

La SAS à capital variable, une piste pour la respiration de l'actionnariat des sociétés familiales

Après une transmission d'entreprise familiale, certains minoritaires peuvent se sentir prisonniers des titres qu'ils ont reçus. Prévoir un capital variable permet de faire assurer par la société elle-même la reprise de ces titres.



Par Bruno Pichard, avocat associé, Pichard & Associés

On sait qu'une SAS peut avoir un capital variable à la hausse comme à la baisse en fonction des entrées et sorties d'associés. Selon l'article L. 231-5 du Code de commerce, les statuts doivent stipuler une limite basse en dessous de laquelle le capital social ne peut être réduit. Cette somme ne peut être inférieure ni au dixième du capital social stipulé dans les statuts ni au montant minimal du capital exigé pour la forme de la société considérée. Dans le cas des SAS pour lesquelles la loi ne prévoit pas de capital social minimal, seule la limite du

dixième du capital social s'applique donc. Les textes ne prévoient pas de limite à la hausse du capital social. La Cour de cassation a toutefois jugé que cette hausse ne devait pas excéder le montant maximum du capital autorisé figurant dans les statuts.

1. Une réponse à un besoin de liquidité

Prévoir un capital variable permet une admission ou une sortie des associés plus simple. En particulier, dans les limites de variabilité du capital, ces entrées et sorties se font sans modification des statuts et sans formalités de dépôt ou de publicité. Il s'agit

cependant là d'avantages mineurs.

Surtout, l'associé qui se retire a alors, selon l'article L. 231-1 du Code de commerce, le droit de reprendre ses apports. Autrement dit, c'est la société elle-même qui supporte la perte de trésorerie résultant de cette reprise et

non pas tel ou tel associé, voire un tiers qui prendrait alors une participation dans la société familiale, ce qui peut se révéler complexe. Par ailleurs, selon l'article L. 231-6 du Code de commerce, chaque associé peut se retirer lorsqu'il le juge convenable, sauf conventions contraires. Il ne dépend donc pas du bon vouloir de ses coassociés dont l'accord pourrait par exemple être nécessaire en cas de réduction de capital, en fonction des dispositions statutaires sur les majorités dans les décisions collectives. On voit qu'au niveau des principes, une SAS à capital variable peut répondre à une préoccupation fréquente dans les sociétés familiales : les associés minoritaires ou très minoritaires redoutent de se trouver détenteurs d'une participation sans vraie liquidité possible si les majoritaires ne souhaitent pas l'assurer. Ces minoritaires peuvent se trouver alors indéfiniment propriétaires d'actifs qui peuvent parfois n'offrir aucun rendement s'il n'y a aucune distribution de dividendes, tout en ayant un coût si la détention de ces titres entre dans l'assiette de l'ISF. Une SAS à capital variable peut leur donner une possibilité de sortie. En outre, la charge financière en résultant n'est alors pas supportée par un autre associé (qui peut ne pas souhaiter assumer une telle charge) mais par la société elle-même.

Il s'agit là d'avantages majeurs qui peuvent rendre intéressant d'étudier la mise en place d'un capital variable.

2. Une flexibilité bienvenue

L'un des aspects les plus délicats sera de déterminer quelles sommes l'associé qui se retire peut récupérer. L'article L. 231-1 du Code de commerce se contente de préciser que la diminution du capital s'effectue par la reprise totale ou partielle des apports. Une lecture littérale du texte conduit alors à ce que la sortie de l'actionnaire ne lui donne droit que de retrouver son investissement initial. Une telle lecture est très pénalisante pour l'associé si la société s'est développée. Il ne bénéficierait en effet pas

Au niveau des principes, une SAS à capital variable peut répondre à une préoccupation fréquente dans les sociétés familiales : les associés minoritaires ou très minoritaires redoutent de se trouver détenteurs d'une participation sans vraie liquidité possible si les majoritaires ne souhaitent pas l'assurer.

des réserves constituées depuis son entrée dans le capital. Une telle interprétation est cependant sans doute trop brutale. Elle n'est retenue ni par la doctrine ni par la jurisprudence (Cass. 3^e civ 12 juin 2002 RJDA 11/02 n° 1159). Il appartient donc aux statuts de fixer les modalités d'évaluation des titres de l'associé qui se retire. La liberté laissée ainsi aux associés peut se révéler utile. Elle nécessite cependant que la clause correspondante des statuts ne puisse pas être modifiée sans l'accord des associés susceptibles d'être intéressés. Dans la mesure où plusieurs d'entre eux pourraient être intéressés et dans la mesure où la sortie de l'un d'entre eux modifierait naturellement le pourcentage du capital qu'ils détiennent, il faudra soit fixer une majorité prenant en compte ces éventuelles autres sorties, soit plus simplement prévoir l'unanimité.

D'un point de vue pratique, la mise en place d'une SAS à capital variable pourrait demander l'unanimité des associés. Si elle est postérieure à la constitution, elle demande une modification statutaire.

Si le droit de retrait est un droit d'ordre public qui ne peut donc être supprimé, il peut être aménagé. Un tel aménagement peut se révéler utile en particulier dans le cadre d'une transmission familiale. Par exemple s'il est nécessaire de respecter des engagements collectifs de conservation de titres. On pourra alors interdire tout retrait pendant la durée de cet engagement. Sa durée étant limitée à deux ans, il est très probable qu'une telle restriction ne sera pas considérée comme contraire au droit de retrait. La jurisprudence n'a en effet sanctionné que des durées beaucoup plus longues. Dans le même ordre d'idée, au cas où la société concernée est une holding de reprise qui s'endette pour racheter la société cible, on pourrait imaginer interdire tout retrait avant une date compatible avec le remboursement des emprunts contractés par cette holding.

3. Des zones de risque

Les SAS à capital variable peuvent cependant présenter certains inconvénients significatifs.

En premier lieu, les sociétés à capital variable restent d'un usage limité. Les textes qui leur sont spécifiques sont brefs et peu de doctrine ou de jurisprudence viennent éclairer les zones d'ombre. Comme pour les SAS en général, il y a donc des incertitudes potentielles et un risque non négligeable qu'en cas de litige, les solutions retenues par un tribunal ne correspondent pas aux attentes des parties.

Il sera en outre nécessaire d'étudier attentivement les conséquences fiscales d'une reprise des apports.

Bien que le texte n'interdise pas un retrait partiel, la doctrine, par une référence constante à l'associé sortant, semble considérer qu'un associé ne pourrait pas reprendre une fraction de ses apports et rester associé pour le reste. Des retraits partiels pourraient donc ne pas être possibles. Il y aurait là un manque de flexibilité qui pourrait être pénalisant dans une société familiale. Par ailleurs, le texte visant la reprise des apports, on peut en déduire qu'en cas d'apport en nature, cet apport en nature doit être récupéré par l'associé qui se retire. Dans le cas d'une société familiale pour laquelle une holding de reprise aurait été constituée et pour laquelle cette holding aurait bénéficié de l'apport en nature de titres de la société familiale, la sortie de l'un des apporteurs conduirait la holding à ne plus détenir les titres de la société familiale ainsi repris. Une telle situation pourrait poser des problèmes majeurs.

Enfin d'un point de vue pratique, la mise en place d'une SAS à capital variable pourrait demander l'unanimité des associés. Si cette mise en place a lieu dès l'origine, elle découle de la nécessité d'obtenir l'accord de tous lors de la signature des statuts. Si cette mise en place est postérieure à la constitution, elle demande une modification statutaire. Quelles que soient les dispositions statutaires à cet égard, et en particulier même s'il était prévu que les statuts peuvent être modifiés à une majorité plus faible que l'unanimité, il pourrait être nécessaire d'obtenir une telle unanimité. En effet, selon l'article L. 231-6 du Code de commerce, «l'associé qui cesse de faire partie de la société, soit par l'effet de sa volonté, soit par suite de décision de l'assemblée générale, reste tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de sa retraite». Il pourrait y avoir là une augmentation des engagements des associés et une telle augmentation demande l'accord de tous. ■