

La société par actions simplifiée : une forme juridique appropriée pour les établissements de crédit ?

THIERRY SAMIN
Direction des affaires juridiques
Société générale
Secrétaire général de l'ANJB



A la mémoire du professeur Eugène Schaeffer

La société par actions simplifiée (SAS) est une forme sociale actuellement en vogue en raison des avantages qu'elle procure. Pourtant, très peu d'établissements de crédit ont jusqu'à présent opté pour cette forme. La présente contribution tend à démontrer que nombre d'établissements de crédit et, plus généralement, de prestataires de services d'investissement, pourraient avoir intérêt à tourner leurs regards vers cette forme sociale pleine d'attraits qui est loin d'être incompatible avec le métier de banquier.

L'article 1^{er} de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, codifié à l'article L 511-1 du Code monétaire et financier (CMF), définit les établissements de crédit comme «des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque»¹. Cette définition exclut, sans ambages, qu'une personne physique puisse exercer l'activité de banquier dans le cadre d'une entreprise individuelle. La solution, transposée du droit communautaire exigeant que les établissements de crédit aient des fonds propres distincts², contraste avec celle qui prévalait sous l'empire des lois des 13 et 14 juin 1941. De fait, la loi n° 2532 du 13 juin de 1941 relative à la réglementation et à l'organisation de la profession bancaire ne prévoyait de restriction quant à la forme juridique des banques qu'en ce qui concernait celles constituées sous forme de société. L'article 6 de la loi du 13 juin 1941 posait en effet en règle que les sociétés ayant pour objet le commerce de banque ne pouvaient être constituées que sous la forme de société en nom collectif, de société en commandite simple ou par actions ou de société anonyme à capital fixe³. La forme de société à responsabilité limitée, ainsi que celle de société anonyme à capital variable⁴ et de GIE était par conséquent exclue⁵.

Cela étant, en vertu du principe inscrit à l'article V de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, selon lequel tout ce qui n'est pas interdit

est permis⁶, on en avait justement déduit que les banques pouvaient également être exploitées sous forme d'affaires personnelles⁷. Reste qu'en pratique, plus aucune personne physique n'exerçait l'activité de banquier à la veille de l'entrée en vigueur de la loi de 1984, si ce n'est quelques établissements financiers au sens de la loi n° 2533 du 14 juin 1941 qui pouvaient du reste, faut-il le rappeler, adopter n'importe quelle forme sociale⁸ en raison de leur compétence limitée⁹. En définissant les établissements de crédit comme des personnes morales¹⁰, l'article L 511-1 du CMF exclut désormais clairement de son domaine les personnes physiques¹¹ ainsi que les sociétés en participation. Mais c'est la seule certitude qui résulte de ce texte qui ne donne pas de précision sur la forme sociale pouvant être retenue. Aucune forme juridique particulière n'étant imposée par le Code¹², contrairement aux textes régissant, par exemple, les entreprises d'assurance¹³, les établissements de crédit ont-ils pleine liberté de choix ? Assurément pas.

En effet, conformément aux dispositions de l'article L 511-10 alinéa 2 du CMF (ancien art.15 al. 2 de la loi de 1984)¹⁴, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) se doit de vérifier, au cas par cas¹⁵, l'adéquation de la forme juridique de l'entreprise à l'activité projetée¹⁶. Autant dire qu'il faut avoir égard à la «jurisprudence» du Comité qui apporte les éclaircissements nécessaires sur la forme juridique adé-

quate. Observons d'emblée que le Comité refuse qu'un établissement de crédit puisse se constituer sous la forme associative¹⁷, le but non lucratif, diacritique de l'association, jurant par trop avec le métier de banquier gouverné par la recherche du profit.

En pratique, le Comité a jusqu'à présent agréé¹⁸ :

- en qualité de banque, des sociétés commerciales régies par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 codifiée, qu'il s'agisse de sociétés de capitaux ou de sociétés de personnes, de sociétés à risque limité ou à risque illimité, à l'exception de sociétés à responsabilité limitée ;
- en qualité de banque mutualiste ou coopérative, de caisse d'épargne et de caisse de crédit municipal, des établissements soumis aux différents statuts légaux spéciaux prévus pour ces catégories¹⁹ ;
- en qualité de société financière, des sociétés coopératives régies par les lois du 13 mars 1917 codifiée et du 10 septembre 1947 ainsi que des sociétés commerciales, notamment des SARL²⁰ ;
- enfin, en qualité d'institution financière spécialisée, des sociétés anonymes et des établissements publics.

Il est important de souligner, comme le fait chaque année le CECEI dans son rapport²¹, que *«la réglementation bancaire ne prévoit pas de traitement particulier, notamment en matière de capital minimum et de ratios prudentiels, pour les sociétés dont, selon le droit commercial, les associés – ou certains d'entre eux – répondent solidairement et indéfiniment des dettes sociales. La responsabilité indéfinie et solidaire des associés en nom ou d'une société en commandite constitue toutefois un élément d'appréciation susceptible d'être pris en compte par le Comité lorsqu'il statue sur une demande d'agrément»*. Rien d'étonnant dès lors si les établissements de crédit constitués sous forme de sociétés à risque illimité ne sont pas légion. Il y a bien quelques banques ayant la forme de société en commandite simple²² (Goldman Sachs Paris Inc et Cie, Rothschild et compagnie) ou de société en nom collectif (GE Capital finance, Inchauspé et Cie) mais le gros du bataillon des établissements de crédit²³ est, comme l'avait prophétisé Adam Smith²⁴, constitué de sociétés à risque limité, en particulier de sociétés anonymes²⁵, malgré le manque de souplesse de cette forme sociale.

Face à ce constat, on en vient tout naturellement à se poser la question de savoir si un établissement de crédit peut revêtir la forme beaucoup plus souple de la société par actions simplifiée (SAS) qui n'est, à certains égards, qu'une détrempe de la SA conférant un certain nombre de béatitudes en raison de son caractère contractuel très marqué²⁶.

Sur le plan des principes, rien ne semble s'y opposer sauf lorsque des textes imposent au groupement une forme exclusive de la SAS. Reste qu'un certain nombre de contraintes, imposées notamment par la réglementation bancaire, doivent en tout état de cause être respectées en cas de transformation d'un établissement existant en SAS.

On peut donc considérer la question à deux points de vue : d'abord dans sa structure, sous l'angle des principes, à un point de vue en quelque sorte statique, ensuite dans son fonctionnement, ses modalités d'application, à un point de vue dynamique. L'anatomie ne précède-t-elle pas la physiologie selon une comparaison aussi usuelle qu'approximative²⁷ ?

I La possibilité pour un établissement de crédit de revêtir la forme d'une société par actions simplifiée

Le principe (1) souffre un certain nombre d'exceptions (2).

1. Le principe

Dès la parution de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée, la question s'est posée de savoir si un établissement de crédit avait la possibilité de revêtir cette nouvelle forme sociale pleine d'attraits.

La réponse tombait sous le coup du bon sens : la SAS étant un groupement personnifié jouissant de la personnalité morale à compter de son immatriculation, elle constituait sans contredit une forme sociale en principe éligible au statut d'établissement de crédit.

Restait cependant au Comité des établissements de crédit à faire connaître sa position. Il procéda, dès sa séance du 26 septembre 1994, à un premier échange de vues sur la question avant de fixer sa doctrine lors de l'une de ses dernières séances de l'année 1994. Depuis lors, le Comité a son siège fait et sa position est exposée, chaque année, dans son rapport annuel.

Que lit-on dans son rapport annuel depuis 1994²⁸ ? Que *«dès la mise en vigueur de la loi n° 94-01 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée, le Comité a examiné les questions que pourrait poser l'adoption éventuelle par un établissement de crédit de la forme de SAS»* et que *«s'il ne lui est pas apparu qu'elle puisse constituer un obstacle de nature à rendre impossible l'exercice d'une activité bancaire, le Comité a néanmoins estimé que, compte tenu de la très grande souplesse qui caractérise cette forme juridique, des précautions particulières devaient être prises pour rendre possible l'appréciation que la loi bancaire (désormais codifiée dans le CMF) lui demande de faire de la qualité des apporteurs de capitaux et des dirigeants d'un établissement de crédit»*. C'est pourquoi le Comité exprime le souhait *«que l'organisation et le fonctionnement statutaires des établissements constitués sous cette forme soient conçus de manière à ce que puissent toujours être assurés le respect de la réglementation en ces domaines et, notamment, la possibilité d'exercer les contrôles préalables qui lui incombent»*. Aussi *«a-t-il posé le principe que les établissements de crédit constitués sous cette forme juridique devront s'engager à lui soumettre tout projet de modification de leurs statuts»*. Voilà pour la doctrine du Comité. Reste à examiner si, en pratique, le Comité a accepté d'agréer des SAS en qualité de banque ou de société financière. Pour le savoir, il suffit de se reporter à la liste des établissements de crédit établie et mise à jour périodiquement par le Comité publiée au JO conformément aux dispositions de l'article L 612-2 alinéa 1 du CMF. La dernière en date a été publiée au JO du 5 mai 2001 et l'on constate à sa lecture que si aucune des banques agréées en France au 31 décembre 2000 n'a la forme de SAS, en revanche une quinzaine de sociétés financières revêtent cette forme.

Certaines, comme la Société financière du porte-

monnaie électronique interbancaire, agréée en septembre 1999 par le CECEI, ont notamment pour objet «*toutes opérations de gestion de moyens de paiement, en particulier de porte-monnaie électronique et plus particulièrement d'assurer l'émission et le contrôle des montants monétaires liés au fonctionnement du PME*»²⁹ ; d'autres, à l'instar de CLF Locabail³⁰, de FINIFAC³¹ ou de Prêts et services³² sont autorisées à effectuer certaines opérations de crédit.

Une distinction paraît ainsi, semble-t-il, devoir être effectuée entre les sociétés financières et les banques.

A quoi cela tient-il ? Au fait que la SAS ne peut pas, c'est son infirmité congénitale³³, faire appel public à l'épargne (art. L 227-2 du Code de commerce³⁴) ? On peut, comme nous allons le voir, fortement en douter.

Pour les sociétés financières, le fait de ne pas pouvoir faire appel public à l'épargne n'est à l'évidence pas très gênant. En effet, leurs besoins en fonds propres et en fonds d'emprunt sont beaucoup plus limités que ceux des banques pour la simple et bonne raison que, conformément aux dispositions de l'article L 515-1 du CMF, elles «*ne peuvent effectuer que les opérations de banque résultant soit de la décision d'agrément qui les concerne, soit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont propres*». Par ailleurs, et contrairement aux banques, «*elles ne peuvent recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme, sauf si elles y sont autorisées à titre accessoire dans les conditions définies par le Comité de la réglementation bancaire et financière*». Le règlement n° 98-08 du 7 décembre 1998 du CRBF est venu préciser les conditions dans lesquelles les établissements de crédit, c'est-à-dire notamment les sociétés financières, peuvent émettre des titres de créances négociables lesquels ont, lorsqu'il s'agit de certificats de dépôts négociables, obligatoirement une durée initiale ne devant pas dépasser un an (art. 2 du Règlement n° 98-08). L'émission de certificats de dépôts négociables³⁵ par une société financière lui permet ainsi de recevoir des dépôts à moins de deux ans de terme.

Reste à se demander si, en émettant des titres de créances négociables (TCN), voire des obligations, ce qui semble rare en pratique³⁶, une société (financière en l'occurrence) ne fait pas appel public à l'épargne ce qui lui est formellement interdit (à peine, notamment, de nullité des titres émis en violation de l'interdiction ; cf. art. 1841 C. civ.) si elle est constituée sous forme de SAS. Il est constant que l'émission de TCN ou d'obligations n'est pas, en soi, constitutive d'appel public à l'épargne³⁷. Aussi, une société financière ayant la forme de SAS peut fort bien en émettre. Il lui faut simplement être vigilante dans la mesure où l'appel public à l'épargne est constitué par l'une des opérations suivantes :

- l'admission d'un instrument financier aux négociations sur un marché réglementé ;
- l'émission ou la cession d'instruments financiers dans le public en ayant recours soit à la publicité, soit au démarchage, soit à des établissements de crédit ou des prestataires de services d'investissement (art. L 411-1 du CMF) ;

On rappellera qu'il n'y a toutefois pas appel public à l'épargne en cas de placement privé, c'est-à-dire d'émission ou de cession d'instruments financiers auprès d'investisseurs qualifiés³⁸ (établissements de crédit, entreprises

d'investissement, etc.), ou dans un cercle d'investisseurs inférieur à 100 personnes (art. L 411-2 du CMF et décret n° 98-880 du 1^{er} octobre 1998).

Les TCN et les obligations étant, conformément aux dispositions de l'article L 211-1-I-2° du CMF, des «*instruments financiers*», la société financière constituée sous forme de SAS doit veiller à ne pas sombrer dans l'appel public à l'épargne si elle émet de tels titres. Précisons cependant que l'information relative aux TCN relève d'une réglementation spécifique et que la Cob considère très justement que son rôle se borne au contrôle de cette information, la Banque de France veillant, de son côté, au respect des conditions d'émission³⁹. Le viatique est, en toute hypothèse, de se cantonner au placement privé.

Enfin, la SAS agréée en tant que société financière a également la possibilité d'emprunter en émettant des bons de caisse, pour autant que ceux-ci aient au moins deux ans de terme⁴⁰. Le problème de l'appel public à l'épargne ne se pose alors pas, les bons de caisse n'étant pas considérés comme des «*instruments financiers*» (cf. art. L 211-1-I-2° du CMF).

Reste à envisager le cas des banques. Celles-ci ont une compétence plus large que les sociétés financières puisqu'elles peuvent, en thèse générale⁴¹, effectuer toutes les opérations de banque, jusques et y compris la réception de fonds du public à vue ou à moins de deux ans de terme (art. L 511-9 al. 3 du CMF). Elles fournissent, par ailleurs, la plupart du temps (ce qui est plus rarement le cas des sociétés financières), un ou plusieurs services d'investissement portant sur des instruments financiers, ce qui fait d'elles des prestataires de services d'investissement (art. L 531-1 du CMF définissant ce qu'il est convenu d'appeler les «*PSI*»). Peuvent-elles adopter le statut de SAS ? Sur le plan des principes, absolument rien ne s'y oppose et c'est vainement que l'on tenterait de soutenir que seules les sociétés habilitées à faire appel public à l'épargne peuvent bénéficier du statut de banque. Certes le CECEI juge inadéquate la forme de la SARL s'agissant des banques⁴², mais ce n'est manifestement pas parce que les SARL ne peuvent pas faire appel public à l'épargne dans la mesure où le CECEI accepte, comme on l'a vu, que des sociétés en nom collectif soient agréées en qualité de banque⁴³. Et de fait, l'interdiction de faire appel public à l'épargne n'empêche certainement pas de recevoir des dépôts du public contrairement à ce qui avait pu jadis être soutenu⁴⁴. Il est aujourd'hui hors de conteste qu'une banque a la possibilité de recevoir des fonds du public sans pour autant faire appel public à l'épargne tant il est vrai que ce que vise la réglementation actuelle relative à l'appel public à l'épargne ce sont les moyens utilisés en vue de recueillir des fonds (il y faut un «*instrument financier*») et non la collecte elle-même qui fait l'objet de règles protectrices particulières par le biais du monopole bancaire. Une banque peut ainsi très bien ouvrir des comptes à vue (et/ou titres) à sa clientèle sans qu'il puisse pour autant être considéré qu'elle fait appel public à l'épargne⁴⁵. Les autres opérations de banque, à savoir l'octroi de crédits ainsi que l'émission et la gestion des moyens de paiement, ne soulèvent pas de problème sous l'angle de l'appel public à l'épargne ; à preuve, nombre de sociétés financières constituées sous forme de SAS, agréées par le CECEI, ont précisément pour objet d'effectuer de telles opérations.

Voilà pour les opérations de banque. Quid de la fourniture de services d'investissement ?

La question mérite d'être posée car les services d'investissement portent toujours sur des instruments financiers (art. L 321-1 du CMF). Or, comme on l'a vu précédemment, il n'y a d'appel public à l'épargne possible que s'il y a un instrument financier. Condition certes nécessaire mais non suffisante d'où il résulte que les établissements de crédit et les entreprises d'investissement peuvent fournir un ou plusieurs services d'investissement sans pour autant faire appel public à l'épargne. Les Autorités de tutelle l'ont bien compris à telle enseigne que plusieurs entreprises d'investissement constituées sous forme de SAS ont été agréées par le CECEI pour fournir certains ⁴⁶ des services suivants :

- réception et transmission d'ordres pour compte de tiers ;
- exécution d'ordres pour compte de tiers ;
- négociation pour compte propre ;
- placement, sans qu'il soit distingué par le Comité entre placement simple et placement garanti.

Où l'on voit que ces services d'investissement peuvent être fournis sans qu'il y ait appel public à l'épargne. Et la prise ferme fera-t-on observer ? Aucun prestataire de services d'investissement constitué sous forme de SAS figurant sur la liste arrêtée par les Autorités au 31 décembre 2000 n'avait été autorisé à fournir ce service. Faut-il en conclure que la prise ferme est incompatible avec l'interdiction de faire appel public à l'épargne qui pèse sur les SAS ? Non pas. Certes, la prise ferme comporte un risque d'immobilisation ⁴⁷ (de «colle» selon l'expression consacrée) non négligeable pouvant laisser craindre que le PSI sera amené à faire appel public à l'épargne lorsqu'il se défaussera des titres. Reste que le risque de «colle» existe également en cas de placement garanti ⁴⁸, ce qui n'a pas empêché les Autorités de tutelle d'autoriser des entreprises d'investissement constituées sous forme de SAS à faire du placement. Et c'est heureux. En effet, un PSI peut très bien céder les titres qu'il n'a pu placer (ou qu'il a pris ferme) sans faire appel public à l'épargne. Pour s'en convaincre, il n'est que de relire les dispositions de l'article L 411-2 du CMF.

Quant à la gestion de portefeuille pour compte de tiers, dernier service d'investissement visé à l'article L 321-1 du CMF, une banque constituée sous forme de SAS pourrait sans difficulté être autorisée par les Autorités à fournir ce service à titre accessoire. Dans les groupes bancaires, cette activité est toutefois généralement exercée à titre principal par une société de gestion de portefeuille agréée par la Cob (art. L 532-9 du CMF).

Il n'est pas sans intérêt de relever que l'article 5 alinéa 2 du règlement n° 96-02 sur les prestataires de services d'investissement effectuant une activité de gestion de portefeuille pour le compte de tiers ⁴⁹ prévoit expressément que les SGP peuvent être constituées sous la forme de SAS. Si l'on en croit les statistiques, la Cob estime cette forme juridique adéquate puisque sur les 384 SGP agréées fin 2000, il y avait 21 SAS ⁵⁰.

En ce qui concerne les modes de financement auxquels la banque pourra recourir, ils seront nécessairement limités du fait de l'interdiction, pour les SAS, de faire appel public à l'épargne. Cela dit, il ne faut pas se surfaire cette contrainte que nous avons déjà examinée à propos des sociétés financières. La banque constituée sous forme de SAS devra tout juste veiller à ne pas tomber dans le champ

d'application des dispositions de l'article L 411-1 du CMF lorsqu'elle émettra des instruments financiers. Elle aura, enfin, toujours la possibilité d'émettre des bons de caisse, quelle qu'en soit la durée, sans avoir à se préoccuper du problème de l'appel public à l'épargne. Autant dire qu'une banque ayant la forme de SAS serait parfaitement viable d'autant que, comme tout établissement de crédit, elle aurait accès, pour se refinancer, au marché interbancaire ⁵¹. Bien entendu, la banque ne pourra pas être cotée en bourse, mais cela présentera au moins le mérite de lui éviter d'être «opéable»...

En conclusion, force est de constater qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre la forme de la SAS et le statut de banque. Le CECEI devra donc, conformément aux textes qui lui sont applicables (art. L 511-10 et art. L 532-3 du CMF selon que la banque est ou non prestataire de services d'investissement), se prononcer, dossier par dossier, sur l'adéquation de cette forme juridique avec l'activité de l'établissement requérant.

Voilà pour les principes. Il convient à présent d'examiner les cas dans lesquels la forme de la SAS est en tout état de cause exclue en raisons de textes spécifiques régissant certaines catégories d'établissements de crédit.

2. Les exceptions

Un certain nombre d'établissements, agréés en tant qu'établissements de crédit dans la catégorie des sociétés financières, ne peuvent revêtir, en raison des textes particuliers qui les régissent, la forme de SAS ⁵².

Il s'agit principalement :

- des Sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie (SICOMI) dont l'objet est la location d'immeubles à usage professionnel et les opérations de crédit-bail. L'article 5 de l'ordonnance n° 67-837 du 28 septembre 1967 qui a fixé leurs statuts dispose, en effet, que les SICOMI doivent nécessairement être constituées sous la forme de société anonyme ou de société à responsabilité limitée ⁵³ ;
- dans le sillage des SICOMI, les sociétés agréées pour le financement des télécommunications prévues par l'article 1^{er} de la loi de finances rectificative n° 69-1160 du 24 décembre 1969, qui doivent revêtir la forme de société anonyme ⁵⁴. Ces sociétés sont en voie de disparition puisqu'au 31 décembre 1999, il n'en restait qu'une seule ⁵⁵ ;
- des SOFERGIE qui ont pour objet exclusif de financer, par voie de crédit-bail immobilier et mobilier ou sous forme de location simple des installations ou des matériels destinés à économiser l'énergie, à développer les sources d'énergie de remplacement des hydrocarbures, ou à promouvoir les utilisations du charbon. Ces sociétés, régies par la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur (art. 30) doivent, comme les SICOMI, être constituées sous la forme de SA ou de SARL ⁵⁶. On précisera qu'au 31 décembre 1999, il ne restait plus que 16 SOFERGIE agréées dans l'hexagone ⁵⁷ ;
- des sociétés de crédit différé, régies par la loi n° 52-332 du 24 mars 1952, qui s'applique à «*toutes les entreprises [...] qui consentent des prêts en subordonnant la remise des fonds prêtés à un ou plusieurs versements préalables [...] de la part des intéressés et en im-*

sant à ceux-ci un délai d'attente». Conformément aux dispositions de l'article 7 de la loi de 1952, les opérations de crédit différé ne peuvent être pratiquées que par des sociétés anonymes. Comme l'écrivait Paul Esmein commentant la loi ⁵⁸ : «on a estimé que, pour que le crédit différé soit pratiqué avec succès, il faut qu'il le soit par des entreprises puissantes et peu nombreuses. Cela conduisait à exiger la forme de société et, plus spécialement, de société anonyme». Il faut préciser que le crédit différé ne correspond plus aujourd'hui qu'à une activité de crédit limitée ⁵⁹, le procédé de l'épargne-logement, qui n'est autre qu'une vraie technique de crédit différé, l'ayant en grande partie supplanté ;

- enfin, des sociétés de crédit immobilier, créées en application de la loi Ribot du 10 avril 1908 et actuellement régies par les articles L 422-4 et suivants du Code de la construction, qui sont des organismes HLM nécessairement constitués sous la forme de sociétés anonymes ⁶⁰.

Nous venons d'examiner sous l'angle des principes, par les sommets en quelque sorte, la question de savoir si un établissement de crédit pouvait revêtir la forme d'une SAS. Il convient à présent d'étudier le problème sous l'angle dynamique sachant que, comme le disait Marcel Nast, on ne marche pas du même pas dans les monts et dans les plaines.

II La transformation en SAS d'un établissement de crédit constitué sous une autre forme sociale

Il convient d'avoir égard aux contraintes de la réglementation bancaire (1) ainsi qu'à celles du droit des sociétés (2).

1. Au regard de la réglementation bancaire

Une telle transformation constitue, au sens du règlement n° 96-16 du 20 décembre 1996 du CRBF, une modification de situation juridique de l'établissement de crédit soumise, en tant que telle, à autorisation préalable du CECEI.

En effet, l'article 7 de ce règlement prévoit que «sont soumises à autorisation préalable du CECEI les modifications devant être apportées à la situation des entreprises assujetties portant sur la forme juridique» ⁶¹. La demande d'autorisation doit comporter, conformément aux dispositions de l'article 14 du règlement n° 96-16 précité, «tous les éléments d'appréciation propres à éclairer le CECEI et, le cas échéant le Conseil des marchés financiers et la Commission des opérations de bourse sur les causes, les objectifs et les incidences de la modification devant être apportée». En cas de changement de forme juridique le dossier de demande d'autorisation ⁶² doit, en pratique, comprendre une lettre précisant la ou les autorisation(s) sollicitée(s), un exposé des motifs de l'opération et des objectifs poursuivis ainsi qu'une actualisation de celles des rubriques du dossier type susceptibles de devenir obsolètes. La

demande d'autorisation doit, en outre, être accompagnée du projet de modification des statuts et des éléments d'information nécessaires concernant les organes de gestion. Une fois en possession du dossier complet, le Comité dispose d'un délai de trois mois pour donner ou refuser son autorisation au changement de forme demandé, étant précisé que son silence vaut, passé ce délai, autorisation de sa part ⁶³.

Il convient de préciser que la transformation en SAS d'un établissement de crédit constitué à l'origine sous une autre forme sociale appelle et implique que l'établissement de crédit considéré ne fasse pas appel public à l'épargne. Si l'établissement de crédit faisait appel public à l'épargne, il ne pourra être transformé en SAS que si, au préalable, il est sorti de l'appel public en satisfaisant aux conditions suivantes :

- ses titres ne sont pas ou ont cessé d'être négociés sur un marché réglementé ;
- les titres qui ont fait l'objet d'une opération par appel public à l'épargne sont répartis entre moins de 100 personnes ;
- les titres n'ont pas fait l'objet d'une opération par appel public à l'épargne depuis moins d'un an, ou ont fait l'objet d'une offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire (*squeeze out*).

La perte du statut d'émetteur faisant appel public à l'épargne prend effet à compter de la date de publication d'un avis au Bulletin des annonces légales obligatoires. Cette publication doit être suivie, dans un délai d'un mois, d'un envoi nominatif aux actionnaires ou de la publication d'un communiqué dans un quotidien d'information financière de diffusion nationale, sous la responsabilité de l'émetteur (cf. Règlement n° 98-10 de la Cob relatif à la perte du statut d'émetteur faisant appel public à l'épargne ⁶⁴).

L'établissement devra, par ailleurs, faire en sorte d'avoir au moins deux dirigeants responsables au sens de l'article L. 511-13 alinéa 2 du Code monétaire et financier, ces derniers ne devant pas nécessairement être des représentants légaux ou des mandataires sociaux ⁶⁵. La plupart du temps, les dirigeants responsables de la SAS au sens de la réglementation bancaire sont cependant le président, qui a seul le statut de représentant légal (art. L 227-6 du Code de commerce), et un dirigeant statutaire portant le titre de directeur général ⁶⁶.

Cela nous conduit à envisager les contraintes du droit des sociétés.

2. Au regard du droit des sociétés

Il est tout à fait possible de créer une SAS en transformant une société existante, cette transformation n'entraînant pas la création d'une personne morale nouvelle mais une simple modification des statuts (cf. art. L 210-6 al. 1^{er} du Code de commerce et art. 1844-3 du Code civil). Il est important de souligner que la décision de transformation doit être prise à l'unanimité (*liberum veto*) des associés (art. L 227-3 du Code de commerce). Point de *Compelle intrare* ⁶⁷ dans une SAS par conséquent.

La transformation en SAS d'un établissement de crédit va impliquer, si l'on raisonne sur le cas général d'un établissement de crédit constitué sous forme de société anonyme, outre une modification des statuts, le respect de certaines procédures.

Devront notamment être respectées les dispositions des articles L 225-243 et L 225-244 du Code de commerce. Ainsi l'établissement de crédit constitué sous forme de SA ne pourra se transformer en SAS que si la société, au moment de sa transformation, a au moins deux ans d'existence et si elle a établi et fait approuver par les actionnaires le bilan de ses deux premiers exercices⁶⁸. Voilà pour le respect des dispositions de l'article L 225-243.

Quant à l'article L 225-244, il impose un rapport des commissaires aux comptes attestant que le montant des capitaux propres est au moins égal à celui du capital social⁶⁹.

En revanche, l'intervention de commissaires à la transformation n'est pas nécessaire. Il est vrai qu'avant la promulgation de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), la question avait pu être débattue en doctrine⁷⁰. La loi NRE a mis le sceau à la discussion, la procédure de l'article L 224-3 du Code de commerce (tel que modifié par l'art. 100 de la loi du 15 mai 2001 susvisée) ne s'appliquant désormais qu'en cas de transformation «*en une des formes de sociétés par actions d'une société d'une autre forme*». La SAS étant, comme son nom l'indique, une société par actions (même s'il s'agit de la seule société par actions à ne pas avoir d'actionnaires...), il en résulte que si un établissement de crédit constitué sous forme de société anonyme (ou de société en commandite par actions) souhaite se transformer en SAS, il n'a pas à respecter la procédure de l'article L 224-3.

Voilà pour les formes. Il ne reste plus qu'à mettre tout ce qui précède en forme, en forme de conclusion s'entend. Récapitulons :

1° Les établissements de crédit sont nécessairement des personnes morales et l'on ne peut que s'en féliciter. En effet, comme l'a si joliment dit le doyen Carbonnier⁷¹, «*Le droit ne marcherait pas droit s'il ne chaussait le cothurne étroit de la forme*». Les banquiers l'ont bien compris eux qui, de toute antiquité, se sont constitués sous forme de sociétés⁷².

2° Tel est le principe. Reste qu'il faut se garder d'oublier qu'ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté⁷³. Mieux, elle en constitue, selon le mot célèbre de R. von Ihering⁷⁴, «*le palladium*».

3° Aussi, les établissements de crédit sont-ils en principe libres de choisir leur forme sociale sous le contrôle du CECEI qui est chargé de vérifier, au cas par cas, l'adéquation de la forme juridique de l'entreprise avec l'activité projetée. A cet égard, la SAS paraît être une forme sociale tout à fait appropriée à l'activité bancaire et de prestataire de services d'investissement, sauf lorsque l'entreprise concernée envisage, pour une raison ou pour une autre, de faire appel public à l'épargne. Gageons que les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et, plus généralement, les prestataires de services d'investissement prendront, de plus en plus fréquemment, cette forme grosse d'avantages. Michel Villey ne nous avait-il pas prévenus, dans le Livre des pages⁷⁵, lorsqu'il écrivait que «*Les formes vieilles du passé laissent place à des formes nouvelles*» ? ■

¹ Comp. art. 7 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières codifié à l'article L 531-4 du CMF qui précise que les entreprises d'investissement sont des personnes morales [...]. Cf. H. de Vauplane et J.-P. Bornet, «Droit des marchés financiers», (préf. de M. Germain), *Litec*, 1998, spéc. n° 292 p. 259.

² Cf. art. 3-2 de la directive 77/780/CEE du 12 décembre 1977 (JOCE n° L 322/30 du 17 décembre 1977). Sur cette exigence de «fonds propres distincts», cons. Chr. Gavalda, «La première directive de coordination des législations bancaires de la CEE», *RTDeur.*, 1979, p. 227 sq., spéc. n° 14 p. 233. P. Clarotti, «La coordination des législations bancaires», *Rev. du marché commun*, 1982, p. 68 sq., spéc. p. 78 col. 2. A noter que l'article 3-2 de la Directive du 12 décembre 1977 a été codifié et figure désormais à l'article 5 de la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000 (JOCE n° L 126/1 du 26 mai 2000).

³ Le statut de coopérative était possible et la loi n° 82-709 du 17 mai 1982 portant statut des coopératives de banque, aujourd'hui codifiée (art. L 512-61 du CMF) devait le confirmer. Sur cette loi, Chr. Gavalda, «Une nouvelle catégorie de banque inscrite : les sociétés coopératives de banque», *Rev. soc.*, 1982, 473 sq.

⁴ En application de la loi n° 81-1162 du 30 décembre 1981, la clause de variabilité du capital est désormais interdite dans les sociétés anonymes autres que les coopératives et les Sicav (art. L 231-1 du Code de commerce).

⁵ Cf. H. Cabrillac, «La réglementation et l'organisation de la profession bancaire et des professions touchant au crédit et au marché financier. Commentaire des lois des 13 et 14 juin 1941», *JCP* 1941, I, 235, spéc. n° 29 (l'auteur s'étonne, à juste titre, que les SARL ne figurent pas dans la liste limitative de l'art. 6). Sur l'interdiction de constituer une banque sous forme de SARL, J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, «Sociétés commerciales», (préface de J. Foyer), tome I, *Dalloz*, 1972, spéc. n° 384 p. 407. Adde, P. Esmein, «L'organisation et la réglementation de la profession bancaire», *Gaz. Pal.*, 2, Doct. 18, spéc. p. 21 col. 1 (l'auteur note qu'outre la SARL, la société en participation se trouve exclue) ; *Rép. Com.*, v° Banques (sociétés de), par M. Cabrillac (1970), spéc. n° 6 ; J. Hamel, «Banques et opérations de banque», tome II, Paris, éd. Rousseau et Cie, 1943, spéc. p. 999 ; Chr. Gavalda et J. Stoufflet, «Droit de la banque», *PUF, Coll. Thémis*, 1^{re} éd., 1974, spéc. n° 223 p. 263.

⁶ Cf. not. G. Ripert, «Le déclin du droit», *LGDJ*, 1949, spéc. n° 62 p. 196. Adde, F. Terré, «Le droit : un exposé pour comprendre, un essai pour

réfléchir», *Flammarion*, 1999, spéc. p. 16 ; J. Carbonnier, «Droit civil, les obligations», tome 4, *PUF, Coll. Thémis*, 22^e éd., 2000, spéc. n° 16 p. 54 et n° 69 p. 145. Junge, Ph. Malaurie, «L'ordre public et le contrat ; étude de droit civil comparé France, Angleterre, URSS», (préface de Paul Esmein), éd. *Matot-Braine Reims*, 1953, spéc. n° 140 p. 103 citant Planiol qui voyait dans ce principe «une grande règle de droit qui n'est écrite nulle part en termes formels (sic)...».

⁷ Cf. not. J. Hamel, «La nouvelle réglementation des banques, entreprises et établissements financiers : lois des 13 et 14 juin 1941» ; *Rev. gén. Dr. Com.*, 1942-1943, p. 5 sq., spéc. p. 21. Rapp. P. Dupont, «Le contrôle des banques et la direction du crédit en France», Paris, éd. *Dunod*, 1952, spéc. p. 69.

⁸ Cf. art. 8 de la loi du 14 juin 1941. Chr. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., n° 70 p. 91 ; P. Dupont, op. cit. p. 95.

⁹ En ce sens, J. Stoufflet, «L'organisation française du secteur bancaire», in «Aspects actuels du droit commercial français», Etudes dédiées à René Roblot, *LGDJ*, 1984, p. 381 sq., spéc. n° 6 p. 384.

¹⁰ Cf. *RTD Com.*, 1984, 308 obs. M. Cabrillac et B. Teysse, M. de Juglart et B. Ippolito, «Traité de droit commercial», tome 7, «Banques et bourses», *Montchrestien*, 3^e éd., 1991, par L.-M. Martin, spéc. n° 35 p. 24 ; J.-J. Burgard, «La banque en France», *Presses FNSP et Dalloz*, 3^e éd., 1991, spéc. p. 37.

¹¹ Cf. Rapport Douyère, Doc. Parl., *Assemblée nationale*, 1983, n° 1846, spéc. p. 23 ; G. Ripert et R. Roblot, «Traité de droit commercial», tome II, *LGDJ*, 16^e éd. 2000, par Ph. Delebecque et M. Germain, spéc. n° 2268 p. 318 ; Chr. Gavalda et J. Stoufflet, «La loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit», *Les petites affiches*, 18 mai 1984, n° 60, p. 5 sq., spéc. p. 8 col. 2 ; des mêmes, «La loi bancaire du 24 janvier 1984», *JCP* 1984, éd. CI, II, 14379, spéc. n° 16 (ces auteurs, songeant aux dispositions de l'article 103 de la loi bancaire, écrivaient que «la forme juridique à revêtir par la personne morale sera définie par décret»). Aucun décret sur la question n'a paru contrairement à leurs prévisions.

¹² Cf. F.-J. Crédot, «La nouvelle loi bancaire. Commentaire de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit», *ALD*, 1984, 65 sq., spéc. n° 5 p. 66. L'auteur note avec justesse que si «aucune forme sociale n'est imposée aux établissements de crédit, cela s'explique par la vocation de la loi nouvelle à régir les établissements de crédit aux statuts juridiques les plus divers : sociétés commerciales,

civiles, coopératives, particulières, établissements publics...»

¹³ Art. L 322-1 du Code des assurances (ancien art. L 310-6). Les seules formes autorisées, considérées comme offrant une sécurité financière suffisante, sont la société anonyme et la société d'assurance mutuelle. La forme de la SAS, de la SARL, de la commandite et de la société en nom sont donc exclues. Cf. «Traité de droit des assurances», tome I, «Entreprises et organismes d'assurance», LGDJ, 2^e éd. 1996, (sous la dir. de J. Bigot), spéc. n° 42 p. 35. L'art. L 223-1 alin. 4 du Code de commerce (ancien art. 490 de la loi du 24 juillet 1966 qui était, lui-même, inspiré de l'art. 2 de la loi du 7 mars 1925 tendant à instituer des SARL) dispose, de son côté, que «les sociétés d'assurance, de capitalisation et d'épargne ne peuvent adopter la forme de SARL». Sur la nullité des contrats d'assurance passés par une entreprise exerçant une telle activité sous forme de SARL, Cons. Cass. civ. 1^{re}, 24 avril 1979, SARL Coordination routière c/Rémon ; Bull. civ., I, n° 115 ; RGAT, 1980, 50 et la note.

¹⁴ Comp. en ce qui concerne les entreprises d'investissement, l'article L 532-2-5° du CMF (ancien article 13 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996) rédigé en termes voisins.

¹⁵ Ainsi que le précisait l'annexe I de la circulaire du 22 janvier 1985 relative aux dossiers présentés au Comité. Cette circulaire, abrogée en 1990 et mise à jour périodiquement depuis lors (on parle désormais de «notice»), n'apporte plus cette précision superflète.

¹⁶ Cf. Th. Bonneau, «Droit bancaire», Montchrestien, 4^e éd., 2001, spéc. n° 192 p. 118 ; J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, «Droit bancaire», Précis Dalloz, 6^e éd., 1995, spéc. n° 118 p. 98.

¹⁷ Cf. J. Cl. Banque et crédit, Fasc. 50 (août 1997), «Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires», par F. Peltier et E. Fernandez-Bollo, spéc. n° 67.

¹⁸ Cf. P.-H. Cassou, «La réglementation bancaire», (préface J.-C. Trichet), éd. SEFI, 1997, spéc. p. 277. On notera que l'ancien secrétaire général du CECEI indique que le CECEI a notamment considéré adéquate à l'activité d'établissement de crédit la forme juridique de la SAS.

¹⁹ Il y a ainsi des sociétés civiles ayant le statut d'établissement de crédit, bien que les opérations de banque soient commerciales par nature (art. L 110-1 7° du Code de commerce). Tel est notamment le cas des Caisses de crédit agricole mutuel (consulter, sur la question, l'excellent article de E. Prieur, «Les banques non commerciales», Banque & Droit, n° 10, mars-avril 1990, p. 83 sq.). En droit, une société civile dont l'objet est commercial encourt la requalification en société créée de fait ; or la société créée de fait est soumise au régime des sociétés en participation, laquelle, lorsque son objet est commercial, relève des règles de la SNC... (cf. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, «Droit des sociétés», Litec, 13^e éd., 2000, spéc. n° 281 p. 97-98). Il faut donc normalement se garder de recourir à une société civile pour faire à titre habituel des opérations de banque. C'est ainsi qu'en cas de gestion centralisée de trésorerie dans un groupe de sociétés, le pivot ne pourra pas être une société civile (cf. J.-P. Bertrel, «La gestion de trésorerie au sein des groupes de sociétés», RJDA, 7/92, p. 539 sq, spéc. n° 7 p. 540 col. 2). Le cas des Caisses de crédit agricole mutuel est particulier dans la mesure où comme le relève Mme Prieur (art., cit., p. 89 col. 2) : «la nature civile des Caisses de crédit agricole, consacrée par la Cour de cassation, admise par les autorités bancaires et voulue, semble t-il, par le législateur, paraît [...] imposée par le droit positif».

²⁰ Il faut observer que même si en théorie rien n'interdit de recourir à la forme de l'EURL (cette «SARL unijambiste» selon l'expression de MM. Cozian et Viandier, op., cit., n° 1401 p. 425), en pratique il y a fort à parier que le Comité considérerait cette forme sociale inadéquate dans la mesure où elle serait susceptible de permettre de contourner (sinon dans la forme, du moins dans l'esprit) l'interdiction faite aux personnes physiques d'exercer le métier de banquier. Le même raisonnement peut bien entendu être tenu pour la SAS unipersonnelle (SASU).

²¹ Cf. not. rapport CECEI, 1999, p. 296.

²² Cf. Y. Faure, «La société en commandite simple et les établissements de crédits», Banque & Droit, n° 46, mars-avril 1996, p. 16 sq.

²³ En ce qui concerne les succursales françaises d'établissements de crédit agréés dans un autre Etat membre de l'UE ou dans un Etat partie à l'EEE, elles doivent être acceptées par les Autorités françaises même si l'établissement dont elles émanent a, dans son pays d'origine, une forme qui n'est pas admise sur notre territoire (cf. art. 4-2 de la directive du 12 décembre 1977 abrogé). En ce sens, J. Cl. Banque et crédit, Fasc. 50 (août 1997), «Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires» par F. Peltier et E. Fernandez-Bollo, spéc. n° 67 in fine.

²⁴ Cité par Ch. Gide (l'oncle d'André) dans son fameux, «Cours d'économie politique», Tome 1, 10^e éd., Sirey, 1931, spéc. p. 240 texte et note (1).

²⁵ Cf. avis relatif à la liste des établissements de crédit établie au 31 décembre 2000 en application de l'article L 612-2 du CMF (JO du 5 mai 2001, annexe au n° 105, p. 5003 sq.)

²⁶ Par opposition à la société anonyme (faisant appel public à l'épargne) dont le caractère institutionnel est beaucoup plus prononcé. On se prend alors à philosopher : institution ou contrat ? Un philosophe contempo-

rain désireux de marquer la différence profonde qui oppose le masochisme au sadisme ne distingue-t-il pas le masochiste, adepte du contrat, du sadique, partisan de l'institution ? (G. Deleuze, «Présentation de Sacher Masoch ; le froid et le cruel», éd. de Minuit, 1967, spéc. p. 55 et 58. Le juriste hésitera toutefois à suivre cette pente... Cf. F. Terré, «Sur la sociologie juridique du contrat», Arch, 1968, tome XIII, p. 71 sq., spéc. p. 81 texte et note (1).

²⁷ Selon l'heureuse formule du doyen Jean Carbonnier in. «Droit civil, les obligations», tome 4, 22^e éd., PUF, Coll. Thémis, 2000, spéc. n° 23 p. 67. Comp. du même, «Le régime matrimonial. Sa nature sous le rapport des notions de société et d'association», Thèse, Bordeaux, 1932, spéc. p. 65 et 192.

²⁸ Rapport CEC 1994, p. 66 ; rapport CEC, 1995, p. 71 ; rapport CECEI, 1996, p. 85-86 ; rapport CECEI, 1997, p. 263 ; rapport CECEI, 1998, p. 276 ; rapport CECEI, 1999, p. 296-297.

²⁹ Cf. art. 2 des statuts de la SFPMEI.

³⁰ Aux termes de l'article 2 de ses statuts, CLF Locabail a notamment pour objet «toutes opérations de crédit-bail et de location».

³¹ FINIFAC a notamment pour objet (cf. art. 2 de ses statuts) «en France et à l'étranger, d'effectuer, à titre habituel, toutes opérations d'achat, de nantissement ou de cession de créances professionnelles sur toute personne morale de droit public ou de droit privé ou toute personne physique, française ou étrangère par tout procédé, notamment informatique, toutes opérations d'affacturage de quelque nature que ce soit [...]».

³² La société financière «Prêts et services» a notamment, comme sa dénomination sociale le laisse entendre, pour objet (cf. art. 2 des statuts) «toutes opérations de crédit ou financières [...]».

³³ Cf. P.-L. Perrin, «Quelles utilisations pour la nouvelle SAS ?», Les petites affiches, 15 septembre 2000, n° 185, p. 14 sq., spéc. p. 17 col. 3 («la grande infériorité de la SAS, c'est de ne pas pouvoir faire appel public à l'épargne»).

³⁴ Au plan pénal, la violation de l'interdiction pour une SAS de faire appel public à l'épargne expose ses dirigeants de droit ou de fait à une amende de 120 000 francs (art. L 244-3 et L 244-4 du Code de commerce). Au plan civil, la nullité des titres émis en violation de cette interdiction est encourue conformément aux dispositions de l'article 1841 du Code civil.

³⁵ Voire de bons à moyen terme négociables (BMTN) s'ils ont une durée initiale inférieure à deux ans (cf. art. 5 du règlement n° 98-08 du 7 décembre 1998 du CRBF).

³⁶ Cf. P.-L. Perin, «L'organisation des pouvoirs dans la société par actions simplifiée», Thèse, Paris II, Dactyl., 1999, 625 p., spéc. n° 218 p. 177.

³⁷ En ce sens, A. Couret, «Le financement de la société par actions simplifiée», in «Société par actions simplifiée», (sous la dir. d'A. Couret et P. Le Cannu), éd. GLN-Joly, Coll. Pratique des affaires, 1994, spéc. 51 sq., spéc. n° 123 p. 59. Rapp. A. Charvériat et A. Couret, «Sociétés par actions simplifiées», Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 1999, spéc. n° 385 p. 52.

³⁸ Cf. H. Hovasse, «Investisseurs qualifiés et cercle restreint d'investisseurs», Rev. dr. banc., n° 70, novembre-décembre 1998, p. 191-192.

³⁹ Cf. rapport annuel Cob, 1998, p. 70-71. A noter qu'on ne peut pas invoquer, pour échapper à l'appel public à l'épargne, les dispositions de l'art. 4 c) du règlement n° 98-08 de la Cob relatif à l'offre au public d'instruments financiers (JO du 2 mars 1999, p. 3129 sq.) qui précise que l'établissement du prospectus simplifié n'est pas exigé lorsque «l'offre porte sur des instruments financiers qui ne peuvent être souscrits ou acquis que pour un montant au moins équivalent à 150 000 euros ou à la contre-valeur de ce montant en devises» (ce qui vise les certificats de dépôt qui doivent être d'un montant unitaire au moins égal à la contre-valeur de 1 million de francs). Il ne s'agit que d'une dérogation dont peuvent se prévaloir les sociétés faisant appel public à l'épargne.

⁴⁰ Cf. Paris, 9^e Ch., Sect. B, 12 mars 1992, Prudhomme, Dr. Sociétés 1992, n° 193, obs. H. Hovasse.

⁴¹ L'article L 511-10 alinéa 4 du CMF permet toutefois au CECEI de limiter l'agrément qu'il délivre à l'exercice de certaines opérations définies par l'objet social.

⁴² Rapport CECEI, 1999, p. 296. On notera que lors de la discussion de la loi du 7 mars 1925 tendant à instituer des SARL, certaines chambres de commerce (de Strasbourg et Marseille) avaient demandé que les banques ne puissent revêtir cette forme. «Elles pensaient, notait Maître R. Gain dans son commentaire législatif (DP. 1925, Lég. 169, spéc. p. 172 col. 1 et 2), qu'on ne saurait exiger assez de garanties de sécurité et de solidité financière pour les entreprises bancaires, qui s'adressent souvent à des personnes non habituées aux affaires». La commission de la chambre ne devait pas accueillir cette suggestion considérant, au contraire, que le système de la responsabilité limitée convenait particulièrement à des banques d'une importance secondaire. Rappelons que la loi n° 2532 du 13 juin 1941 (art. 6) avait interdit cette forme sociale aux banques inscrites, ce qui avait été critiqué par certains commentateurs du texte.

⁴³ La loi du 13 juin 1941 (art. 6) permettait déjà aux banques inscrites de se constituer sous la forme de sociétés en nom collectif.

⁴⁴ Cf. P. Esmein, «Les notions de souscription publique, d'offre au public et d'appel à l'épargne publique en matière de sociétés», *JCP* 1941, 208. L'auteur, qui écrivait sous l'empire des décrets-lois de 1935 et 1937 réformant le droit des sociétés estimait, à la suite de M. Solus, que la formule «*faisant appel à l'épargne publique visait non seulement le fait de solliciter le public pour acquérir des titres de bourse, mais aussi celui de le solliciter pour faire des dépôts de fonds ou titres dans les caisses de la société*».

⁴⁵ A preuve, il y a des entreprises d'investissement constituées sous forme de SAS habilitées à exercer la fonction de teneur de compte-conservateur au sens de l'article 6-2-1 du Règlement général du Conseil des marchés financiers. Cf. la liste arrêtée au 25 avril 2001 des établissements habilités à exercer la fonction de teneur de compte-conservateur (www.cmf-france.org) où figurent notamment les entreprises d'investissement SAS suivantes : Crédit Lyonnais securities Europe-small caps ; Fimatex-Société générale et Finacor.

⁴⁶ Crédit Lyonnais securities Europe-small caps, Finacor et Tullet and spütz capital markets France SAS sont ainsi habilités à fournir les services visés aux 1, 2 et 3 de l'article L 321-1 du CMF. Fimatex-Société générale peut fournir les services visés aux 1 et 6 et Walter and Wesson France SAS les services visés aux 3 et 6 de l'article L 321-1 précité. Les entreprises d'investissement Marché de titres-France (MTS France) et Tullet and Tokyo liberty France peuvent fournir les services visés aux 1 et 2. Quant à Raymond James International SAS, elle ne peut faire que de la réception et de la transmission d'ordres pour compte de tiers. Cf. *JO* du samedi 5 mai 2001, Annexe au n° 105, spéc. p. 50031 sq.

⁴⁷ Cf. M. Vasseur, «Droit et économie bancaires, les opérations», Fasc. I, 4^e éd., 1987-1988, *Les cours de droit*, spéc. p. 525.

⁴⁸ Ou, pour parler comme autrefois, de «placement en se portant ducroire» (cf. ancien article 18 al. 3 de la loi bancaire définissant les maisons de titres devenues, depuis le 1^{er} janvier 1998, des entreprises d'investissement pour celles n'ayant pas opté pour la conservation du statut d'établissement de crédit).

⁴⁹ *Bull. mens. Cob*, n° 309, janvier 1997, p. 21 sq., spéc. p. 22. Adde, *Dictionnaire Joly Bourse et produits financiers*, tome 2, v° Gestion de portefeuille par J.-J. Essombe Moussio (1997), spéc. n° 35.

⁵⁰ Cf. *JO* du 5 mai 2001, Annexe au n° 105, p. 50034 sq. On relèvera notamment les SGP suivantes : BNP Paribas Asset Management, Fidelity Investissements SAS et Placements Performance.

⁵¹ Cf. règlement n° 85-17 du 17 décembre 1985 modifié du CRBF relatif au marché interbancaire.

⁵² D'autres sociétés ayant une activité réglementée, qui n'ont ni le statut d'établissement de crédit ni celui d'entreprise d'investissement, ne peuvent pas revêtir la forme de SAS en raison des textes spécifiques qui les régissent. On citera notamment le cas des sociétés immobilières d'investissement qui doivent être constituées sous la forme de société anonyme (cf. loi n° 63-254 du 15 mars 1963 portant réforme de l'enregistrement, du timbre et de la fiscalité immobilière, art. 33-I-a). V. *Encycl. Dalloz sociétés*, v° Sociétés immobilières d'investissement et sociétés immobilières, par A. Plas (1971), spéc. n° 12. On fera également état des Sicav (art. L 214-15 du CMF) et des Sicaf (art. 7 de l'ordonnance n° 45-2710 du 2 novembre 1945 relative aux sociétés d'investissement) qui doivent obligatoirement être constituées sous forme de SA.

⁵³ Cf. not. G. Tixier, «Les sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie», *D.* 1968. Chron. XXIII, spéc. p. 136 col. 2 ; D. Nguyen Thanh, «Les sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie», *JCP*, éd. CI, 1970, 8837, spéc. n° 6 ; *Encycl. Dalloz sociétés*, v° Sicomi, par A. Plas (1971), spéc. n° 4.

⁵⁴ Cf. art. 5 de l'arrêté ministériel du 24 février 1970 pris pour l'application de l'art. 1^{er} de la loi n° 69-1160 du 24 décembre 1969 (*JO* du 25 février 1970, p. 1955).

⁵⁵ Cf. *rapport CECEI*, 1999, p. 123.

⁵⁶ L'article 30 I alinéa 3 de la loi du 15 juillet 1980 (D. 1980, Lég. 280) dispose, en effet, que les Sofergie «doivent satisfaire aux conditions prévues à l'article 5 a et c de l'ordonnance n° 67-837 du 28 septembre 1967 relatif au statut des sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie».

⁵⁷ Cf. *rapport CECEI*, op. cit., eod. loc.

⁵⁸ Cf. *JCP* 1952, I, 1004, spéc. n° 6. Rapp. D. Veaux, «Le statut légal du crédit différé : loi du 24 mars 1952», *RTD Com.*, 1952, 735 sq., spéc. n° 19 p. 747.

⁵⁹ V. toutefois, Cass. com, 2 novembre 1994, Compagnie générale de financement immobilier c/Sté Le Capote ; *Bull. civ.*, IV, n° 321 ; *Bull. Joly Sociétés*, 1995, p. 74 § 19 obs. A. Couret.

⁶⁰ Sur ces sociétés, M. Vasseur, «Droit et économie bancaires, institu-

tions bancaires», Fascicule I-A, 4^e éd., *Les cours de droit*, 1985-1986, spéc. p. 336.

⁶¹ Cf. not. P.-H. Cassou, op., cit., p. 322. Adde, *rapport CECEI*, 1996, p. 33 ; *Bull. Commission bancaire*, n° 16, avril 1997, p. 33 et sq ; spéc. p. 34. On précisera que le Règlement n° 96-16 du CRBF s'est substitué au Règlement n° 90-11 modifié qui prévoyait déjà (cf. art. 2) une autorisation préalable du Comité en cas de changement de forme juridique.

⁶² Les demandes d'autorisation sont à adresser à la Direction des établissements de crédit et des entreprises d'investissement de la Banque de France qui est chargée de leur instruction et de leur traitement pour le compte du CECEI.

⁶³ Cf. art. 16 du Règlement n° 96-16 du CRBF. Le CECEI publie, dans son rapport annuel, le nombre des décisions d'autorisation de changement de forme juridique rendues au cours de l'année, en détaillant par catégorie d'établissement de crédit (banque, société financière, etc.) et en donnant, parfois, quelques précisions sur la nature du changement autorisé. V. not., *rapport CEC*, 1991, p. 19 et 26 ; *rapport CEC*, 1992, p. 43 et 87 ; *rapport CEC*, 1993, p. 46 et 48 ; *rapport CEC*, 1994, p. 72 et 74 ; *rapport CEC*, 1995, p. 78 et 80 ; *rapport CECEI*, 1996, p. 92 et 94, *rapport CECEI*, 1997, p. 36 et 38 ; *rapport CECEI*, 1998, p. 34 et 36 ; *rapport CECEI*, 1999, p. 32 et 34.

⁶⁴ *JO* du 2 mars 1999, p. 3131.

⁶⁵ Cf. notre article, «Les dirigeants responsables au sens de l'article 17 de la loi du 24 janvier 1984», *Banque & Droit*, n° 70, mars-avril 2000, p. 22 sq., spéc. p. 24 col. 2.

⁶⁶ En général sur la question, P. Le Cannu, «Les dirigeants de la société par actions simplifiée», *Rev. soc.*, 1994, p. 239-256. La société financière Volvo Automobiles Finances France est ainsi dirigée par un président personne physique (art. 14-1 des statuts), nommé par l'actionnaire majoritaire, et par un directeur général (art. 16-1 des statuts) placé sous son autorité (cf. P.-L. Perin, thèse précitée, Annexe 3, spéc. p. 575).

⁶⁷ *Lc.*, 14. 23. Les associés ne sont pas forcément tous des enfants de chœur...

⁶⁸ Rm. M. Gantier, *JO Déb. AN*, 10 octobre 1994, p. 5060 col. 2. Adde, Rm. M. de Chazeaux, *JO Déb. AN*, 31 juillet 2000, p. 4582 col. 1 et 2 («la date à retenir pour le point de départ du délai de deux ans est la date à laquelle la société a été immatriculée au registre du commerce, puisque cette formalité lui confère la personnalité morale»). A noter que si la SA est, elle-même, issue de la transformation d'une société préexistante, peu importe la forme sociale sous laquelle les deux bilans ont été approuvés dès l'instant que les comptes ont été établis et approuvés dans les conditions prévues par la loi ; l'existence de la société sous sa forme initiale peut être prise en considération pour apprécier la condition d'ancienneté.

⁶⁹ Cf. J.-P. Bouère in «Société par actions simplifiée», (sous la dir. d'A. Couret et P. Le Cannu), éd. *GLN Joly, Coll. Pratique des affaires*, 1994, spéc. n° 163 p. 86. Adde, *J. Cl. Sociétés Traité*, «Sociétés par actions simplifiées», Fasc. 155-1 (mai 1995), par M. Germain et P.-L. Perin, spéc. n° 40. Junge, *Dossiers pratiques Francis Lefebvre*, «Société par actions simplifiée, nouveau régime», par A. Charvériat et A. Couret, éd. F. Lefebvre, 1999, spéc. n° 609 p. 88.

⁷⁰ Pour la discussion doctrinale, cons. A. Charvériat et A. Couret, op. cit., n° 612 p. 88. On précisera que des réponses ministérielles à des questions écrites de parlementaires, ainsi que plusieurs arrêts d'appel, avaient clarifié le débat avant que ne soit votée la loi NRE. Pour une synthèse antérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, cons. A. Charvériat, «Transformation d'une SARL ou d'une SA en SAS», *Option finance*, n° 617, 13 novembre 2000, p. 45.

⁷¹ Cf. P. Catala, «La réforme des liquidations successorales», 3^e éd., *Defrénois*, 1982, (préface de Jean Carbonnier, spéc. p. 14 et la note 10).

⁷² Cf. Troplong, «Du contrat de société civile et commerciale», tome 1, Paris, 1843, spéc. préface p. XVII et LX-LXI où l'auteur évoque, tour à tour, les sociétés de banquiers chez les Romains (les *socii argentarii* et les *argentariae societates*) et les sociétés de banque des Florentins (à partir du X et du XI^e siècle).

⁷³ Cf. Ph. Malaurie et L. Aynès, «Droit civil, les obligations», 9^e éd. 1998/1999, *Cujas*, spéc. n° 440 p. 255 texte et note (6) citant Ihering.

⁷⁴ Cf. R. von Ihering, «L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement», (traduction française par O. de Meulenaere), 3^e éd., tome 3, Paris, 1887, spéc. § 50 p. 164. Pour un commentaire de ce passage de Ihering, V. J. Carbonnier, «Droit civil, les obligations», tome 4, 2^e éd., *PUF, Coll. Thémis*, 2000, spéc. n° 93 p. 184.

⁷⁵ Cf. «Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets» (préface de B. Kriegel et F. Terré), *PUF*, 1995, spéc. X, 19 (p. 220).