

La SAS : une organisation souple et un outil adapté pour une holding

La flexibilité et la souplesse qu'offre la Société par Actions Simplifiée (SAS) constituent des atouts majeurs pour les investisseurs. Si son régime est en grande partie calqué sur celui de la société anonyme, elle est régie par des dispositions propres¹ où les statuts ont un rôle important. Toutefois, la rédaction des stipulations statutaires qui administreront la SAS nécessite néanmoins une attention particulière. En effet, par sa nature contractuelle, elle exige de la part de ceux qui la constituent une certaine rigueur de rédaction afin de parer et anticiper toutes incohérences qui pourraient bloquer sa vie sociale.

De l'importance des clauses statutaires

L'avantage de stipulations statutaires réside en premier lieu dans leur force exécutoire, le non-respect des statuts étant sanctionné par la nullité ou, selon les cas, par l'inopposabilité des opérations litigieuses. Ainsi, la SAS permet en effet d'intégrer dans ses statuts des stipulations habituellement contenues dans un pacte d'actionnaires et de leur conférer ainsi une opposabilité à l'égard de tous les actionnaires de la société, de la société elle-même et aussi des tiers.

Par ailleurs, l'organisation du pouvoir de direction de la SAS est librement définie par les actionnaires dans ses statuts². Cette grande liberté contractuelle permet de prévoir de multiples formules de direction : organisation proche de la société anonyme avec conseil d'administration ou proche de celle de la société anonyme avec directoire et conseil de surveillance ou encore des modalités de direction beaucoup plus originales. Cette grande souplesse peut notamment être mise à profit dans l'organisation d'un groupe de sociétés³.

La désignation d'un président : seule obligation imposée par la loi

La loi impose une seule obligation à respecter en matière de gouvernance de SAS ; celle de désigner un président chargé de prendre les décisions stratégiques, d'assurer la ges-

tion de la société au quotidien et être son représentant légal. Au titre de ses fonctions, il est donc habilité à accomplir de nombreux actes au nom et pour le compte de la société (conclure des contrats, décider des investissements, disposer des biens sociaux, convoquer l'assemblée générale, etc.).

Le dirigeant peut être une personne physique ou une personne morale. S'il s'agit d'une personne morale, la loi dispose que les dirigeants encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient dirigeants en leur nom propre⁴.

Si la loi ne prévoit pas l'obligation pour la personne morale de désigner un représentant permanent, la jurisprudence admet pareille possibilité.

Les statuts déterminent les modalités de nomination du président. Ils prévoient le plus souvent des décisions prises par les associés à une majorité déterminée par les statuts. Mais d'autres stipulations sont possibles : la nomination peut résulter de l'accord des deux associés les plus importants, d'un accord de tous les associés, de la décision d'un organe de la société, voire, de la décision d'un tiers...

La liberté statutaire permet également qu'une grande stabilité soit conférée au dirigeant, puisque ce dernier peut être nommé pour une très longue durée, voire la durée de la société. Une révocation judiciaire paraît cependant possible, si les statuts le prévoient et même, semble-t-il, si les statuts



Par My-Kim Yang-Paya
Avocate associée
Seban et Associés



et Hakim Ziane
Avocat, Seban Associés

ne l'envisagent pas. Ce dernier point étant cependant discuté.

En outre, la grande flexibilité de la SAS permet de fixer librement les modalités de révocation du Président (ad nutum, juste motif) et de prévoir les conditions dans lesquelles il peut être mis fin à son mandat (préavis, démission si exclusion de la société en qualité d'actionnaire, etc.).

S'agissant du pouvoir de représentation légale, aux termes de l'article L. 227-6 du Code de commerce, « le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société dans la limite de l'objet social ». D'éventuelles dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers.

Mais la loi autorise également au président de s'adjoindre les services d'un directeur général.

1. Art. L. 227-6 et suivants du Code de commerce.

2. C. com., art. L. 227-5.

3. M. Germain et P.-L. Périn, La SAS dans les groupes : Actes prat. ing. sociétaire 2014, dossier 138.

4. C. com., art. L. 227-7.

La possibilité d'adjoindre un directeur général

Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier. La durée des fonctions des dirigeants est également librement déterminée par les statuts.

Il convient ici d'opérer une analogie avec une grande partie des dispositions réglant les pouvoirs du directeur général dans la société anonyme, étant précisé qu'à l'origine le pouvoir de représentation était dévolu au seul président. En ce temps, la Cour de cassation avait logiquement estimé que la société ne pouvait pas désigner un autre représentant légal⁵. Cette solution était source de complications dans la mesure où cette forme de société était la seule qui ne pouvait désigner qu'un seul représentant légal. Que faire en cas de départ du président à l'étranger, de déplacement du président ou de toute autre cause d'absence ? Certes, le droit commun autorisait – et autorise toujours – le président de la SAS à désigner un délégué, mais toute délégation de pouvoir étant nécessairement limitée dans son objet et sa durée, cette solution ne pouvait être que très partielle. À la suite de cet arrêt et des commentaires qu'il suscita, la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 opéra une modification dans ce sens : « *les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier* »⁶.

Ainsi, deux représentants légaux, appelés « directeur général » ou « directeur général délégué » peuvent donc assister le président et avoir les mêmes pouvoirs que le président. Signalons que le nombre de ces dirigeants n'est pas limité.

A noter : *il subsiste une différence notable entre le régime applicable à la SA et celui de la SAS. Alors que le pouvoir de représentation légale est dévolu au directeur général dans la société anonyme, dans la SAS, ce pouvoir est partagé avec le président.*

Pour mémoire, aux termes de l'article L.227-6 du Code de commerce, une société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président qui est ainsi investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. De ce fait, la société par actions simplifiée est tenue par les contrats conclus par son président même s'ils ne relèvent pas de l'objet social, sauf si elle prouve que le tiers cocontractant savait que l'acte dépassait l'objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances. Par ailleurs, le même texte dispose à son troisième alinéa que « *les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier* ».

Ce troisième alinéa soulève de nombreuses difficultés relatives notamment à une confusion entre le pouvoir général de représentation de la société à l'égard des tiers et la délégation de pouvoirs fonctionnelle, qui permet aux dirigeants de toute société de déléguer une partie de leurs pouvoirs afin d'assurer le fonctionnement interne de l'entreprise.

En effet, la question s'est posée de savoir si le pouvoir de représentation devait être prévu par les statuts pour que la société soit valablement représentée par son directeur général à l'égard des tiers ou si ce dernier disposait de plein droit d'une faculté de représentation de la société et, en conséquence, d'engagement de celle-ci vis-à-vis des tiers. La solution retenue par la Cour de cassation est la confirmation du caractère légal du pouvoir de représentation du directeur général ou du directeur général délégué : elle affirme que les tiers peuvent se prévaloir à l'égard de la SAS des engagements pris par toute personne portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué⁷.

En interprétant l'article L.227-6 du Code de commerce à la lumière de cette disposition, la Cour de cassation a donc tout naturellement admis que la personne dont le titre est directeur général ou directeur général

délégué d'une SAS est bien un représentant légal, c'est-à-dire un organe investi vis-à-vis des tiers des pouvoirs les plus étendus pour accomplir des actes au nom de la société.

Par conséquent, une SAS ne saurait opposer aux tiers le défaut de pouvoir de représentation de son directeur général ou directeur général délégué pour se soustraire aux engagements pris par ce dernier en son nom.

L'instauration d'une gouvernance collégiale

Les statuts pouvant désigner un organe collégial de direction dont la dénomination est librement déterminée (conseil d'administration ou autre), le président pourra être ou non désigné à la tête de cet organe.

Le choix des intitulés des fonctions et organes est libre dans la SAS : comité de direction, conseil de gestion ou d'administration, comité stratégique...

Comme l'avait souligné le professeur Le Cannu⁸, « *à faire un conseil d'administration ou un directoire "à la carte", on risque de se voir reprocher une appellation déceptive de nature à induire les tiers en erreur sur la qualité des mécanismes de gestion et de contrôle dans les sociétés concernées, sauf à démontrer que le régime mis en place offre des garanties équivalentes* ».

L'important est que l'appellation choisie ne soit pas déceptive, pour les tiers et au sein de la société.

Il en va de même lorsqu'il s'agit de dénommer les membres de ces organes : il est légitime d'appeler « administrateur » un dirigeant de SAS siégeant dans un conseil d'administration. De même, le président d'un conseil ou comité peut porter ce titre, même s'il n'est pas président de la société et si cette appellation n'a de valeur qu'au sein de la société, elle doit être employée avec précaution pour ne pas créer de confusion.

Pour une bonne organisation de la gouvernance, il est nécessaire de prévoir les conditions de convocation, le déroulement des réunions et les modes de prise des décisions. Une grande liberté prévaut pour l'édiction de ces règles mais elle ne doit pas faire oublier les règles de bon sens assurant la sécurité juridique et l'efficacité du fonctionnement des organes.

5. Cass. com., 2 juill. 2002, n° 98-23.324 : JurisData n° 2002-015114.

6. C. com., art. L. 227-6, al. 3.

7. Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-22.627 : JurisData n° 2013-014460.

8. P. Le Cannu, *Les dirigeants de la société par action simplifiée*, Rev. sociétés, 1994, p. 223.



Il est très utile de pouvoir librement déterminer le mode de délibération, qui peut être écrit (signature d'un acte), électronique (échange d'e-mails), par conférence téléphonique ou vidéo.

Contrairement à la SA, la SAS ne connaît pas la contrainte particulière d'une participation effective à la réunion du conseil. Les systèmes de délibération sont librement définis, à charge pour chaque société de bien les concevoir et les appliquer. Il est toujours utile de prévoir un préavis de réunion suffisant et un ordre du jour (des assouplissements pouvant être permis lorsque tous les membres en sont d'accord).

Les modes de gouvernance susceptibles d'être retenus peuvent à ce titre permettre d'assurer une représentation équilibrée des associés en considération des attentes et des intérêts de chacun.

Il convient d'être extrêmement vigilant sur l'aspect rédactionnel des statuts s'agissant notamment de l'organisation de la direction de la société car, à défaut, aucun régime supplétif n'étant prévu, il ne serait pas possible de faire application des règles de fonctionnement de la société anonyme.

Enfin, en tout état de cause, tout comme le conseil d'administration d'une société anonyme, l'organe collégial de direction qui est instauré au sein d'une société par actions simplifiée, n'est investi d'aucun pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers. En effet, il ne faut pas confondre pouvoir de direction et pouvoir de représentation.

Le pouvoir de direction peut regrouper plusieurs fonctions, celles liées au pouvoir de gestion proprement dit et celles se rapportant à un pouvoir de surveillance et de contrôle.

Il a trait à l'organisation interne à la société.

En revanche, le pouvoir de représentation a trait aux rapports externes entre la société et les tiers. Ces derniers sont définis par l'article L.227-6 du Code de commerce précité.

L'organisation des pouvoirs s'articulera donc entre ces deux axes selon des modalités propres à chaque entité. La définition

et la répartition des pouvoirs sont donc essentielles au bon fonctionnement de la société.

La SAS : outil privilégié des holdings de groupe de sociétés

Les sociétés holdings, dont l'objectif principal consiste à détenir des participations dans des entreprises, sont classées en deux catégories : les sociétés holdings passives (dites holdings pures) et les sociétés holdings animatrices. Cette distinction est importante, notamment par rapport à l'application de certains dispositifs fiscaux.

Pour rappel, un groupe de sociétés est constitué par un ensemble de plusieurs sociétés qui, bien que conservant leur autonomie juridique propre, sont unies entre elles par des relations qui confèrent à l'une d'elles, **la société mère**, un pouvoir de contrôle sur les autres qui lui permet de centraliser un pouvoir de décision. Cette notion de contrôle s'apprécie au sens de l'article L.233-3 du Code de commerce, c'est-à-dire lorsque

- détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;
- lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;
- lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;
- lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

Une étape importante de la constitution d'une société holding réside dans le choix de la structure juridique appropriée.

En pratique, il est très souvent observé que la forme sociale de SAS est privilégiée par les investisseurs. Si cette forme est autant

plébiscitée, c'est en raison des avantages que confère son statut. En effet :

- la SAS peut être constituée avec au minimum un seul associé (SASU), lequel peut être une personne physique mais aussi une personne morale. Il n'y a pas de nombre d'actionnaires maximum ;
- la flexibilité et la souplesse statutaire permettent aux actionnaires de jouir d'une certaine liberté dans l'organisation du fonctionnement de la société ;
- aucun capital social minimum n'est imposé pour créer une SAS. Les apports peuvent être en numéraire et/ou en nature ;
- la forme sociale permet à la holding d'exercer à la fois une activité patrimoniale et une activité commerciale ;
- l'administration et la gouvernance de la SAS, dont le fonctionnement est défini librement par les dispositions statutaires, est assurée par un président, associé ou non. D'autres organes de direction peuvent être mis en place (direction générale, conseil d'administration...);
- le contrôle du capital de la SAS est facilité pour les actionnaires, lesquels peuvent prévoir un certain nombre de dispositifs limitant l'accès au capital ;
- les SAS bénéficient en principe du régime des sociétés des capitaux et sont assujetties à l'impôt sur les sociétés. Sous certaines conditions, elles peuvent bénéficier du régime des sociétés mère-fille et de l'intégration fiscale ;
- pendant cinq exercices au maximum, il est aussi possible de choisir le régime des sociétés de personnes ;
- les cessions d'actions, sauf dispositions contraires, peuvent être réalisées librement ;
- la cession d'actions par une holding SAS engendre des droits d'enregistrement très faibles à hauteur de 0,1% du prix de vente ;
- la rémunération du président n'est pas rendue publique ;
- si la SAS n'a pas accès aux marchés financiers pour se financer, elle est de ce fait protégée des OPA « peu amicales ».

Ces nombreux avantages font de la SAS la forme la plus adaptée aux fins de poursuivre une activité de holding. ■