

**La SAS à l'épreuve : questions récurrentes et turbulences jurisprudentielles**

## La question des délégations de pouvoirs dans les SAS

Alain Couret  
Avocat Associé

## La question des délégations de pouvoirs dans les SAS

- Un faux problème
- Une solution efficace
- Des interrogations ?

## I – Un faux problème

### A – La recherche des origines de la difficulté

## Le droit en vigueur à la veille de 2003

- Le Président, repère indiscutable L. 227-6 :  
« *La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social* »
- Le Président, seul représentant :  
Arrêt OCP du 2 juillet 2002

## La loi du 1<sup>er</sup> août 2003

- Abandon du monopole de représentation du président :  
  
« *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, peut exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article* »

- Rédaction particulière du texte :
  - « *les statuts peuvent prévoir* »
  - « *prévoir les conditions ...* »
  - « *exercer les pouvoirs **confiés à ce dernier** (le président)* »
- Défaut de parallélisme avec les textes sur la SA
  - L. 225-56 (SA) « *Les directeurs généraux disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général* »

- Défaut de parallélisme avec les textes sur la SA

L. 225-56 (SA) « *Les directeurs généraux disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général* »

- Défaut de parallélisme (suite) :

L. 227-6 « *Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les **actes du président** qui ne relèvent pas de l'objet social ....* »

« *Les dispositions statutaires **limitant les pouvoirs du président** sont inopposables aux tiers* »

- Risques quant à l'interprétation :
  - Le président pourrait être considéré comme le seul détenteur du pouvoir de représentation (« *pouvoirs confiés au président* »)
  - Tout autre représentant ne serait que délégataire
  - Le mécanisme de la délégation de pouvoir s'inviterait alors dans le mécanisme de la répartition des pouvoirs

- Facteurs aggravants du risque, le vocabulaire du Code de commerce :
  - Le terme « *délégué* »
  - Le mot mandat parfois présent dans les textes

## Loi NRE article 131 (III)

*« Les personnes, qui à la date de publication de la présente loi, avaient reçu du conseil d'administration mandat d'assister le président avec le titre de directeur général prennent le titre de directeur général délégué »*

- Précédent

- Difficulté déjà vécue dans la SA

- Cass. Assemblée plénière 18 novembre 1994

Pouvoirs des directeurs généraux dans les SA

(aujourd'hui directeurs généraux délégués)

## B – La réalisation du risque :

- Com. 3 juin 2008

.... « *la société ne justifiait pas, à l'égard des tiers, d'une délégation ....* »

La formule nourrit le débat

- Plusieurs cours d'appel vont s'engager dans cette voie

- Les conséquences :
  - Délégation, donc publicité au K bis pour la bonne information des tiers sur l'étendue des pouvoirs délégués
  - Ce qui vaut au sommet pour les délégations les plus larges vaut pour les délégations plus étroites. Risque de voir requise la publicité de toutes les délégations

## II – Une solution efficace

- Normalisation s'agissant du droit social du licenciement
  - Admission du mandat implicite contenu dans la fonction
  - Admission de la ratification (1998 CC)

- S'agissant des autres questionnements :

- La question de la répartition des pouvoirs semble implicitement réglée

« *Attendu que .... la SAS est représentée à l'égard des tiers par son président et, si les statuts le prévoient, par un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux, de déléguer .....* » (arrêt ED)

- ces « *représentant légaux* »
- « *dont la nomination est soumise à publicité* »

- S'agissant des actes de procédure, on devrait retrouver le droit commun

Rappel du Code de procédure civile : Article 117

« Constituent des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte :

« Le défaut de capacité d'ester en justice ;

*Le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice ;*

*Le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice »*

## III – Des interrogations

- Quelles conséquences négatives possibles d'une telle qualification ?

**SAS ET DELEGATIONS DE POUVOIRS  
EN DROIT SOCIAL  
ARRETS DU 19 NOVEMBRE 2010  
Les Turbulences apaisées**

**Marie-Pierre SCHRAMM – Avocat Associé**

## RAPPEL : Un bref historique

- L'argument : L.227-6 et R.123-54 du Code de Commerce
- La Montée de la contestation
  - 25 juin 2008
  - Une vague d'arrêts convergents fin 2009 : Orléans, 3 novembre 2009; Versailles, 5 novembre 2009; Paris 3 décembre 2009; ...
- Des risques majeurs :
  - Défaut de cause réelle et sérieuse
  - Ou Nullité du licenciement
- **Le DRH d'une Société ou d'un groupe peut-il encore licencier ?**

## QUE FAIRE DANS CE CONTEXTE INCERTAIN ?

### – Quelques approches techniques

- Conférence CMS BFL du 2 février 2010 - intervention du Président TRICOT
- La position du Greffe de Versailles du 5 mai 2010
- Question parlementaire du Sénateur du Luart et Rép. Min. du 9/IX/2010

### – Les palliatifs pratiques envisagés

- Auditer et Reconstruire les délégations
- Publier au RCS ... s'il le veut bien !
- Le Président de la SAS comme seule machine à signer ?

### – La poursuite des contentieux

- Paris, Pôle 6, Ch.1, 24 février 2010

## LA CHAMBRE MIXTE DU 19 NOVEMBRE 2010

- **La Chambre Mixte** : 2° Civile, Commerciale, Sociale
- **La question** : *« validité, au regard des dispositions de l'article L. 227-6 du code de commerce, de la lettre de licenciement d'un salarié d'une société anonyme par actions simplifiée émanant d'une personne qui n'est ni le président de la société, ni autorisée par les statuts à recevoir délégation pour exercer le pouvoir de licencier. »*
- **Les 2 arrêts frappés de pourvoi** :
  - Versailles, 5 novembre 2009, WHIRLPOOL - DRH : Défaut de CRS
  - Paris 3 décembre 2009, ED, Manager : Nullité du licenciement
- **La Solution** : **2 arrêts et un Communiqué**

## LA DECISION du 19 Novembre 2010 - Principe

– Le principe est affirmé :

*« la Cour de cassation met ainsi fin à une interprétation qu'elle considère comme erronée de l'article L 227-6 du code de commerce, fondée sur une confusion entre*

- *le pouvoir général de représentation de la S.A.S à l'égard des tiers, soumis aux dispositions de ce texte,*
- *et la délégation de pouvoirs fonctionnelle, qui permet aux représentants de toute société, y compris des S.A.S, de déléguer, conformément au droit commun, une partie de leurs pouvoirs afin d'assurer le fonctionnement interne de l'entreprise. »*

## LA DECISION du 19 Novembre 2010 - Application

Les conséquences en sont tirées :

- les dispositions de l'article L. 227-6 du Code de commerce n'excluent pas la possibilité, pour le président ou le directeur général, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise.
- Une telle délégation n'obéit à aucun formalisme particulier et peut résulter des fonctions même du salarié
- A défaut de pouvoir initial du délégué, la délégation –ou le mandat– peut être ratifié(e) a posteriori et de manière tout aussi informelle, par le seul constat de la volonté claire et non équivoque de la société.

## LES LIMITES ET INCERTITUDES SUITE A CES DECISIONS

- En cas de pluralité des mandataires
- En présence d'une délégation non valable (Cass. Soc. 20 septembre 2010)
- Délégation et contrat de travail
- Délégation dans un groupe
- Délégation pénale

Obligation imposée par le juge de mentionner au RCS  
les membres des organes sociaux de la SAS

information utile ou publicité mensongère ?

Christophe Lefaillet  
Avocat Associé

## Obligation de publicité des organes sociaux dans les SAS : information utile ou publicité mensongère ? (1/6)

### – Fondement de l'obligation de publicité

- Article R. 123-54 du Code de commerce :

« *La société déclare en outre : (...)*

- Les nom, nom d'usage, pseudonyme, prénoms, date et lieu de naissance, domicile personnel et nationalité des :

– *Directeurs généraux, directeurs généraux délégués, membres du directoire, président du directoire ou, le cas échéant, directeur général unique, associés et tiers ayant le pouvoir de diriger, gérer ou engager à titre habituel la société avec l'indication, pour chacun d'eux lorsqu'il s'agit d'une société commerciale, qu'ils engagent seuls ou conjointement la société vis-à-vis des tiers*

– *Le cas échéant, administrateurs, président du conseil d'administration, président du conseil de surveillance, membres du conseil de surveillance et commissaire aux comptes ; (...)* »

## Obligation de publicité des organes sociaux dans les SAS : information utile ou publicité mensongère ? (2/6)

- Situation antérieure à 2009, interprétation **très restrictive** de R.123-54 :
  - Mention au RCS du seul Président de la SAS et des directeurs généraux et/ou directeurs généraux délégués
  
- Situation suite à la nouvelle obligation mise à jour par le greffe du TC de Paris, interprétation extensive de R. 123-54 :
  - Mention au RCS des organes sociaux qui disposent des pouvoirs de direction, de gestion ou d'engagement à titre habituel de la société

## Obligation de publicité des organes sociaux dans les SAS : information utile ou publicité mensongère ? (3/6)

- T.Com Paris, 2 octobre 2009, Sté DOMCO, ordonnance rendue par le juge du tribunal de commerce de Paris commis à la surveillance du registre du commerce
  - Sans remettre en cause les dispositions de l'article L. 227-6 du Code de commerce, l'article R. 123-54 n'opère pas « de distinction selon la forme sociétale choisie; que les dispositions de cet article ne s'imposent donc pas seulement aux SA à directoire et à Conseil de Surveillance mais également à l'ensemble des sociétés commerciales ayant décidé de se doter d'un conseil de surveillance. »
- CA Paris, 18 mai 2010, SAS Groupe Lucien Barrière
  - l'article R.123-54 du Code de Commerce vise « la société » sans distinguer les différentes formes de celle-ci ni selon que son organisation et son régime sont issus de la loi ou des statuts; (...) dès lors qu'elles se dotent d'un directoire et/ou d'un conseil de surveillance les SAS doivent révéler au RCS les présidents et membres de ces organes quels que soient leurs pouvoirs aux termes des statuts. »

## Obligation de publicité des organes sociaux dans les SAS : information utile ou publicité mensongère ? (4/6)

- Confirmation par le Ministère de la Justice de l'analyse des juges
  - (Réponse Ministérielle publiée dans le JO Sénat du 09/09/2010)
- Formulaire M0 de déclaration de création d'une société :
  - « Les président, directeur général, directeur général délégué » et « toutes les personnes ou organe collégial désigné dans les statuts ayant le pouvoir de diriger, gérer ou engager à titre habituel la société » doivent être mentionnés au RCS.

## Obligation de publicité des organes sociaux dans les SAS : information utile ou publicité mensongère ? (5/6)

### – Information utile :

- En cas d'identité des organes sociaux de SAS à ceux des SA

### – Publicité mensongère :

- Si les pouvoirs des organes sociaux des SAS diffèrent tout en portant le même nom que ceux d'une SA

## Obligation de publicité des organes sociaux dans les SAS : information utile ou publicité mensongère ? (6/6)

### – Conclusion :

- La Cour de Cassation va-t-elle mettre fin également et rapidement à l'obligation de publicité au RCS des organes sociaux des SAS comme en matière de délégation de pouvoirs, conformément aux arrêts de chambre mixte du 19 novembre 2010 ?
- En cas de confirmation de l'obligation de publicité des organes sociaux au RCS : possibilité de contournement de cette obligation par la conclusion de pactes extrastatutaires non soumis à publicité pour organiser la gouvernance des SAS...

## Caractère obligatoire ou non des commissaires aux comptes

Jean-Eric Cros  
Avocat Associé

## Caractère obligatoire ou non des commissaires aux comptes

- Le texte : Article L. 227-9-1 du Code de commerce (entrée en vigueur le 28 février 2009)
  - Ne sont tenues de désigner un commissaire aux comptes [(CAC)], titulaire et suppléant, que les SAS qui :
    - dépassent à la clôture d'un exercice deux des seuils suivants :
      - 1.000.000 € pour le total du bilan
      - 2.000.000 € pour le CA H.T.
      - 20 salariés permanents en moyenne au cours de l'exercice
    - ou contrôlent une ou plusieurs sociétés ou qui sont contrôlées par une ou plusieurs sociétés

La notion de contrôle est celle du II (contrôle exclusif) et du III (contrôle conjoint) de l'article L. 233-16

## Questions pratiques :

- Quid en cas de franchissement des seuils ?
- Quid en cas de prise de contrôle par une société ou d'une filiale ?
- Quid de l'intervention des CAC pour certaines opérations ?
- Quid des conventions réglementées ?

## Quid en cas de franchissement des seuils ?

### – Franchissement des seuils

- A la baisse (et sans situation de contrôle) : fin du mandat en cours et si deux des trois seuils n'ont pas été dépassés pendant les deux exercices précédents
- A la hausse : désignation du CAC lors de l'approbation des comptes de l'exercice au cours duquel les seuils ont été dépassés
  - Cas particulier de la transformation en SAS (sans situation de contrôle) : CNCC considère que seule la situation de seuils non dépassés à la clôture du dernier exercice précédant la transformation permet de ne pas poursuivre le mandat du CAC

## Quid en cas de prise de contrôle par une société ou d'une filiale ?

- Prise de contrôle de la société elle-même ou d'une filiale
  - Bull. CNCC 2010 p.223
  - Que ce soit en « amont » (prise de contrôle de la société par une autre société) ou en « aval » (prise de contrôle d'une filiale) et quelle que soit la nationalité de la société contrôlante ou contrôlée :
  - Le CAC doit être nommé par les associés sans délai et doit certifier les comptes de l'exercice au cours duquel il a été nommé.
  - Si la nomination intervient après l'exercice de survenance du contrôle, les associés devront lui confier une mission complémentaire sur l'exercice précédent

## Quid de l'intervention des CAC pour certaines opérations ? (1/3)

- Interventions des CAC pour certaines opérations (dans une SAS sans CAC), faut-il désigner un CAC ad hoc ?
  - ANSA (3 déc.2008 n°08.058)
  - Commission des études juridiques de la CNCC bull. 156 EJ 2009-045
- Une SAS sans CAC n'est pas tenue de faire intervenir un CAC pour les opérations relevant du seul régime des SA (application de l'article L. 227-1 : dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières des SAS les règles concernant les SA (à l'exception de certaines) sont applicables aux SAS)

## Quid de l'intervention des CAC pour certaines opérations ? (2/3)

- Interventions des CAC pour certaines opérations (dans une SAS sans CAC), faut-il désigner un CAC ad hoc ?
  - Il résulte de cette analyse, que ne seraient pas tenues de faire intervenir un CAC les SAS pour :
    - augmentation de capital avec suppression du DPS
    - transformation (mais commissaire à la transformation dans certains cas)
    - réduction de capital
    - augmentation de capital par incorporation de créance
    - stock-options ou actions gratuites

## Quid de l'intervention des CAC pour certaines opérations ? (3/3)

- Interventions des CAC pour certaines opérations (dans une SAS sans CAC), faut-il désigner un CAC ad hoc ?
  - Pour les autres cas : recours à une interprétation grammaticale pour la CNCC (pas pour l'ANSA), en distinguant la référence au « du » CAC de la société ou « d'un » ou « des » CAC
    - L'article défini renvoie à l'intervention obligatoire du CAC de la société, obligation qui tombe pour défaut de CAC
      - exemple : émission de valeurs mobilière donnant accès au capital
    - L'article indéfini renvoie à l'obligation de faire intervenir un CAC, qu'il y en ait un ou non en fonction
      - exemple : distribution d'un acompte

## Quid des conventions réglementées

### – Les conventions réglementées

- Deuxième Article L. 227-10 : si aucun CAC n'a été nommé, le Président présente aux associés un rapport sur les conventions entrant dans le champ d'application des conventions réglementées
- Les associés statuent sur ce rapport, aux lieu et place de celui du CAC
- Pour les conventions courantes conclues à des conditions normales : aucune procédure n'est prévue pour se substituer à la transmission au CAC

## SAS et aleas de la jurisprudence sur l'application de l'article 1843-4 du Code civil (1/3)

- Incertitude de l'efficacité des clauses de prix dans les statuts (depuis jurisprudence Cour de cassation décembre 2007) : « *En application de l'article 1843-4 du Code civil, ces clauses doivent s'effacer en cas de demande de fixation du prix par un expert, qui a toute liberté pour fixer le prix.* »
- La sécurité peut être retrouvée dans une SAS dans le cadre de l'article L. 227-18 du Code de commerce

## SAS et aleas de la jurisprudence sur l'application de l'article 1843-4 du Code civil (2/3)

### – Article L .227-18

- Si les statuts ne précisent pas les modalités du prix de cession des actions lorsque la société met en œuvre une clause d'agrément, de sortie forcée ou d'exclusion en cas de changement de contrôle, ce prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4

## SAS et aleas de la jurisprudence sur l'application de l'article 1843-4 du Code civil (3/3)

- Champ d'application de cet article :
  - uniquement les clauses d'agrément et d'exclusion
    - Il ne s'applique donc pas aux clauses de préemption et aux clauses d'accompagnement
  
- Modalités d'application
  - prix fixé (ou déterminable) par les statuts
  - par accord entre les parties :
    - dans un pacte ou un engagement distinct hors statuts
  
- A défaut seulement par l'expert de l'article 1843-4