

La consécration de la Société par Actions Simplifiée (SAS) par l'acte uniforme révisé : libres propos et quelques idées sur cette nouvelle forme de société en droit OHADA.

Daouda BA, Associé, Vaughan Avocats, Inscrit aux Barreaux de Paris et du Mali

Pierre CALLEDE, Associé, Vaughan Avocats, Inscrit aux Barreau de Grasse

L'OHADA vient de fêter en fanfare ses vingt ans d'existence. Vingt ans c'est très peu dans la vie d'une organisation mais cette manifestation a permis de faire le point sur les aspects positifs de cette construction et sur les étapes restant à réaliser pour offrir un espace juridique attractif pour les investisseurs internationaux et les entrepreneurs locaux.

C'est dans ce contexte que la réforme de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales a été adoptée le 30 janvier 2014 et entrera en vigueur 90 jours après sa publication au journal officiel de l'OHADA. (Le texte entrera en vigueur le 5 mai 2014).

A cette occasion, plusieurs réformes majeures ont été introduites en droit des sociétés au nombre desquelles nous pouvons relever, la reconnaissance en droit positif des pays de la zone OHADA :

- des pactes extrastatutaires (Article 2-1) ;
- des actions de préférence (Article 778-1 et suivants) ;
- des valeurs mobilières composées donnant accès au capital ou à des titres de créance (Articles 822 et suivants).
- de la Société par actions simplifiée ou SAS (Livre4-2, Article 853-1 et suivants).

C'est sur cette dernière réforme que nous voudrions attirer l'attention du lecteur juriste ou non.

La SAS introduite en France en 1994 était initialement réservée aux co-entreprises, c'est-à-dire constituées par deux sociétés au moins ayant un capital minimum de 229.000 €.

A ce titre les textes régissant la SAS avaient délibérément mis en avant la liberté contractuelle des associés de la SAS, au détriment des règles impératives assurant la protection des actionnaires (comme c'est le cas dans la société anonyme).

En 1999, le législateur français a souhaité sortir la SAS de son cadre d'outil de coopération interentreprises en permettant à toute personne physique ou morale de créer une SAS avec ou sans associé (on parle alors de SAS Unipersonnelle ou SASU).

La libéralisation du régime de la SAS (notamment depuis le 1^{er} janvier 1999 où ces sociétés n'ont plus l'obligation d'avoir un capital minimum, ni de désigner de commissaires aux comptes) a fait de cette forme sociale la plus répandue en France en raison surtout de la liberté contractuelle qu'elle procure.

Après ce petit aperçu de droit comparé, nous allons tenter de répondre à certaines interrogations qui pourront éclairer les sociétés et les dirigeants d'entreprises qui souhaiteraient recourir à cette nouvelle forme de société.

1. Qu'est-ce que la SAS ?

Le livre 4-2 de l'Acte Uniforme révisé est relatif à la Société par actions simplifiée.

L'article 853-1 donne une définition de la SAS en ces termes : « *La société par actions simplifiée est une société instituée par un ou plusieurs associés et dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société sous réserve des règles impératives du présent livre. Les associés de la société par actions simplifiée ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et leurs droits sont représentés par des actions* ».

L'aspect contractuel de l'organisation de la SAS est donc clairement posé. Ce type de société constitue à ce titre un instrument idéal pour la filialisation de certaines activités ou pour la création de holdings.

Les principales caractéristiques de la SAS sont les suivantes :

- C'est une société par actions dont les titres sont négociables (comme ceux des SA et des SCA) ;
- elle a un caractère fermé : elle n'a pas le droit de faire publiquement appel à l'épargne (Article 853-4) et peut n'être composée que d'un seul associé personne physique ou morale (cas de la SASU);
- les statuts fixent librement la nature et les règles de fonctionnement des organes de gestion, hormis la nécessité de désigner un président habilité à la représenter, étant en outre précisé que les membres de ces organes ne sont pas soumis aux limitations de cumuls de mandats strictement imposées dans les SA ; les statuts fixent aussi librement les conditions et formes dans lesquelles sont prises les décisions collectives, sous réserve de l'obligation de faire adopter par la collectivité des associés certaines décisions.

2. Pourquoi doit-on recourir à cette nouvelle forme de société ?

En France, depuis sa création, la SAS a remporté un succès croissant.

Le mouvement de fonds du recours à la SAS a pour cause non seulement la grande liberté contractuelle de la SAS mais aussi la volonté, notamment dans les plus petites structures, d'échapper à la lourdeur des règles d'information et de consultation des associés (comme par exemple, le rapport de gestion que les SA doivent présenter aux actionnaires qui est de plus en plus complexe).

Les groupes de sociétés ont recours à la SAS pour plusieurs raisons.

a) Recours à la SAS dans les groupes de sociétés comme technique d'organisation et de simplification

Le fonctionnement d'un groupe de sociétés peut être rationalisé en donnant le statut de SAS à i) la société holding ou à ii) des filiales ou à des sous-filiales.

i) Holding

En qualité de société tête de groupe (« holding »), la SAS pourra offrir à ses associés une grande souplesse d'organisation. Les droits politiques et financiers des associés de la SAS

pourront être différents de façon à rémunérer de façon différenciée leur contribution au projet commun. La combinaison de clauses statutaires adaptées et d'actions de préférence offre une grande variété d'outils en matière d'ingénierie juridico-financière.

De même, la SAS offre de multiples possibilités en matière de capital-investissement.

ii) Filiale

Le groupe constitue une SAS, société qui ne comportera donc pas d'associé minoritaire. Le fonctionnement de cette filiale peut être allégé au maximum, la SAS étant simplement dotée d'un président (éventuellement une société) qui pourra être l'associé unique, de ce fait les décisions collectives seront prises par simple consultation écrite (sans recours à une assemblée générale).

b) Recours à la SAS dans les groupes comme technique de création de filiales communes (joint-ventures)

La SAS est plus utilisée comme technique d'organisation des groupes que comme technique de création de filiales communes. Cette dernière formule répond cependant à des besoins évidents.

En France, l'objectif initial de la loi de 1994 était bien de donner à la pratique un instrument de coopération.

Dans une filiale commune, il est nécessaire d'organiser un équilibre des pouvoirs. La SAS offre de ce point de vue beaucoup de souplesse car l'acte uniforme (Article 853-8) ne requiert de manière impérative que la désignation d'un président représentant la société à l'égard des tiers. Sous cette contrainte, toute liberté est accordée aux associés pour réaliser un équilibre des pouvoirs et là encore, les actions de préférence récemment introduites en droit OHADA permettront de moduler les pouvoirs donnés aux associés de la SAS

3. Quelles sont ses règles de gouvernance ?

Les associés fixent librement dans les statuts la nature des organes de gestion de la société et les règles de fonctionnement de ces organes. Il est toutefois nécessaire de désigner un président chargé de représenter la société à l'égard des tiers et qui est investi, à cet effet, des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société, les dispositions statutaires limitant ses pouvoirs étant inopposables aux tiers (Article 853-8).

Le président (personne physique ou personne morale) peut être l'associé unique et/ou le seul organe de gestion de la société.

Les associés peuvent aussi prévoir d'autres dirigeants et/ou un organe collégial. Mais en dehors du président, seuls les dirigeants portant le titre de directeur général ou de directeur général adjoint (directeur général délégué en France) peuvent être investis par les statuts du pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers.

En outre, rien ne s'oppose à ce que le président consente aux autres dirigeants ou à certains d'entre eux une délégation de pouvoirs leur permettant, dans la limite de cette délégation, de contracter avec des tiers au nom de la société.

4. Comment ses actions sont-elles transmises ?

L'analyse combinée des articles 853-17 à 853-20 de l'acte uniforme révisé permet de constater que les statuts de la SAS peuvent prévoir l'interdiction pour les associés de céder leurs titres pendant une durée déterminée pourvu qu'elle n'excède pas dix ans.

Les associés peuvent aménager les conditions d'application de la clause en prévoyant par exemple, qu'elle ne s'appliquera qu'à certains associés seulement ou qu'elle ne concernera que certaines opérations de cession, ce qui permet notamment de maintenir un équilibre dans la répartition du capital ou de s'assurer qu'un associé ou un groupe d'associés ne pourra pas perdre le contrôle de la SAS avant l'expiration d'un certain délai, ou encore d'éviter que les sociétés concurrentes de la SAS ou de ses associés ne puissent devenir membres de la société.

En outre, l'acte uniforme révisé prévoit expressément la sanction de la violation de la clause d'inaliénabilité puisque l'article 853-19-1 frappe de nullité toute cession effectuée au mépris de cette clause, étant observé que cette nullité est encourue même si le tiers cessionnaire n'en avait pas connaissance.

Rien n'empêche de prévoir une sanction conventionnelle à l'encontre du cédant, notamment son exclusion pour violation des statuts.

Par ailleurs, toutes les cessions d'actions, même entre associés, peuvent être soumises à agrément.

La combinaison d'une clause d'agrément et d'une clause d'inaliénabilité permet, par exemple, d'interdire la cession d'actions à certains associés ou à des tiers pendant une période déterminée et de soumettre à agrément les cessions qui ne sont pas interdites par la clause d'inaliénabilité.

Sur ce point, il est intéressant de relever que la force obligatoire des statuts de la SAS est supérieure à celle des stipulations d'un pacte d'actionnaires prévoyant l'inaliénabilité ou l'agrément préalable (dont la violation n'entraînera pas la nullité de la cession prohibée).

5. Quelle responsabilité ses associés encourent-ils ?

Les associés de la SAS ne répondent des dettes sociales qu'à hauteur de leurs apports (Article 853-1).

Mais en pratique, si la SAS contracte des emprunts importants, il est probable que les établissements prêteurs exigeront des associés pris individuellement une garantie des engagements contractés envers eux. Cette garantie revêtira le plus souvent la forme d'un cautionnement.

Les associés qui se seraient comportés comme des dirigeants de fait s'exposent en outre à des sanctions civiles et pénales.

6. Quel est son régime fiscal ?

En règle générale, fiscalement la SAS est assimilée à une SA en droit français. Nous pensons qu'il en sera de même en droit OHADA dans la mesure où l'article 853-3 renvoie à plusieurs dispositions relatives à la SA.

Ainsi, les règles applicables aux SA, notamment en matière d'impôt sur les bénéfices, d'imposition des revenus mobiliers distribués et de droits d'enregistrement sont donc transposables aux sociétés par actions simplifiées.

En conclusion, le lecteur relèvera que l'introduction en zone OHADA de la société par actions simplifiée (combinée éventuellement avec des actions de préférence) ouvre une nouvelle ère de créativité en matière d'ingénierie juridico-financière. Les entrepreneurs et les investisseurs de la zone OHADA seront bien inspirés d'anticiper les opportunités offertes par ces nouveaux outils juridiques.