1994, p. 508, note D. VERLARDOCCHIO

Cass. Com., 24 mai 1994, n°92-21.699 : 237

- *Bull. Joly*, 1994, p. 789
- *Droit des sociétés*, 1995, p. 3, obs. Th. BONNEAU

Cass. Com., 18 octobre 1994, n°92-18.188 : 32, 292, 368

- *Droit des sociétés*, 1994, n°205, obs. H. LE NABASQUE
- *Defrénois*, 1994, p. 1550, note H. HOVASSE
- *Bull. Joly*, 1995, n°40, p. 157, note P. LE CANNU

Cass. Com., 13 décembre 1994, n° 93-11.569 et 93-12.349 : 415

- *Bull. Joly*, 1995, p. 152, note P. LE CANNU

Cass. Com., 26 mars 1996, n°93-21.250 : 298

- *Revue des sociétés*, 1996, p. 793, note L. GODON
- *D.*, 1996, p. 343, note J.-Cl. HALLOUIN
- *RTD Com.*, 1996, p. 487, note B. PETIT et Y. REINHARD

Cass. Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, n°94-19.529 : 297

- *Bull. Joly*, 1997, p. 131, note P. LE CANNU
- *Droit des sociétés*, 1997, n°4, obs. Th. BONNEAU

Cass. Com., 22 octobre 1996, n° 98-18632 : 260

- *Defrénois*, 1997, n°5, p. 333, obs. D. MAZEAUD

Cass. Com., 2 avril 1996, n°94-16.380 : 219

- *Revue des sociétés*, 1996, p. 573, note Ch. GAVALDA

Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056 : 299

- *Droit des sociétés*, 1997, comm. 138, note Th. BONNEAU

Cass. Civ. 3^{ème}, 8 octobre 1997, n°95-14.089 : 298

- *Droit des sociétés*, 1998, n°20, note Th. BONNEAU

Cass. Com., 20 janvier 1998, n°94-21.811 : 219

- *Bull. Joly*, 1998, p. 474, note J-Ph. DOM

Cass. Com., 10 mars 1998, n° 96-10.168 : 367

- *RTD Civ.*, 1998, p. 899, obs. J. MESTRE

Cass. Crim., 26 mars 1998, n°97-80043 : 109

- *Revue des sociétés*, 1998, p. 609, note B. BOULOC

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1998, n°96-16.247 : 237

- *D.*, 2000, p. 63, note B. DONDERO
- *Droit des sociétés*, 1998, n°121, note Th. BONNEAU
- *Defrénois*, 1998, p. 1293, obs. H. HOVASSE
- *Revue des sociétés*, 1998, p. 778, note J.-Fr. BARBIÈRI

Cass. Com., 9 février 1999, n°96-17.661 : 199, 295

- *Bull. civ.* IV, n°44
- *Droit des sociétés*, 1999, n°5, chron., p. 5, note Th. BONNEAU
- *JCP E*, 1999, p. 724, note Y. GUYON
- *Bull. Joly sociétés*, 1999, p. 566, note J.-J. DAIGRE
- *Revue des sociétés*, 1999, p. 269, obs. Y. REINHARD
- *Revue des sociétés*, 1999, p. 81, note P. LE CANNU

Cass. Com., 4 mai 1999, n°96-19.503 : 237

- *Bull. Civ.*, IV, n°94

Cass. Civ. 3^{ème}, 9 juin 1999, n° 98-10.801 : 272

- *RDI*, 1999, p. 457, obs. P. CAPOULADE

Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n°98-14.933 : 255, 297

- *Revue des sociétés*, 2000, p. 509, note Y. GUYON
- *D.*, 2000, p. 475, note Y. CHARTIER

Cass. Com., 22 mai 2001, n° 98-19.086 : 236

- *D.*, 2002, p. 476
- *Bull. Joly*, 2001, p. 1003, note H. LE NABASQUE

Cass. Com., 13 novembre 2003, n°00-20.646 : 299

- *Bull. Joly Sociétés*, 2004, n°2, p. 413, note H. LE NABASQUE

Cass. Com., 9 juin 2004, n° 01-12.887 : 383

- *Revue des sociétés*, 2005, p. 176, note J-Fr. BARBIÈRI
- *Bull. Joly*, 2005, p. 119, note A. COURET

Cass. Com., 14 décembre 2004, n°01-11.552 : 328

Cass. Com., 8 février 2005, n° 01-14.292 : 230

- *Bull. Joly*, 2005, p. 781
- *Droit des sociétés*, 2005, n° 139, obs. J. MONNET

Cass. Civ. 3^{ème}, 2 mars 2005, n° 03-16.731 : 272

- *Defrénois*, 2005, p. 1504, obs. Ch. ATIAS

Cass. Com., 8 mars 2005, n°02-17.692 : 415

- *Revue des sociétés*, 2005, p. 618, note D. RANDOUX

Cass. Civ. 3^{ème}, 31 mars 2005, n°03-20.096 : 250

- *Bull. civ.*, III, n°81
- *JCP*, 2005, I, 194, obs. Y-M. SERINET
- *Droit et patrimoine*, oct. 2005, p. 94, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK

Cass. Com., 12 juillet 2005, n°03-14.045 : 231

- *Bull. Joly*, 2006, note B. SAINTOURENS
- *Revue des sociétés*, 2006, p. 162, note Fr.-X. LUCAS
- *Gaz. Pal.*, 2015, n° 309, note D. VOINOT

Cass. Com., 27 septembre 2005, n° 03-18.952 : 227

- *Droit des sociétés*, 2005, comm. 221, note J. MONNET

Cass. Com., 13 décembre 2005, n° 03-20.591 : 227

Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, n° 04-16.698 : 267

- *RTD civ.*, 2007, p. 113, obs. J. MESTRE et B. FAGES

Cass. Civ. 3^{ème}, 13 décembre 2006, n° 05-18.707 : 219

- *Bull. Joly*, 2007, p. 485, note J-Fr. BARBIÈRI

Cass. Com., 6 février 2007, n°05-19.008 : 230

- *D.*, 2007, AJ, p. 587
- *RTD Com.*, 2007, p.373, note Cl. CHAMPAUD et D. DANET

Cass. Crim., 20 mars 2007, n° 05-85.253: 236, 246

- *Revue des sociétés*, 2007, p. 590, note B. BOULOC
- *Droit des sociétés*, 2007, comm. 141
- *Bull. crim.*, 2007, n° 86

Cass. Com., 3 avril 2007, n°06-10.834 : 274

- *Bull. Joly Sociétés*, 2007, p. 894, note de P. LE CANNU

Cass. Com., 23 octobre 2007, n° 06-16.537 : 110, 295

- *Revue des sociétés*, 2007, p. 814, note P. LE CANNU
- *RTD Com.*, 2008, p. 566, note Cl. CHAMPAUD et D. DANET
- *D.*, 2007, p. 2726, note A. LIENHARD
- *JCP E*, 2007, 2433, note A. VIANDIER
- *Bull. Joly*, 2008, n°23, p. 101, note D. SCHMIDT

Cass. Civ. 1^{ère}, 31 octobre 2007, n° 05-14.238 : 298, 313

- *Bull. civ. I*, n° 337

Cass. Com., 31 mars 2009 : 229

- *RJDA*, 6/2009, n° 548
- *Droit des sociétés*, 2009, comm. 116, obs. D. GALLOIS-COCHET
- *Bull. Joly Sociétés*, 2009, p. 660, note P. LE CANNU
- *JCP E*, 2009, 1844, note G. ROYER
- *Revue des sociétés*, 2009, p. 601, note B. DONDERO

Cass. Com., 5 mai 2009, n° 08-17.831 : 106

- *JCP E*, 2009, n°31, p. 40, note Fl. DEBOISSY et G. WICKER

Cass. Com., 18 mai 2010, n°09-14.855 : 285, 355

- *Bull. civ.*, IV, n°93
- *Revue des sociétés*, 2010, p. 374, note P. LE CANNU
- *D.*, 2010, p. 2405 note Fr. MARMOZ

Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 : 233

- *JCP G*, 2010, 787, note D. HOUTCIEFF
- *D.*, 2010, p. 1832, note D. MAZEAUD

Cass. Com., 10 octobre 2010, n° 98-10.236 : 207

- *JCP E*, 2001, 85, note A. VIANDIER

Cass. Com., 26 octobre 2010, n° 09-71.404 : 103

- *JCP G*, 2010, 1211, note P. MOUSSERON

Cass. Com., 4 octobre 2011, n°10-20.956 : 250, 280

- *JCP*, 2012, p. 135, note J. GHESTIN
- *D.*, 2011, p. 3052, note N. DISSAUX

Cass. Com., 17 janvier 2012, n° 09-17.212 : 422

- *RTD Civ.*, 2012, p. 312, note B. FAGES
- *D.*, 2012, p. 719, obs. A. LIENHARD
- *Revue des sociétés*, 2012, p. 370, note P. LE CANNU
- *RTD Com.*, 2012, p. 141, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO

Cass. Com., 31 janvier 2012, n°10-26.329 : 237

- *Revue des sociétés*, 2012, p. 373, note J-Fr. BARBIÉRI

Cass. Com., 11 avril 2012, n°11-15.429 : 250

- *D.*, 2013, p. 394, note M. MEKKI
- *JCP*, 2012, 1151, note Y-M. SERINET

Cass. Com., 12 juin 2012, n° 11-19.047 : 250

- *D.*, 2012, p. 2079, note N. DISSAUX
- *JCP*, 2012, 1151, obs. Y.M. SERINET
- *RTD Civ.*, 2012, p. 724, obs. B. FAGES

Cass. Civ. 3^{ème}, 10 juillet 2013, n°12-14.569 : 274

- *Bull. civ.*, III, n°98
- *D.*, 2013, p. 1897, obs. Y. ROUQUET
- *AJDI*, 2014, p. 44, obs. Ch. ATIAS
- *RTD Civ.*, 2013, p. 837, obs. H. BARBIER

Cass. Civ. 3^{ème}, 17 septembre 2013, n° 11-21.770 : 272

- *ADJI*, 2014, p. 286, obs. N. LE RUDULIER

Cass. Crim., 27 novembre 2013, n° 12-84.804 : 236

- *Revue des sociétés*, 2014, p. 186, note B. BOULOC

Cass. Com., 21 janvier 2014, n° 13-10.151 : 106

- *Gaz. Pal.*, 2014, n° 166-168, p. 23-27, note C. BARILLON

Cass. Com., 21 janvier 2014, n°12-29.221 : 308

- *D.*, 2014, p. 273, obs. A. LIENHARD
- *D.*, 2014, p. 2434, note E. LAMAZEROLLES
- *Droit des sociétés*, 2014, n°64, note D. GALLOIS-COCHET
- *Revue des sociétés*, 2014, p. 437, note A. LECOURT
- *Bull. Joly Sociétés*, 2014, p. 250, note B. SAINTOURENS
- *JCP E*, 2014, n°1515, note M. CAFFIN-MOI

Cass. Com., 4 février 2014, n°12-29.348 : 237

- *D.*, 2014, p. 421
- *D.*, 2014, p. 2434, obs. J.-C. HALLOUIN, E. LAMAZEROLLES et A. RABREAU
- *Revue des sociétés*, 2014, p. 426, note B. SAINTOURENS

Cass. Civ. 3^{ème}, 8 juillet 2015, n°13-27.248 : 294

- *Droit des sociétés*, 2015, comm. 189, obs. R. MORTIER
- *Gaz. Pal.*, 2015, n°272, p. 13, obs. B. DONDERO

Cass. Com., 24 mai 2016, n°14-28.121 : 245

- *Droit des sociétés*, 2016, comm. 160, obs. R. MORTIER

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. Const., 9 novembre 1999, n°99-419-DC, *Pacte civil de solidarité* : 128

- *D.*, 2000, p. 424, obs. S. GARNERI
- *RTD civ.*, 2000, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES
- *RTD civ.*, 2000, p. 870, obs. Th. REVET

Cons. Const., 13 juin 2013, n°2013-672 : 186

- *D.*, 2014, p. 1516, obs. N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO
- *Droit des sociétés*, 2013, p. 673, note J. BARTHÉLÉMY
- *RTD civ.*, 2013, p. 832, obs. H. BARBIER
- *RDC*, 2013, p. 1285, note C. PÉRÈS
- *JCP*, 2013, 929, note J. GHESTIN
- *JCP G*, 2013, 974, note M. MEKKI

CJCE, 8 mars 1988, *Ubbink Isolatie c/Dak*, affaire C-136/87: 339

CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, affaire C-81/87 : 20

- *RTD eur.*, 1989, p. 260, obs. L. CARTOU
- *JDI*, 1989, p.429, note M-Ch. BOUTARD-LARBARDE

CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, affaire C-106/89: 339

- *JCP E*, 1991, II, p. 156, note P. LEVEL
- *Revue des sociétés*, 1991, p. 532, note Y. CHAPUT

CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, affaire C-212/97: 20, 22, 26

- *Revue des sociétés*, 1999, p. 386, note G. PARLEANI
- *D*, 1999, p. 550, note M. MENJUCQ
- *JCP*, 1999, II, 10002, note M. LUBY
- *Bull. Joly*, 1999, p. 705, note J.-Ph. DOM
- *JCP E*, 1999, p. 1285, obs. Y. REINHARD

CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, affaire C-208/00 : 20, 25

- *JCP E*, 2003, n°448, note M. MENJUCQ
- *Revue des sociétés*, 2003, p. 315, note J-Ph. DOM
- *Bull. Joly*, 2003, p. 464, note M. LUBY
- *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 508, obs. P. LAGARDE

CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, affaire C-167/01 : 20, 25

- *JCP*, 2003, II, 10002, note M. LUBY
- *JCP E*, 2004, p. 251, note V. MAGNIER
- *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 151, note H. MUIR WATT
- *Revue des sociétés*, 2004, p. 141, note J-Ph. DOM

CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, affaire C-210/06: 20

- *Revue des sociétés*, 2009, p. 147, note G. PARLÉANI
- *JCP*, 2009, 10027, note M. MENJUCQ
- *D.*, 2009, p. 574, note R. DAMMANN

CJUE, 12 juillet 2012, Vale, affaire C-378/10 : 20

- *Revue des sociétés*, 2012, p. 645, note G. PARLÉANI
- *D.*, 2012, pan. 2331, obs. L. D'AVOUT
- *JCP*, 2012, 1834, note M. MENJUCQ
- *JCP E*, 18 oct. 2012, p. 28, note C. NOURISSAT
- *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 236, note J. HEYMANN

CJUE, 23 avril 2015, Van Hove c. CNP Assurances SA, affaire C-96/14 : 266

- *D.*, 2015, p. 972
- *JCP G*, 2016, doct. 732, spéc. n° 16, note L. MAYAUX
- *RDC*, 2016, p. 67, note F. LEDUC

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 18 décembre 1986, Johnston et autres c. Irlande, n° 9697/82 : 287

- *AFDI*, 1987, p. 239, note V. COUSSIRAT-COUSTÈRE
- *CDE*, 1988, p. 464, note G. COHEN-JONATHAN

CEDH, 18 décembre 1987, F. c. Suisse, n° 11329/85 : 287

- *RTD civ.*, 1989, p. 408

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Abus de biens sociaux

- intérêt social : 228

Abus du droit de vote

- abus d'égalité
 - critères : 229, 236
 - sanction : 237
- abus de majorité
 - critères : 229, 236
 - sanction : 237
- abus de minorité
 - critères : 229, 236
 - sanction : 237
- définition : 229
- intérêt social : 229

Acte anormal de gestion

- intérêt social : 228

Action de préférence sans de droit de vote

- droit préférentiel de souscription : 312
- notion : 317

Action de priorité

- création : 155, 156

Actions de préférence

- actions de priorité : 152, 159
- amortissement du capital : 354, 382
- assemblées spéciales
 - contrôle et information : 355
 - modification des droits : 351, 352
- attribution temporaire : 171
- avantages particuliers : 148, 168, 172
- définition : 165
- droit accordé *intuitu personae* : 169
- droit de vote : 166, 400
- groupe de sociétés : 219, 358
- intérêt social : 209, 213
- nature des droits particuliers : 160

- conception extensive : 162, 164

- conception restrictive : 161, 163

- parité d'échange : 353
- *preferred shares* : 158
- prime de fidélité : 183, 185
- procédure : 341, 349
 - commissaire aux comptes : 342
 - commissaire aux comptes et SAS : 343
 - cumul avec la procédure de vérification des avantages particuliers : 341, 345, 350
 - conversion d'actions d'ordinaires : 346
 - défaveurs : 348
 - émission au profit d'une catégorie de personnes : 347
 - sanctions : 344

- transmission des droits particuliers : 167, 170

- valeurs mobilières donnant accès au capital : 356

Actions de priorité

- actions de préférence : 152, 159
- prime de fidélité : 183, 185

Actions traçantes

- aménagement potestatif : 367
- avis consultatif des titulaires : 408
- clause léonine : 366
- groupe : 360
- intérêt individuel de l'associé : 220
- intérêt social : 210

Affectio societatis

- définition : 99
- égalité : 42, 97, 98, 99

Agrément

- définition : 304
- SA et SCA : 309, 413, 422
- SARL : 308, 413, 421
- SAS : 423
- SCS : 307, 413, 420
- SNC : 306, 413, 419
- société civile : 176, 305, 413, 418

Appels de fonds : 383

Apports (évaluation des)

- commissaire aux apports : 328, 329
- déséquilibre significatif : 268
- égalité proportionnelle : 330
- préférence (évaluation) : 333
- procédure : 327, 329

Assemblées

- limitation d'accès : 110, 192, 196

Associé

- augmentation des engagements
 - notion : 103, 297
 - consentement : 102, 296
- droit d'information : 104, 300
- droit de participation aux décisions collectives : 106, 293, 294
- droits propres : 101, 290
- évaluation des apports : 330
- participation aux résultats : 291

Augmentation des engagements

- nature : 298
- sanction : 299

Avances en compte-courant : 383

Avantages particuliers

- actions de préférence : 148, 152, 172
- attribution catégorielle : 148, 149
- bénéficiaires identifiables : 147
- commissaire aux apports
 - rôle : 83, 138, 144, 335
 - défaut d'intervention : 336
- définition : 141, 148, 334
- dividende majoré : 185
- exclusion des défaveurs : 142
- historique : 135
- *intuitus personae* : 145, 146

- prérogatives politiques : 338
- procédure
 - objet : 134, 139, 140, 335, 340
 - sanctions : 339
- nature de l'avantage : 143, 337
- transmission : 150, 151

B

Bénéfice distribuable

- définition : 361

Bénéfices et pertes

- clause léonine : 129, 291
- dividende majoré : 180
- prime de fidélité : 180, 184, 323
- répartition
 - déséquilibre significatif : 268
 - historique : 179
 - intérêt social : 211
 - nullité : 274
 - proportionnelle : 125, 175, 181, 332

Boni de liquidation

- répartition : 175, 384

C

Capital social

- principe de fixité : 391
- réduction
 - égalité des actionnaires : 385
 - motivée par des pertes et clause léonine : 392
 - non motivée par des pertes : 393

Catégorie de titres

- validité « originelle » : 153

Clause anti-dilutive : 390

Clause d'*earn-out* : 367

Clause d'exclusion

- augmentation des engagements : 416
- ciblée : 417
- validité : 415

Clause d'inaliénabilité

- droit commun : 313, 414
- intérêt social : 414
- SAS : 314, 414

Clause d'intérêt fixe

- définition : 242
- dividende garanti : 371
- dividende plafonné : 374
- intérêt social : 242
- prohibition : 292, 322, 373

Clause de célibat

- contrôle de proportionnalité : 288
- intérêt social : 243, 288

Clause de préemption

- définition : 424
- proportionnalité : 425
- validité : 424

Clause de *ratchet*

- définition : 386
- clause léonine : 387

Clause de sortie conjointe ou proportionnelle : 427**Clause de stage**

- dividende majoré : 214, 379
- droit de vote double : 214
- intérêt social : 214

Clause léonine

- actions traçantes : 366
- clause de *ratchet* : 387
- critères d'appréciation : 368
- dividende plafonné : 371
- historique : 130
- indexation du dividende : 364, 365
- intérêt commun : 234
- intérêt social : 234, 241
- réduction du capital motivée par des pertes : 392
- remboursement prioritaire des titres en cas de dissolution : 394
- sanction : 274, 291

Clause réputée non écrite

- contrat d'adhésion : 276
- nullité : 273, 274
- règle supplétive : 275

Concurrence législative : 19, 29, 157, 324

Consentement

- mise en place de la préférence : 249
- modification de la préférence : 255
- vices du consentement : 281

Contrat d'adhésion

- clause réputée non écrite : 276
- contrat de société : 261, 262, 265, 278
- définition : 263, 264

Convention de vote

- intérêt social : 238

Conventions extra statutaires : 31, 32

Convergence législative : 19, 29, 324

D

Décisions collectives

- préférence portant sur le quorum et la majorité : 412

Delaware

- effet : 22, 24
- modèle : 23, 29, 326

Déséquilibre significatif : 261

- critères : 269
- domaine : 266
- droit de veto : 270, 277, 279
- évaluation des apports : 268
- intérêt social : 279
- justice contractuelle : 18
- répartition du résultat : 268
- sanction : 272, 277

Dissolution

- remboursement prioritaire des titres et clause léonine : 394

Dividende

- conditionnel : 379
- cumulatif : 377
- dégressif : 380
- garanti et clause d'intérêt fixe : 371
- indexations et clause léonine : 364
- premier dividende : 370
- majoré
 - clause de stage : 214, 379
 - intérêt social : 94, 221, 362

- prime de fidélité : 180, 182, 323
- SA et SCA : 185, 369
- ordinaire : 363
- plafonné
 - clause d'intérêt fixe : 374
 - clause léonine : 372
- précipitaire : 376
- prioritaire : 375
- progressif : 380
- temporaire ou à éclipse : 378

Dol

- préférence : 253

Droit de retrait : 426

Droit préférentiel de souscription

- action de préférence sans droit de vote : 312
- attribution catégorielle : 388
- définition : 116, 310
- intérêt social : 212, 218, 222
- proportionnalité : 117, 389
- suppression : 118, 226, 311
- valeurs mobilières donnant accès au capital : 357

Droits et libertés fondamentaux

- préférence : 289
- renonciation
 - contrepartie : 286
 - contrôle de proportionnalité : 287

E

Égalité (principe d') : 77

- actions de préférence : 53, 61, 84
- actions de priorité : 53, 54, 91
- *affectio societatis* : 42, 97, 98, 99
- augmentation des engagements des associés : 103
- avantages particuliers : 55, 62, 136, 139
- cadre historique : 39
- catégories de titres : 57, 75, 78
- champs d'application : 72
- clauses léonines : 59, 129, 131, 133

- commissaire aux comptes
- constitutionnel : 44, 71, 79
- conventions règlementées : 48, 62
- définition du contrat de société : 40
- délits d'initiés : 48
- démocratie actionnariale : 87, 92, 115
- différence de situation : 46, 52, 70, 81, 84
- diversité des formes sociales : 89
- droit d'information : 48, 105
- droit de vote double : 56, 61, 79, 80, 88
- droit de vote : 48
- entre actionnaires : 43, 54, 74
- entre associés
- fausses inégalités : 49, 51, 82
- hétérogénéité des associés : 86
- inégalité excessive : 128, 129, 132, 134, 137
- interdictions fondamentales : 45
- intérêt général : 47
- notion : 15
- participation aux décisions collectives
- plafonnement du droit de vote : 56, 61, 79
- préférence
- règles supplétives : 120
- remise en cause : 58, 60
- répartition des bénéfices et des pertes : 55
- rupture d'égalité : 50
- titres spéciaux : 90
- valeur nominale : 154

Égalité

- définition : 63
 - en droit : 64
 - sens commun : 64
- des actionnaires et réduction du capital : 385
- proportionnelle : 66, 69
 - clé de pondération : 68

- droit d'information : 67, 126, 127
- droit de vote : 113, 127, 191, 195, 332
- droit préférentiel de souscription : 117, 119, 127
- évaluation des apports : 330
- répartition des bénéfices et des pertes : 125, 175, 181, 332
- boni de liquidation : 175
- droit de préemption : 175

Erreur

- obstacle : 252
- sur la personne : 252
- sur les qualités essentielles : 250

G

Groupe de sociétés

- actions de préférence : 219, 358
- intérêt social : 219, 246

I

Indivision

- droit de vote : 176, 316

Information (droit d')

- renforcé : 407
- SA et SCA : 303
- SARL : 302
- SAS : 301
- SCS : 302
- SNC : 302
- société civile : 302

Intérêt commun

- clauses léonines : 234
- définition : 95, 206
- dividende majoré : 95, 225
- excès d'inégalité : 96
- intérêt social : 202
- maximisation du profit : 95, 207, 223
- préférence : 224

Intérêt individuel

- actions traçantes

Intérêt social

- abus de biens sociaux : 228
- abus du droit de vote : 229
- acte anormal de gestion : 228
- actions de préférence : 209, 213
- actions traçantes/reflet : 210
- aléa : 244
- cause de l'engagement des associés : 206, 232, 259, 260
- clause d'inaliénabilité : 414
- clause d'intérêt fixe : 242
- clause de célibat : 243, 288
- clause de stage : 214
- clauses léonines : 234, 241
- compromis des intérêts : 203
- convention de vote : 238
- crises sociales : 230
- critères d'atteinte : 235, 245
- définition : 93, 201, 204
- déséquilibre significatif : 279
- dividende majoré : 94, 214, 362
- droit de vote double : 94, 214, 222
- droit des contrats : 233
- droit préférentiel de souscription : 212, 218
- fusion-absorption : 217
- groupe de sociétés : 219, 246
- intérêt commun : 202
- intérêt de l'entreprise : 201
- intérêt des associés : 205
- paiement en action de la dette : 216
- préférence : 208, 215, 239
- répartition des bénéfices et des pertes : 211
- responsabilité des dirigeants : 227
- sanctions des atteintes : 237, 247
- société en difficulté : 231

L

Liberté contractuelle (principe de)

- autonomie de la volonté
- consécration en droit des sociétés : 187, 188
- droit commun : 186

- droit de vote : 17, 190, 295
- ordre public : 14, 28, 32, 429
- préférence : 428
- règles supplétives : 173

N

Nullité

- actes et délibérations : 274, 284
- clause réputée non écrite : 273, 274
- contrat de société : 280, 282, 285
- couverture de la nullité : 283
- vices du consentement : 281

O

Ordre public

- définition : 28, 248, 257
- liberté contractuelle : 14, 28, 32, 429

P

Participation aux décisions collectives (droit de)

- art. L. 225-113 C. Com. : 107, 108
- délit d'entrave : 109
- droit de vote : 111, 295
- qualité d'associé : 294

Préemption (droit de)

- proportionnel : 175

Préférence

- audits : 409
- caractère aléatoire : 244, 251
- composition des organes de gestion : 410
- consentement : 249, 255
- contrepartie : 221, 240, 258, 286
- définition
 - en droit des sociétés : 11
 - extensive: 10
 - restrictive : 3
 - sens commun : 1
- déséquilibre significatif : 261
- dol : 253
- droit de la concurrence : 9

- droit de préemption du locataire : 9
- droit des contrats : 4
- droit des successions : 6
- droit public
- droits et libertés fondamentaux
 - contrôle de proportionnalité : 287
 - renonciation : 287
 - sanction : 289
- égalité en philosophie politique : 2
- erreur
 - sur la personne : 252
 - sur les qualités essentielles : 250

- évaluation de la préférence : 353
- évaluation des apports : 333
- intérêt commun : 224
- intérêt social : 208, 215, 239
- *intuitus personae*
- liberté contractuelle : 428
- pacte de préférence : 5, 30
- paiement en actions de la dette : 216
- procédures collectives : 8
- propriété intellectuelle : 9
- représentation auprès des organes de gestion : 411
- sûretés : 7, 30
- violence : 254

Prime de fidélité

- art. 1844-1 C. Civ. : 184
- avantages particuliers : 183

Principe

- caractérisation : 15
- définition : 76, 100

R

Règle supplétive

- clause réputée non écrite : 275
- définition : 121, 123, 173
- expressions : 174
- liberté contractuelle : 173
- volonté des parties : 122

S

Société (contrat de)

- cause : 206, 232, 259
- contrat d'adhésion : 261, 262, 265, 271, 276, 278
- contrat de gré à gré : 265, 276
- définition : 200
- déséquilibre significatif : 267, 268, 269, 271
- égalité : 40, 85
- nature : 13
- nullité : 280, 282, 283, 285
- régime primaire : 290

Statuts (modifications) : 175, 177

- augmentation des engagements des associés : 124, 178
- SA et SCA : 256
- SARL : 256
- SAS : 256
- SCS : 256
- société civile : 256
- stipulation de la préférence : 256

V

Valeur nominale des titres

- droit de vote : 194
- évaluation des apports : 331
- principe d'égalité : 154

Valeurs mobilières donnant accès au capital

- actions de préférence : 356
- droit préférentiel de souscription : 357

Versements privilégiés autres que les dividendes : 381

Violence

- préférence : 254

Vote (abus du droit de) : v. abus du droit de vote

Vote (droit de)

- actions de préférence : 166, 400
- actions de préférence et groupe de sociétés : 359
- déséquilibre significatif : 270, 277, 279
- détermination du nombre de voix : 193
- double : 175, 195, 321, 403
 - clause de stage : 214
 - intérêt social : 94, 221
- droit de participer aux décisions collectives : 111, 295
- indivision : 176, 316
- liberté contractuelle : 190, 295
- limitation de l'accès aux assemblées : 192, 196
- majoration : 402
- multiple : 27, 325, 404
- plafonnement : 197, 318, 398
 - assemblées : 198, 319, 398
 - catégoriel : 326
 - techniques : 199, 320
- proportionnalité : 191, 195, 332
- SA et SCA : 114, 397
- SARL : 112, 315, 395
- SAS : 396
- SCS : 396
- SNC : 396
- société civile : 396
- suppression : 189, 209, 295, 316, 399, 401
- valeur nominale des titres : 194
- veto : 405, 406

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE	25
LES FONDEMENTS DE LA PRÉFÉRENCE EN DROIT DES SOCIÉTÉS	25
TITRE PREMIER	27
L'INTROUVABLE PRINCIPE D'ÉGALITÉ	27
Chapitre Premier	29
Les expressions du principe d'égalité	29
Section I : Un principe affirmé	30
§1. Affirmation d'une existence historique	32
A. L'égalité dans le contrat de société du Code civil de 1804	33
B. L'égalité issue de la définition de l'affectio societatis	38
§2. Affirmation d'une existence actuelle	40
A. L'égalité des actionnaires	42
B. L'égalité in concreto	45
1. <i>Modalités d'application du principe constitutionnel d'égalité</i>	45
2. <i>Un principe d'égalité en droit des sociétés mais d'application in concreto</i>	48
Section II : Un principe relativisé	53
§1. Un principe relativisé dans sa portée.....	54
A. Un principe limité par de nombreuses exceptions	54
B. Un principe limité aux titres d'une même catégorie : du principe au sophisme	56
§2. Un principe relativisé dans son existence	58
A. Remise en cause partielle / inachevée	59
B. Remise en cause plus forte	63
Chapitre Deuxième	69
La disqualification du principe d'égalité	69
Section I : La nécessité de la disqualification	69
§1. Les difficultés conceptuelles liées à l'égalité.....	70
A. Difficultés d'ordre sémantique – les définitions de l'égalité	70
1. <i>Une notion pluridimensionnelle</i>	71
a. L'égalité mathématique	72
α) L'égalité proportionnelle au nombre d'associés.....	72
β) L'égalité proportionnelle au nombre d'associé pondéré par une clef	74
b. L'égalité concrète subjective	76
2. <i>Diversité des champs d'application</i>	78
B. Les problèmes liés à la qualification actuelle – disqualification par l'exemple.....	80
1. <i>L'égalité catégorielle ou le sophisme du raisonnement</i>	82
2. <i>L'égalité in concreto ou l'inadéquation de la réception constitutionnelle de l'égalité avec le droit des sociétés</i>	84
§2. Manque de justifications fondamentales	88
A. L'égalité n'est pas l'objectif de la société	88
1. <i>La négation des inégalités de fait</i>	89
a. Inexistence d'un associé type.....	90
b. Diversité des formes sociales	92
c. Multiplication des titres spéciaux	93
2. <i>Rejet de l'analyse démocratique de la société au soutien d'un principe d'égalité en droit des sociétés</i>	96
B. Inefficacité du recours aux principes généraux du droit des sociétés/éléments constitutifs du contrat de société.....	98
1. <i>Inadéquation de l'égalité aux intérêts des parties</i>	98
a. L'intérêt social : pérennité de la structure et inégalités bénéfiques	99
b. L'intérêt commun : recherche de maximisation du profit et inégalités consenties.....	101
2. <i>Impossible justification par l'affectio societatis</i>	103

Section II : Les termes de la disqualification	106
§1. Abandon de la qualification de principe pour les dispositions de nature égalitaires éparses ou supplétives	107
A. Inadéquation de la qualification de principe pour les règles égalitaires isolées.....	108
1. <i>Égalité commune à toutes les formes sociales : des règles plancher plus qu'un principe</i>	108
a. L'intangibilité des droits des associés sans accord personnel et exprès	109
b. Le droit d'information minimum des associés	110
c. Le droit de participation aux décisions collectives	112
α) Un socle commun à toutes les formes sociales	113
β) Mais dont la portée est à relativiser en raison de la flexibilité du droit de vote.....	116
2. <i>Les règles égalitaires isolées</i>	117
a. Proportionnalité du droit de vote dans les sociétés à responsabilité limitée hors SAS	118
α) L'égalité proportionnelle impérative de la SARL.....	118
β) L'égalité proportionnelle : règle et exceptions pour les SA et SCA	121
b. Droit préférentiel de souscription	123
B. Inadéquation de la qualification de principe pour les règles supplétives	125
1. <i>Signification de la suppléativité</i>	125
2. <i>Les règles égalitaires supplétives</i>	128
§2. Disqualification conceptuelle pour les dispositions ayant pour objet ou effet de contrer les excès	131
A. Confusion conceptuelle : limiter les excès n'est pas imposer une égalité	132
B. Dispositions pour lesquelles la disqualification est requise	133
1. <i>La prohibition des clauses léonines : la lutte contre les excès par les textes</i>	133
a. Explication de la prohibition dans les travaux préparatoires du Code civil de 1804	134
b. Réception doctrinale erronée de la prohibition des clauses léonines.....	138
2. <i>La procédure encadrant la mise en place d'avantages particuliers : la lutte contre les excès par les associés</i>	141
a. Les avantages particuliers en 1867	141
b. La procédure et son acceptation actuelle.....	144
TITRE DEUXIÈME	149
L'ÉMERGENCE D'UN PRINCIPE DE LIBRE PRÉFÉRENCE.....	149
Chapitre Premier	151
Les assises techniques de la préférence	151
Section I : La préférence consacrée directement par des instruments spécifiques	152
§1. Admission des avantages particuliers	153
A. Définition complexe de la notion : des prérogatives favorables de toute nature	154
1. <i>Caractère privilégié de l'aménagement</i>	154
2. <i>Nature controversée de l'avantage</i>	155
B. Attribution d'avantages intuitu personae et conséquences.....	158
1. <i>Des droits accordés en raison de la personne</i>	158
a. Le caractère intuitu personae des avantages particuliers.....	158
b. Caractéristiques nécessaires de l'attribution intuitu personae	160
2. <i>Conséquences des critères qualification : une préférence éphémère</i>	163
§2. Promotion des actions de préférence.....	165
A. Avènement des titres spéciaux.....	166
1. <i>Préexistence pratique des catégories de titres</i>	166
2. <i>Consécration officielle de la validité des actions de priorité</i>	168
B. Flexibilité renforcée : les actions de préférence.....	171
1. <i>Des droits et obligations particuliers de toute nature</i>	172
a. Indifférence quant à la nature préférentielle de l'aménagement	173
b. Droit de vote et droits particuliers.....	177
2. <i>Des droits intuitu rei au service de la création d'aménagements potentiellement durables</i>	180
a. Vocation pérenne des droits particuliers attribués propter rem	180
b. Possibilité d'une attribution simplement temporaire.....	183
Section II : La préférence, expression de la liberté contractuelle en droit des sociétés	185
§1. La liberté et les règles supplétives	185
A. Place de la liberté dans les règles supplétives	185
1. <i>De réels instruments de préférence</i>	186
2. <i>Nécessité d'une prévision statutaire et conséquences</i>	188
a. Énonciations du rôle attribué aux statuts par législateur	188
b. <i>Conséquence de la prévision statutaire sur sa modification</i>	191

B.	Illustration par l'article 1844-1 du Code civil	193
1.	<i>Une liberté constante applicable à toutes les formes sociales</i>	193
2.	<i>Le débat du dividende majoré dans les sociétés commerciales</i>	195
a.	Une règle supplétive applicable à toutes les formes sociales	195
b.	Un instrument de préférence limité mais consacré pour les sociétés commerciales.....	197
§2.	La liberté et le silence de la loi	201
A.	La préférence, expression de la liberté contractuelle en droit des sociétés	202
1.	<i>Rappel du principe de liberté du contenu contractuel</i>	202
2.	<i>La liberté contractuelle, principe fondamental du droit des sociétés</i>	203
a.	Un principe consacré	204
b.	Un instrument aux applications indénombrables	205
B.	La liberté de stipuler en matière de droit de vote : exemple de la difficulté d'application du principe ..	206
1.	<i>Préférence et droit de vote : une liberté aux contours variables</i>	206
a.	Les contours de la liberté de stipuler en matière de droit de vote dans le silence de la loi.....	206
b.	Variation des contours de la règle de proportionnalité pour les sociétés commerciales	207
2.	<i>Incertitudes quant à la place de la liberté dans le plafonnement des voix</i>	213
	Chapitre Deuxième	219
	Les assises fondamentales de la préférence	219
	Section I : La préférence, moteur de l'intérêt social	220
§1.	L'intérêt social, compromis des aspirations individuelles et générales	221
A.	Assimilation directe de l'intérêt social à la pérennité et à la continuité de la société.....	221
B.	Répercussion indirecte de l'intérêt social sur les intérêts individuels des associés.....	223
§2.	La satisfaction de l'intérêt social par la préférence	225
A.	Nécessité du respect de l'intérêt social	225
1.	<i>La poursuite de l'intérêt social, fondement de la préférence pour la société « source »</i>	226
a.	Absence de contrariété à l'intérêt social : la préférence dans la société in bonis	226
b.	Recherche de restauration de l'intérêt social : la préférence dans la société en difficulté	229
2.	<i>La problématique de l'intérêt social à l'égard de la préférence au sein d'un groupe</i>	231
B.	Possibilité de satisfaction des intérêts individuels	234
1.	<i>Satisfaction ponctuelle directe des intérêts individuels</i>	234
a.	La préférence octroyée aux investisseurs entrant en cours de vie sociale	234
b.	La préférence octroyée aux investisseurs présents dès l'origine	235
2.	<i>Subordination implicite des accords individuels au respect de l'intérêt social</i>	237
	Section II : L'intérêt social, limite de la préférence.....	239
§1.	Une limite théorique envisageable	240
A.	Un intérêt prohibant les actes mettant en péril la société	240
1.	<i>Un instrument éprouvé par le droit des sociétés</i>	240
2.	<i>Un instrument soutenu par le droit des obligations</i>	244
B.	Une sanction de la préférence théoriquement séduisante	246
1.	<i>Souplesse du critère de distinction</i>	247
2.	<i>Souplesse des sanctions</i>	250
§2.	Intérêt social et sanction du seul abus de préférence	251
A.	Nécessité de subordonner la sanction à la preuve d'une contrariété à l'intérêt social.....	252
1.	<i>Absence de sanction par l'intérêt social pour la préférence simplement inutile</i>	252
2.	<i>Admission du critérium de partage pour la préférence manifestement nocive</i>	256
B.	Preuve de la contrariété de la préférence à l'intérêt social et nécessaire adaptabilité des sanctions	259
1.	<i>Difficulté de la preuve tenant à la nature de la préférence</i>	259
a.	Caractère général de la difficulté de la preuve	260
b.	Difficulté accentuée dans le cadre de la préférence de groupe.....	262
2.	<i>Recherche de sanctions adéquates</i>	263
	DEUXIÈME PARTIE.....	271
	LES PERSPECTIVES DE LA PRÉFÉRENCE EN DROIT DES SOCIÉTÉ.....	271
	TITRE PREMIER	273
	LA DÉTERMINATION DU CADRE DE LA PRÉFÉRENCE	273
	Chapitre Premier	275
	Le cadre substantiel de la préférence.....	275
	Section I : Les limites de droit commun	276

§1. Limites tirées du droit des contrats	276
A. La mise en place de la préférence à l'épreuve du droit des contrats	276
1. <i>La préférence et la protection du consentement</i>	277
a. La préférence contenue dans les statuts négociés à l'origine	277
α) L'erreur sur la préférence	278
β) Le dol et la préférence	280
γ) La violence et la préférence	280
b. La préférence issue d'une modification statutaire.....	281
2. <i>La préférence et le contenu du contrat</i>	283
a. La préférence et la contrepartie de l'obligation.....	285
b. La préférence et l'équilibre contractuel	286
α) La préférence et la substance de l'obligation essentielle de l'associé.....	286
β) Contrat d'adhésion et préférence.....	287
B. Les sanctions de droit commun appliquées au droit des sociétés.....	297
1. <i>Les clauses réputées non écrites</i>	298
a. Une sanction assurant le maintien du pacte social	298
b. Discussion de la sanction pour les clauses abusives – remise en cause de l'applicabilité du texte ..	304
2. <i>Les nullités</i>	306
a. Principe : une sanction comportant des risques pour l'existence du pacte social.....	307
b. Domaine amplement restreint par le droit des sociétés	309
§2. Liberté contractuelle, préférence et renonciation à des droits fondamentaux.....	312
A. L'objet du contrôle de la préférence restreignant des droits fondamentaux.....	313
1. <i>Une liberté soumise au droit commun : la question de la contrepartie</i>	314
2. <i>Une liberté soumise au contrôle de proportionnalité ?</i>	316
B. La sanction civile de l'atteinte contractuelle aux droits fondamentaux	319
Section II : Les limites tirées du droit des sociétés.....	320
§1. Les limites tirées du droit interne des sociétés.....	321
A. Le régime primaire du droit des sociétés	321
1. <i>La vocation aux bénéfices et aux pertes et prohibition des clauses d'intérêt fixe</i>	322
2. <i>Le droit de participer aux décisions collectives</i>	323
a. Une protection offerte aux seuls associés	326
b. Une protection étendue au droit de vote ?.....	327
3. <i>L'intangibilité des engagements des associés</i>	329
B. Les règles impératives spéciales	335
1. <i>Les limites substantielles quant à l'information des associés</i>	335
2. <i>Les limites substantielles quant aux mouvements de titres</i>	337
a. Le cadre substantiel de l'agrément.....	338
b. Le cadre substantiel du droit préférentiel de souscription	340
α) Impérativité du droit préférentiel de souscription des actions ordinaires	341
β) Cas spécifique des actions de préférence sans droit de vote	341
c. Le cadre substantiel de l'inaliénabilité.....	344
3. <i>Les limites substantielles quant au droit de vote</i>	345
a. L'encadrement de la minoration du droit de vote	346
α) Encadrement de la suppression du droit de vote des actions de préférence.....	346
β) Encadrement du plafonnement dans les SA et SCA.....	348
b. L'encadrement de la majoration du droit de vote dans les SA et SCA	350
4. <i>Les limites substantielles quant aux dividendes</i>	353
§2. Les limites tirées d'autres systèmes normatifs : vers l'émergence de règles communes plus souples ?.....	355
A. Cadres normatifs régionaux plus souples : vers la reconnaissance du droit de vote multiple dans les sociétés par actions ?	356
B. Perspectives d'évolution du droit de vote à la lumière du droit du Delaware : vers la reconnaissance des actions de classes ?	360
Chapitre Deuxième	365
Le cadre processuel de la préférence	365
Section I : L'encadrement en amont de l'émission des titres.....	365
§1. Évaluation des apports : nécessaire préalable à l'attribution de la préférence	366
A. La procédure d'évaluation des apports	366
1. <i>Une procédure aux mains d'un commissaire aux apports</i>	367
2. <i>Une procédure peu contraignante</i>	368

B.	Les conséquences de l'évaluation	369
1.	<i>La valeur des apports comme mètre-étalon de la situation « ordinaire » des associés</i>	369
2.	<i>Un mètre-étalon révélateur de la préférence ?</i>	371
§2.	Procédures spéciales.....	373
A.	Procédure de vérification et d'approbation des avantages particuliers.....	373
1.	<i>Une procédure de protection du consentement</i>	374
a.	Une procédure d'information sous contrôle d'un commissaire.....	374
b.	Une procédure peu adaptée aux avantages non pécuniaires	376
2.	<i>Limite procédurale inefficace lors de la constitution de la société ?</i>	378
B.	Procédure de création et d'émission des actions de préférence	383
1.	<i>L'intervention d'un commissaire aux comptes : principe, controverse et sanctions</i>	384
a.	Un rapport spécial exigé par les textes.....	384
b.	Un rapport spécial controversé : le cas de la SAS.....	386
c.	L'impérativité de la procédure induite par la sanction.....	388
2.	<i>L'application de la procédure des avantages particuliers</i>	389
a.	Une procédure imposée seulement aux émissions d'actions de préférence ?.....	390
b.	La notion « d'actionnaires nommément désignés »	391
c.	Un cumul circonscrit aux aménagements comportant un avantage ?.....	393
d.	Une procédure exclue pour les actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée ?.....	395
e.	Opportunité du cumul des procédures et conséquences	396
	Section II : L'encadrement de la préférence en cours de vie sociale	398
	§1. La protection des porteurs d'actions de préférence	398
A.	Une protection intermittente en cas de modification potentielle des prérogatives	399
1.	<i>Intervention d'une assemblée spéciale en cas de modification des droits, fusion ou scission</i>	399
a.	L'approbation des opérations ayant pour effet de modifier les droits catégoriels	399
b.	L'approbation dans les opérations de scission ou de fusion.....	402
2.	<i>Une protection précaire en cas de modification ou d'amortissement du capital</i>	403
B.	Le recours permanent de contrôle et d'information.....	404
	§2. Une protection accordée aux titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital	406
A.	L'autorisation préalable de l'émission d'actions de préférence par les porteurs.....	407
1.	<i>Les modalités de l'autorisation préalable des porteurs de VMDAC</i>	407
2.	<i>Une autorisation limitée aux modifications relatives à la répartition des bénéfices et à l'amortissement du capital</i>	409
B.	La protection des droits des porteurs.....	410
1.	<i>Diverses mesures de protection</i>	410
2.	<i>Des mesures applicables seulement en cas de maintien du droit préférentiel de souscription</i>	411
	TITRE DEUXIÈME	415
	LA MISE EN ŒUVRE DE LA PRÉFÉRENCE	415
	Chapitre Premier	421
	La préférence pécuniaire	421
	Section I : La préférence et le droit sur les dividendes	422
§1.	Aménagement de l'assiette du dividende	423
A.	L'aménagement du taux des dividendes	423
1.	<i>Majoration et minoration du taux des dividendes</i>	423
2.	<i>Indexation du taux des dividendes</i>	425
a.	Indexations internes	426
b.	Activité reflétée filialisée : avantages et risques spécifiques.....	428
3.	<i>Les limites à la modulation du taux des dividendes</i>	430
a.	Modulation du taux des dividendes et prohibition des aménagements léonins	430
b.	Modulation du taux des dividendes dans les SA et SCA : spécificités instrumentales.....	432
B.	L'aménagement du montant des dividendes	433
1.	<i>Aménagements du montant des dividendes</i>	433
a.	Le dividende garanti : fixité ou minima assuré	433
b.	Le dividende plafonné : fixité ou variabilité	435
2.	<i>Respect de la prohibition des clauses d'intérêt fixe</i>	435
§2.	L'aménagement des modalités de versement des dividendes	436
A.	Versement assuré des dividendes	437
1.	<i>Dividende prioritaire</i>	437
2.	<i>Dividende précipitaire</i>	438

3. Dividende cumulatif	439
B. Versement temporalisé des dividendes	440
1. Dividende temporaire ou à éclipse	440
2. Dividende conditionnel	442
3. Dividende progressif ou dégressif	443
Section II : La préférence et les autres droits financiers.....	443
§1. Les droits financiers relatifs à des versements divers	444
A. Le versement préférentiel de sommes au profit des associés	444
B. L'amortissement préférentiel des titres	445
C. Les charges d'avance en compte-courant et d'appels de fonds	446
D. La répartition non-proportionnelle du boni de liquidation	447
§2. Les droits financiers en cas de restructuration du capital social	448
A. La préférence pécuniaire en cas d'augmentation du capital social	448
1. Droit à l'attribution privilégiée de titres	448
a. L'attribution de titres gratuits	449
b. La conversion préférentielle : les clauses de ratchet	450
2. Modulations du droit préférentiel de souscription	452
a. Existence du droit	452
b. Proportionnalité du droit	453
c. Exemple d'application : la clause anti-dilutive	456
B. La préférence pécuniaire en cas de dégradation du capital social	457
1. Traitement inégalitaire en cas de réduction du capital motivée par des pertes ou non	457
a. La préférence et la réduction de capital motivée par des pertes	458
b. La préférence et la réduction de capital non motivée par des pertes	459
2. Droit au remboursement prioritaire des titres en cas de dissolution	459
Chapitre Deuxième	463
La préférence extra-pécuniaire	463
Section I : La préférence et les modalités de participation à la vie sociale	464
§1. L'aménagement du droit de vote	464
A. Affaiblissement du droit de vote	465
1. Minoration	465
2. Plafonnement	467
3. Suspension et aménagements temporels	468
4. Suppression	470
B. Renforcement du droit de vote	471
1. Majoration	471
2. Droit de vote double	472
3. Droit de vote multiple	473
4. Droit de veto	474
§2. L'aménagement des autres prérogatives de gouvernement	476
A. Les prérogatives de contrôle et d'information	476
1. Renforcement du droit d'information	476
2. Droit de consultation préalable	478
3. Droit de diligenter des audits	478
B. La composition et le fonctionnement des organes de gestion	479
1. Droit d'interférer sur la composition des organes de gestion	479
2. Droit d'être représenté auprès des organes de gestion	480
3. Instauration de quorum et majorités spéciales au profit de porteurs de la préférence	481
Section II : La préférence et le principe de participation à la vie sociale	482
§1. Aménagements extrêmes : libre cessibilité, inaliénabilité et exclusion	482
A. Instauration d'une libre cessibilité	483
B. Mise en place d'une inaliénabilité	483
C. Mise en place d'une exclusion ciblée	485
§2. Aménagements intermédiaires : agrément, préemption et sortie	486
A. Préférence et clause d'agrément	487
B. Préférence et droit de préemption	491
C. Préférence et modalités de sortie des associés	493
CONCLUSION GÉNÉRALE	499

BIBLIOGRAPHIE	507
OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS ET ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES	507
OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES, RAPPORTS ET DISCOURS OFFICIELS	511
ARTICLES, ÉTUDES, CHRONIQUES.....	518
JURISPRUDENCE, NOTES ET OBSERVATIONS	560
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	575
TABLE DES MATIÈRES	583