

# LA RÉVOLUTION CONTRACTUELLE DU DROIT DES SOCIÉTÉS

ACTE 2

*VERS L'ENTREPRISE CITOYENNE*

**François-Denis Poitrial**

Avocat à la Cour de Paris et au Barreau de New York

---

Avec la collaboration de

**Bastien Brignon**

Maître de conférences à Aix-Marseille Université

---

Préface de la première édition

**Pierre Bézard**

Préface de la deuxième édition

**Michel Germain**

Professeur émérite de l'Université Paris II

Avant-propos de **Geoffroy Roux de Bézieux**

Président du Mouvement des entreprises de France

RB

ÉDITION

# **La révolution contractuelle du droit des sociétés**

**ACTE 2**

*Vers l'entreprise citoyenne*

## L'Auteur

Diplômé de l'Institut d'Études Politiques de Paris, de l'ESSEC et titulaire d'un DEA Paris-Sorbonne et d'un LL.M. Columbia University Law School, New York, **François-Denis Poitrinal** est spécialisé dans la négociation, la structuration et le financement des opérations de *private equity*, notamment dans des entreprises en difficulté ou retournement.

François-Denis Poitrinal est avocat à la Cour de Paris et au Barreau de New York.

Après 15 ans dans différents cabinets d'avocats à Paris ou à New York, il fut, de 2000 à 2005, avocat associé, *managing partner* de l'activité juridique de Deloitte & Touche *juridique et fiscal* (Taj Avocats). Il a ensuite, de 2005 à 2013, animé une société d'investissement et développé une activité de reprise d'entreprise et d'investissement dans l'industrie.

Il est, depuis 2014, Président du Conseil de surveillance de Neopar, une société d'investissement spécialisée dans la reprise et le retournement d'entreprises en difficulté (membre de l'ARE).

Il a été chargé d'enseignement au Groupe HEC, de 1989 à 2001.

Auteur de nombreux articles sur les problématiques de l'investissement et du droit des sociétés, il est l'auteur de l'ouvrage *Le capital-investissement – Guide juridique et fiscal*, 5<sup>e</sup> édition, RB Édition, 2015 et coauteur de *Comptabilité et Droit comptable – L'intelligence des comptes et leur cadre légal*, sous la direction d'Alain Burlaud, Gualino Éditeur, 1998.

ISBN : 978-2-86325-834-7

Code Géodif : G0070792

Diffusé par les Éditions d'Organisation, 1, rue Thénard, 75240 Paris Cedex 05.

Copyright © 2019. RB Édition : 18, rue La Fayette – 75009 Paris. [www.revue-banque.fr](http://www.revue-banque.fr)

Toute reproduction, totale ou partielle, de la présente publication est interdite sans autorisation écrite de RB Édition ou du CFC, conformément aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle.

# La révolution contractuelle du droit des sociétés

ACTE 2

*Vers l'entreprise citoyenne*

---

**François-Denis Poitrial**

Avocat à la Cour de Paris et au Barreau de New York

avec la collaboration de **Bastien Brignon**

Maître de conférences à Aix-Marseille Université

Préface de la première édition

**Pierre Bézard**

Préface de la deuxième édition

**Michel Germain**

Professeur émérite de l'Université Paris II

Avant-propos de **Geoffroy Roux de Bézieux**

Président du Mouvement des entreprises de France

## **Avertissement**

Cette publication n'a pour seul objectif que d'informer les lecteurs de manière générale. Elle ne peut en aucun cas se substituer à un conseil donné par un professionnel en fonction d'une situation précise. Un soin particulier a été apporté à la rédaction de cette publication dans un but d'une bonne compréhension des mécanismes et des principes. En revanche, l'auteur décline toute responsabilité relative à une utilisation « aveugle » des modèles joints en annexe, nécessairement inadaptés aux structures réelles, ainsi qu'aux éventuelles erreurs et omissions qu'elle pourrait contenir.

# LISTE DES ABRÉVIATIONS

---

AARPI	Association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle
ABSA	Attribution de bons de souscription d'actions
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
act.	actualité
<i>Actu. affaires</i>	<i>Actualités droit des affaires Francis Lefebvre</i>
<i>Act. proc. coll.</i>	<i>Actualité des procédures collectives (Lettre d')</i>
<i>Actes prat. ing. sociétaire</i>	<i>Actes pratiques et ingénierie sociétaire</i>
Adpic	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle
ADVD	Actions à droit de vote double
AFEP	Association française des entreprises privées
<i>AJDI</i>	<i>Actualité juridique de droit immobilier</i>
<i>AJF</i>	<i>Actualité juridique Famille</i>
AGE	Assemblée générale extraordinaire
AGO	Assemblée générale ordinaire
al.	Alinéa
<i>ALD</i>	<i>Actualité législative Dalloz</i>
AMF	Autorité des marchés financiers
<i>Ann. loyers</i>	<i>Annales des loyers</i>
AN	Assemblée nationale
ANP	Associés non professionnels
ANSA	Association nationale des sociétés par actions
APE	Associés professionnels externes
API	Associés professionnels internes
art.	Article
art. cit.	Article cité
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
<i>BF Lefebvre</i>	<i>Bulletin fiscal Francis Lefebvre</i>
BIC	Bénéfices industriels et commerciaux
<i>BJED</i>	<i>Bulletin Joly entreprises en difficulté</i>
BJS	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
BNC	Bénéfices non commerciaux
<i>BODACC</i>	<i>Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales</i>
<i>BRDA</i>	<i>Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>

<i>Bull. CNCC</i>	<i>Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes</i>
<i>Bull. Joly Entrep. diff.</i>	<i>Bulletin joly entreprises en difficulté</i>
<i>Bull. Joly Sociétés</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i> (mensuel d'information des sociétés)
CA	Cour d'appel
CAC	Commissaire aux comptes
<i>Cah. dr. entr.</i>	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
<i>Cah. dr. sport</i>	<i>Cahiers de droit du sport</i>
Cass. 1 <sup>re</sup> , 2 <sup>e</sup> , 3 <sup>e</sup> civ.	Cour de cassation (1 <sup>re</sup> , 2 <sup>e</sup> ou 3 <sup>e</sup> chambre civile)
Cass. ch. Mixte	Chambre mixte de la cour de cassation
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. req.	Chambre des requêtes de la cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CCRCS	Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cf.	<i>Confere</i>
CFE	Cotisation foncière des entreprises
CGI	Code général des impôts
Ch. civ.	Chambre civile
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMF	Code monétaire et financier
CNPF	Conseil national du patronat français (ex-Medef)
CNB	Conseil national des barreaux
coll.	Collection
comm.	Commentaire
concl. Jeol	Conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. UE	Conseil de l'Union européenne
<i>Contrats, conc. consom.</i>	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CREDA	Centre de recherche sur le droit des affaires
C. santé publ.	Code de la santé publique
C. sport	Code du sport
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D.</i>	Décret
<i>D. actualité</i>	<i>Dalloz actualité</i>
<i>D. actualité avocat</i>	<i>Dalloz actualité</i> , rubrique « Actuel avocat »

<i>D. avocats</i>	<i>Dalloz avocats</i>
Déb. Ass. Nat.	Débat assemblée nationale
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
DG	Directeur général
DGCL	Direction générale des collectives locales
DGD	Directeur général délégué
<i>Dict. perm.</i>	<i>Dictionnaire permanent</i>
Dir.	Directive
DNCG	Direction nationale du contrôle de gestion
DPS	Droit préférentiel de souscription
<i>Dr. et patrimoine</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. fisc.</i>	<i>Droit fiscal</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>Dr. sociétés</i>	<i>Droit des sociétés</i>
EEE	Espace économique européen
égal.	Également
EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
EPI	Entreprise publique industrielle
esp.	Espèces
ESS (loi)	Économie sociale et solidaire
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
EUSRL	Entreprise unipersonnelle sportive à responsabilité limitée
Fasc.	Fascicule
FIA	Fonds d'investissement alternatif
FPS	Fonds professionnels spécialisés
GAFI	Groupe d'action financière ou <i>Financial Action Task Force</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
GIE	Groupement d'intérêt économique
HCJP	Haut comité juridique de la place financière de Paris
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
inf.	Information
<i>infra</i>	Ci-dessous
INPI	Institut national de la propriété industrielle
IR	Impôt sur le revenu
IR	Information rapide
IRS	<i>U.S. Internal Revenue Service</i>
IS	Impôt sur les sociétés
<i>JCl.</i>	<i>JurisClasseur Encyclopédie</i>
<i>J.-Cl. Pénal des affaires</i>	<i>Juris classeur droit pénal des affaires</i>
<i>JCP E</i>	<i>JurisClasseur périodique</i> , édition Entreprise et affaires
<i>JCP G</i>	<i>JurisClasseur périodique</i> , édition Générale

JCP N	<i>JurisClasseur périodique</i> , édition Notariale et immobilière
JCP S	<i>JurisClasseur périodique</i> , édition Sociale
JO	<i>Journal officiel</i> de la République française
JOAN Q	<i>Journal officiel – Assemblée nationale</i> (Réponses ministérielles à questions écrites)
JO Sénat Q	<i>Journal officiel – Sénat</i> (Réponses ministérielles à questions écrites)
JOUE	<i>Journal officiel de l’Union européenne</i>
<i>Journ. sociétés</i>	<i>Journal des sociétés</i>
jurispr.	Jurisprudence
KYC	<i>Know Your Customer</i>
KYCC	<i>Know Your Customer of Your Customer</i>
L.	Loi
LBO	<i>Leveraged buy-out</i>
LCC	<i>Limited Liability Company</i>
LEDC	<i>L’Essentiel Droit des contrats</i>
LEDEN	<i>L’Essentiel Droit des entreprises en difficulté</i>
<i>Lettre d’actua. Proc. civ. et com.</i>	<i>Lettre d’actualité des procédures civiles et commerciales</i>
<i>Lexbase Hebdo éd. aff.</i>	<i>Lexbase Hebdo édition affaires</i>
LLP	<i>Limited Liability Partnership</i>
LLLP	<i>Limited Liability Limited Partnership</i>
LTD	<i>Limited</i>
L. fin.	Loi de finances
LMBO	<i>Leveraged management buy-out</i>
LME (loi)	Loi de modernisation de l’économie
<i>loc. cit</i>	<i>Locus citatis</i>
LPA	<i>Les Petites affiches</i>
<i>Loyers et copr.</i>	<i>Loyers et copropriété (lexis)</i>
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
<i>Mél.</i>	<i>Mélanges</i>
MLP	<i>Master Limited Partnership</i>
<i>Navis actu. affaires</i>	<i>Actualités droit des affaires de Francis Lefevbre</i>
NRE	Loi Nouvelles régulations économiques
NYSE	New York Stock Exchange
OBO	<i>Owner buy-out</i>
obs.	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OHADA	Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
OPA	Offre publique d’acquisition
OPM	Officier public ministériel
<i>Option. fin.</i>	<i>Option finance</i>

OPV	Offre publique de vente
OPCI	Organisme de placement collectif immobilier
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatis</i>
Ord.	Ordonnance
Pan.	Panorama
PASS	Plafond annuel de la Sécurité sociale ou prélèvement à la source
PE et Cons. UE	Parlement européen et Conseil de l'Union européenne
PEE	Plan épargne entreprise
PI	Propriété intellectuelle ou industrielle
PLC	<i>Public limited company</i>
PME	Petites et moyennes entreprises
prat.	Pratique
préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
QE	Question écrite
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
RCS	Registre du Commerce et des Sociétés
<i>RD bancaire et Bourse</i>	<i>Revue droit bancaire et Bourse</i>
<i>RD bancaire et fin.</i>	<i>Revue droit bancaire et financier</i>
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDF	<i>Revue de droit fiscal</i>
Recomm.	recommandation
Rép. min.	Réponse ministérielle
RES	Rachat d'entreprise par les salariés
<i>Rev. dr. banc. et financier</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>Rev. Lamy dr. aff.</i>	<i>Revue Lamy Droit des affaires</i>
<i>Rev. Lamy dr. civ.</i>	<i>Revue Lamy Droit civil</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
RFN	<i>Revue fiscale notariale</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
RJDA	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
RLDA	<i>Revue Lamy Droit des affaires</i>
RLDC	<i>Revue Lamy Droit civil</i>
RLLP	<i>Registered Limited Liability Partnership</i>
RSE	Responsabilité sociétale des entreprises
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i>
RTDF	<i>Revue trimestrielle de droit financier</i>
SA	Société anonyme
SAOS	Société anonyme à objet sportif
SARL	Société anonyme à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée

SASP	Société anonyme sportive professionnelle
SASU	Société par actions simplifiée unipersonnelle
SCA	Société en commandite par actions
SCI	Société civile immobilière
SCP	Société civile professionnelle
SCS	Société en commandite simple
SE	Société européenne
SEDC	Société d'exercice de droit commun
Sén.	Sénat
SEL	Société d'exercice libéral
SELAFA	Société d'exercice libéral à forme anonyme
SELARL	Société d'exercice libéral à responsabilité limitée
SELARLU	Société d'exercice libéral à responsabilité limitée unipersonnelle
SELAS	Société d'exercice libéral par actions simplifiée
SELASU	Société d'exercice libéral par actions simplifiée unipersonnelle
SELCA	Société d'exercice libéral en commandite par actions
SELURL	Société d'exercice libéral unipersonnelle à responsabilité limitée
SEMSL	Société d'économie mixte sportive locale
SEP	Société en participation
Sicovam	Société interprofessionnelle pour la compensation des valeurs mobilières
SLP	Société de libre partenariat
SNC	Société en nom collectif
SPE	Société du pluriprofessionnelle d'exercice
spéc.	Spécialement
SPFPL	Société de participations financières de professions libérales
ss dir.	Sous la direction de
suppl.	Supplément
<i>Supra</i>	Ci-dessus
TA	Tribunal administratif
th.	Thèse
T. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
TUP	Transmission universelle de patrimoine
UE	Union européenne
UJA	Union des jeunes avocats
v.	Voir
vol.	Volume
vs.	<i>Versus</i>
V°	Verbo

# SOMMAIRE

---

<b>Liste des abréviations .....</b>	<b>5</b>
<b>Préface de la première édition publiée en 2003.....</b>	<b>15</b>
<b>Préface de la seconde édition.....</b>	<b>17</b>
<b>Avant-propos .....</b>	<b>19</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>25</b>
<b>Chapitre 1</b>	
<b>Principes généraux.....</b>	<b>35</b>
I. Statuts ou pactes d'actionnaires? .....	35
A. Validité .....	35
B. Efficacité.....	37
II. Mécanismes d'aménagements .....	44
A. Mentions obligatoires.....	44
B. Dispositions légales impératives .....	46
C. Aménagements des dispositions légales.....	46
<b>Chapitre 2</b>	
<b>Aménagements statutaires .....</b>	<b>67</b>
I. Modalités de stipulation statutaire .....	67
A. Avantages particuliers .....	67
B. Actions de préférence .....	69
II. Privilèges politiques.....	89
A. Privilèges d'information.....	89
B. Privilèges de contrôle périphérique .....	89

C. Privilèges de contrôle dans le cadre des organes de gestion ou de surveillance.....	90
D. Aménagement du droit de vote .....	94
III. Contrôle du capital.....	97
A. La clause d'agrément.....	97
B. Les clauses de préemption statutaires .....	99
C. Les clauses d'inaliénabilité ou de libre cessibilité.....	101
IV. Privilèges financiers .....	101
A. La prohibition des clauses d'intérêt fixe.....	101
B. Le dividende prioritaire.....	102
C. Droits privilégiés sur le capital .....	105

### Chapitre 3

<b>Les pactes d'actionnaires</b> .....	107
I. Clauses visant à contrôler les pouvoirs politiques.....	108
A. Clause d'information.....	108
B. Contrôle périphérique.....	110
C. Clauses d'ingérence limitée.....	112
D. Clauses organisant la présence dans les organes de la société.....	113
E. Responsabilités liées à l'implication dans la gestion de la société.....	114
II. Clauses visant à contrôler la répartition du capital social.....	150
A. Contrôle des équilibres existants.....	150
B. Contrôle de l'évolution des équilibres préétablis: les clauses de préemption et de préférence .....	154
C. La clause de sortie conjointe.....	163
D. Renforcement conventionnel de l'efficacité des clauses précédentes.....	169
E. Protection contre le risque de dilution de sa participation.....	172
III. Clauses particulières.....	178
A. Clause de non-concurrence.....	178
B. Clause de « sortie pactée ».....	180
C. Clause de « <i>good/bad leaver</i> » .....	181

### Chapitre 4

<b>Société par actions simplifiée</b> .....	183
I. Système normatif .....	186
II. Constitution .....	187
A. Associés.....	187
B. Capital social .....	188

III. Liberté d'organisation de la SAS .....	188
A. Liberté dans l'organisation des pouvoirs .....	189
B. Liberté dans l'organisation des relations entre associés.....	202

## Chapitre 5

<b>Les sociétés régulées ou spéciales</b> .....	205
I. Les sociétés sportives.....	205
A. Les caractéristiques des sociétés sportives.....	207
B. Les contraintes des sociétés sportives .....	211
II. Les sociétés des professions réglementées .....	214
A. Des SEL et SPFPL nouvelle génération.....	215
B. L'avènement des sociétés de droit commun .....	217
C. Des activités commerciales accessoires et la fin de l'unicité d'exercice .....	218
D. La Société Pluriprofessionnelle d'Exercice (SPE) .....	220
III. La Société de Libre Partenariat (SLP) .....	228

## Chapitre 6

<b>L'évolution de l'actionariat</b> .....	235
I. Les bénéficiaires effectifs ou la levée de l'anonymat de l'actionariat .....	237
II. Les pouvoirs des actionnaires.....	244
III. Le nouveau régime de la protection du secret des affaires .....	250

## Chapitre 7

<b>Le rôle sociétal de la société ou la notion d'entreprise citoyenne (Loi PACTE)</b> .....	257
I. La réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil (L. PACTE, art. 169).....	260
A. L'intérêt social.....	260
B. Les enjeux sociaux et environnementaux .....	262
C. La raison d'être .....	264
D. La société à mission (L. PACTE, art. 176) .....	266
E. Le contrat de partage de plus-value (L. PACTE, art. 162).....	269
II. Les autres modifications envisagées en droit des sociétés.....	270
A. L'obligation de désignation du commissariat aux comptes.....	270
B. Les modifications envisagées en droit des entreprises en difficulté .....	273
C. Les modifications concernant les actions de préférence .....	277
D. Les modifications concernant les conventions réglementées .....	278
E. La transparence des rémunérations .....	282

F. Le fonds de pérennité (L. PACTE, art. 177)..... 283  
G. Réforme des administrateurs..... 286

**Chapitre 8**

**L'approche anglo-américaine des sociétés  
et du pacte d'actionnaires..... 291**

---

I. Le droit américain des sociétés..... 291  
A. Origines..... 291  
B. Principes de base..... 296  
C. La tendance actuelle: une forme hybride, la *Limited Liability Company*..... 306  
II. Le droit anglais des sociétés..... 308  
A. Les *partnerships*..... 309  
B. Les « *companies* »..... 310  
III. Les exemples des droits luxembourgeois, belge et néerlandais des sociétés..... 313

**Annexes..... 317**

---

**Annexe 1**

**Statuts de société par actions simplifiée..... 319**

---

**Annexe 2**

**Clausier..... 349**

---

**Annexe 3**

**Bylaws..... 407**

---

**Bibliographie..... 417**

---

**Index..... 423**

---

# PRÉFACE DE LA PREMIÈRE ÉDITION PUBLIÉE EN 2003

---

Il convient de saluer, comme il le mérite, le bel ouvrage que Maître POITRINAL vient de publier sous le titre *La révolution contractuelle du droit des sociétés, dynamique et paradoxes*. Ce praticien du droit, dont l'expérience des réalités économique est affirmée, a consacré plusieurs ouvrages remarquables aux problèmes de l'entreprise, et les lecteurs ne seront pas déçus par cette nouvelle étude de grande actualité. Cette problématique fondamentale en droit des sociétés, entre « institutionnel » et « contractuel », entre les décrets impératifs et la liberté contractuelle des associés, est au cœur, directement ou indirectement, des débats actuels.

Il s'agit des rapports difficiles existant entre, d'une part, des pouvoirs publics soucieux d'assurer la sécurité juridique et la protection de divers intérêts par des règles précises et contraignantes et, d'autre part, des fondateurs et responsables d'entreprises souhaitant s'associer librement.

Or cette dernière démarche constitue le moteur essentiel de l'économie libérale. La richesse ainsi créée profite à ceux qui non seulement prennent les risques d'entreprendre, mais aussi leur sont associés, leur apportent leur épargne, aux salariés, aux fournisseurs, à l'environnement de l'entreprise, et plus largement aux marchés financiers.

Toutefois, dans cette course vers une efficacité et une rentabilité toujours plus grandes, des dérives et des abus peuvent intervenir et l'autodiscipline ne suffit pas. L'État, dont la puissance économique est en partie fondée sur la prospérité de ces entreprises, se doit donc d'établir des règles qui réalisent un juste équilibre entre les intérêts en cause et d'assurer la loyauté et la transparence des rapports entre acteurs économiques.

Cette exigence n'est contestée dans aucun pays et le Traité de Rome a d'ailleurs prévu que des directives soient élaborées pour assurer en droit des sociétés « *la protection des associés et des tiers* » (art. 34-3 g).

Les principales critiques ne tiennent donc pas tant à la protection elle-même qu'à l'importance de la réglementation qui lui est consacrée. Le législateur de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a fait le choix d'une contrainte maximale qui se caractérise par une réglementation très détaillée imposant aux fondateurs et dirigeants des obligations multiples dont le non-respect est sanctionné pénalement.

Toutefois, à la suite des crises pétrolières des années 1970 et d'une concurrence étrangère de plus en plus forte, le législateur a décidé d'alléger, par une série de réformes successives, la réglementation du droit des sociétés pour que celle-ci ne soit pas une entrave à leur dynamisme. Ce paradoxe français, consistant à assouplir

un système en le réglementant – atavisme féodal que le centralisme jacobin s’est bien gardé de réformer –, trouve encore confirmation dans la récente loi relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), empreinte tout à la fois d’un esprit libéral et dirigiste.

La démarche des praticiens, qui depuis plusieurs années cherchaient à pallier la rigidité du droit français par de grands efforts d’imagination dans la rédaction des statuts et par l’élaboration de conventions extrastatutaires, s’en est trouvée confortée et renforcée ; en particulier depuis que la réforme de la société par actions simplifiée a consacré, pour la première fois, la prééminence de la liberté contractuelle sur une règle légale pour une fois discrète.

Il convient cependant que l’entrepreneur, à qui il appartient dorénavant d’établir son propre « cadre », se garde d’en tirer la conclusion hâtive que toute difficulté est aplanie. Au-delà des règles légales impératives, les solutions contractuelles retenues doivent respecter les principes de loyauté et d’équité et ne pas présenter un caractère abusif à l’égard d’un associé ou d’un tiers. À défaut d’une démarche éclairée et prudente, le risque est grand de voir naître des contentieux sur la validité des clauses statutaires ou des accords contractuels, ce qui aurait des conséquences sérieuses pour le fonctionnement de l’entreprise.

Dès lors, on comprend le grand intérêt du présent ouvrage qui entend être un guide pratique et sûr pour les entrepreneurs et leurs conseils en répondant aux questions les plus diverses, en décrivant les moyens permettant de réaliser les aménagements souhaités, précisant la portée des textes légaux les plus récents et la liberté de manœuvre qu’ils autorisent.

L’ouvrage fait aussi œuvre de doctrine au service de la pratique en rappelant les grands principes du droit des sociétés dont l’auteur de solutions contractuelles doit nécessairement tenir compte. Enfin, un dernier chapitre est consacré au droit anglo-américain dont la connaissance apparaît aujourd’hui indispensable à la compréhension d’une discipline en pleine évolution.

À cet égard, qu’il soit permis d’exprimer le vœu que les graves difficultés qu’ont rencontrées, au cours de 2001-2002, certaines grandes entreprises américaines, amenant les pouvoirs publics des États-Unis à dénoncer diverses pratiques de gestion, de comptabilité et de contrôle, ne conduisent pas le législateur français à revenir sur l’évolution si nécessaire et souhaitée de notre droit des sociétés vers plus de souplesse.

Il convient avant tout que les textes allégés qui consacrent les solutions essentielles pour réguler la vie économique soient respectés, que les organes de contrôle et les juges en fassent une application mesurée et éclairée, et surtout, que les auteurs économiques, par leur comportement, se montrent capables et dignes de prendre en main leur destin.

**Pierre Bézard**

Docteur en Droit

Président honoraire de la Chambre commerciale,  
économique et financière de la Cour de cassation

# PRÉFACE DE LA SECONDE ÉDITION

---

La révolution contractuelle du droit des sociétés-saison 2. François-Denis POITRINAL aura eu beaucoup de chance de pouvoir écrire aujourd'hui, après une première édition datant de 2003, l'acte 2 d'une révolution... qui dure. L'on sait que les révolutions ont la particularité de passer. Comme les modes au sens où Cocteau disait qu'elles sont vite démodées. Or la révolution contractuelle paraît ne pas vieillir. Ceci se voit dans des chapitres de la précédente édition revus pour prendre en considération les nouvelles illustrations du phénomène. Comme si l'on rouvrait de bonnes bouteilles pour y glisser le nouvel alcool des dernières vendanges : ainsi en va-t-il des pactes d'actionnaires, des actions de préférence et de la SAS qui sont les lieux par excellence de la révolution contractuelle.

Mais François-Denis POITRINAL avait une sorte de doute, qu'il exprimait déjà dans la première édition, *mezzo voce*, en sous-titre de son ouvrage : « dynamique et paradoxes », car peut-être le courant de ce grand fleuve contractuel connaissait-il des ruptures, des retours en arrière. Peut-être ce grand fleuve ne se jetait-il pas dans la mer tout simplement, mais serpentait-il dans le dessin tortueux et compliqué d'un grand delta ? Et ce doute s'expliquait car, comme l'écrivait le Président Pierre BÉZARD dans sa préface à la première édition de cet ouvrage, il y a un « *paradoxe français consistant à assouplir un système en le réglementant, atavisme féodal que le centralisme jacobin s'est bien gardé de réformer...* ». Peut-être, aujourd'hui, faut-il même aller au-delà de ce centralisme bien français pour découvrir un substitut américain qu'est la *compliance* qui, à son tour, contrôle et surveille. Les deux auteurs – puisqu'ils sont deux maintenant, François-Denis POITRINAL, qui pratique de longue date son métier d'avocat dans le *private equity*, et Bastien BRIGNON, universitaire bien connu – l'ont bien compris, et s'attachent à décrire des règles, qui sont l'expression d'une nouvelle vague juridique, pas si contractuelle que cela : le régime juridique du bénéficiaire effectif, de la protection relative du secret des affaires ou du projet PACTE réformant la définition du contrat de société dans un sens plus institutionnel. Tels sont les paradoxes nouveaux, qui s'ajoutent aux anciens.

Autre bonne idée nouvelle des auteurs, une description courte et efficace des sociétés américaines et anglaises, dont on sait combien elles inspirent notre législateur.

Mais revenons en France, car c'est là que cet ouvrage dans sa seconde édition sera particulièrement précieux. Cet ouvrage prend appui sur les trois piliers essentiels de la révolution contractuelle que sont les pactes extrastatutaires, les actions de préférence et les SAS.

Les pactes extrastatutaires sont sans doute les ancêtres de cette révolution. À côté de la SA ou de la SARL, c'est là que les associés ont pris l'habitude de régler contractuellement leur vie commune, pour la partie de cette vie commune qui peut échapper au droit des sociétés relevant du Code de commerce. Mais que la frontière est délicate à tracer entre ce qui est possible et ce qui ne l'est pas. Et l'aide de nos deux auteurs, qui connaissent ces périls de près, est tout particulièrement utile. Comme elle l'est pour définir les libertés que permettent les actions de préférence.

La SAS, qui est l'aboutissement ultime de ce renouveau contractuel, pose naturellement les questions les plus difficiles, puisqu'il s'agit de faire tenir en la forme sociétaire des clauses statutaires souvent très originales, qu'il s'agisse de la répartition des pouvoirs au sein de la société ou des modalités de cession des titres : mais jusqu'où ce mariage est-il possible ? Les interrogations se sont même multipliées, passé le premier moment d'exaltation contractuelle. Mais, dans le même temps, la pratique a peu à peu tissé les coutumes utiles pour répondre aux questions posées et nos deux auteurs savent nous guider dans ce dédale.

Faut-il ajouter que cette seconde édition reprend les annexes, mises à jour, de l'édition précédente concernant les statuts de SAS ou un clausier de formules contractuelles. Ces annexes rédigées par un spécialiste du *private equity* sont plus qu'un complément. Elles participent du cœur même de l'ambition de cet ouvrage : offrir dans un livre la réalité même de la vie juridique.

**Michel Germain**

Professeur émérite de l'Université Paris II

# AVANT-PROPOS

---

Je suis très sensible au fait que mon ami François-Denis POITRINAL, excellent juriste et fin connaisseur du monde de l'entreprise, lui-même entrepreneur, m'ait demandé de préfacier la deuxième édition de son ouvrage « *La révolution contractuelle du droit des sociétés – dynamique et paradoxes* » : *La révolution contractuelle du droit des sociétés, acte 2 – Vers l'entreprise citoyenne*.

Cette révolution que nous décrit François-Denis POITRINAL, c'est celle de la liberté reconquise par les entreprises, pour s'organiser et aménager leur fonctionnement au quotidien, sur l'interventionnisme étatique et sa volonté de tout réglementer.

La société par actions simplifiée emblématique de cette révolution, née d'une initiative de praticiens réunis au CNPF en 1990, est entrée dans une phase de maturité, veillons à ce que les évolutions nécessaires ne lui fassent pas perdre les spécificités qui fondent cette liberté.

Ce que François-Denis POITRINAL analyse dans son ouvrage est très symptomatique des relations entre l'entreprise et la sphère publique et plus généralement de la place de la liberté en France ; les pouvoirs publics ont toujours eu du mal à admettre d'autres sources de droit que la source étatique et pourtant le contrat est depuis la nuit des temps la base des relations entre ceux qui veulent organiser leurs relations pour entreprendre. Rappelons que le mot liberté est le premier terme de la devise de la République française, mais que ce n'est que relativement récemment que la liberté d'entreprendre a été reconnue en tant que telle par le Conseil constitutionnel et plus tardivement encore la liberté contractuelle. On peut d'ailleurs regretter que le projet un instant envisagé de l'inscrire dans le Préambule de la Constitution ait été abandonné alors que la liberté d'entreprise figure à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Pour moi, cette liberté n'est pas un blanc-seing donné aux entrepreneurs, elle ne peut s'exercer qu'en assumant pleinement les responsabilités qui s'y attachent et qu'en prenant dorénavant en considération les parties prenantes de l'entreprise dont le cercle s'est élargi depuis un certain nombre d'années.

Lorsque j'ai pris la plume en 2007 en réaction à l'apostrophe d'une jeune étudiante « *Salauds de patrons* », c'était pour rechercher les causes de ce désamour envers les « patrons ».

Paradoxalement, cette méfiance à l'égard des dirigeants n'exclut pas des attentes grandissantes de la société civile vis-à-vis de l'entreprise qui s'expliquent en grande partie par l'incapacité ou le renoncement de l'État et de la sphère publique plus globalement à assumer certaines de leurs missions.

L'entreprise est aujourd'hui la seule communauté humaine qui soit capable de s'adapter aux changements à un moment où d'autres institutions se trouvent remises en cause.

Ces attentes sont encore exacerbées par la crainte de la révolution que constituent la digitalisation et l'« ubérisation » de l'économie et de la société à laquelle les citoyens ne sont pas préparés, et ceci dans un contexte général de défiance vis-à-vis de la démocratie et des relais institutionnels.

Notre première responsabilité est de former nos salariés afin qu'ils puissent s'adapter et évoluer positivement dans ce nouvel environnement au lieu de le subir et de les associer plus étroitement au partage de la valeur, clef de la réussite de l'entreprise.

Au-delà du contrat qui nous lie à eux, nos salariés attendent que l'entreprise constitue un lieu de vie où ils puissent s'épanouir.

Certaines entreprises vont même jusqu'à nommer un *chief happiness officer*, c'est-à-dire un professionnel du bien-être au travail. Si ce phénomène peut prêter à sourire, il est révélateur de ces attentes. Mais plus sérieusement ceux d'entre eux qui, de par leur formation, peuvent choisir leur employeur, souhaitent aujourd'hui s'engager dans des entreprises qui agissent et se développent dans le respect de certaines valeurs telles que la reconnaissance, la confiance, le courage, l'intégrité et l'utilité.

Ce sont ces attentes, ces interrogations qui ont conduit le gouvernement, fin 2017, à reposer la question de l'objet social et de la raison d'être des sociétés.

Ce défi qui nous est lancé de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux dans la réalisation de notre objet social au-delà des seuls intérêts des associés ou actionnaires, beaucoup d'entreprises – quelle que soit leur taille – n'ont pas attendu pour le relever.

Leurs engagements en matière de RSE constituent à cet effet un outil efficace d'intégration des enjeux environnementaux et sociaux au cœur de la stratégie de l'entreprise et de sa gestion.

J'ai souhaité, et le Conseil exécutif du Medef m'a appuyé dans cette démarche, définir la raison d'être du Medef « Agir ensemble pour une croissance responsable ».

Il nous appartient aujourd'hui, tous ensemble, de trouver le bon équilibre entre la société contractuelle et la société institutionnelle.

Cela suppose que l'État et les parties prenantes de l'entreprise s'engagent également, fassent confiance aux entrepreneurs et respectent leur liberté d'organisation.

Ces engagements réciproques doivent constituer la base d'un nouveau contrat social entre l'entreprise, l'État et les différentes parties prenantes en relation avec l'entreprise.

Relever ce défi implique que l'État soit capable de limiter son intervention aux nécessités imposées par l'intérêt général : protéger le plus faible, donner à chacun un accès à l'information qui lui donnera la capacité à agir et s'abstienne de toutes

ces interventions inutiles, souvent contradictoires, facteur d'instabilité et de frilosité à s'engager.

Cela suppose également que les différentes parties prenantes partenaires de l'entreprise jouent le jeu d'un dialogue direct et sans tabou, comme celui que nous avons ouvert sur l'économie avec les syndicats, hors de la sphère de la négociation sociale, et comme celui que nous venons d'amorcer, à mon initiative, avec un certain nombre d'ONG. Ces relations doivent être placées sous le signe d'une transparence réciproque mais raisonnée, car l'entreprise est fragile et doit pouvoir se protéger lorsque cela est nécessaire afin, notamment, de ne pas se fragiliser vis-à-vis de ses concurrents étrangers.

Ces responsabilités élargies assumées par l'entreprise doivent garantir que la liberté contractuelle, objet de cet ouvrage, s'accompagne de la mise en place de règles de bonne gouvernance et d'équilibre des pouvoirs.

Afin de nous donner toutes les chances de relever ces différents défis et de réaliser ce nouvel objet social, il est indispensable que les jeunes générations soient formées à l'économie et à l'entreprise, sans préjugés, à l'abri de toute idéologie politique.

Nous voyons chaque jour que les jeunes, au-delà d'un emploi, recherchent les entreprises qui sauront leur donner envie de s'engager pour une transformation de notre société.

Nous ne devons pas les décevoir.

**Geoffroy Roux de Bézieux**

Président du Mouvement des entreprises de France