

Sociétés et dirigeants

SAS : le régime des clauses d'exclusion soumis à l'examen du Conseil constitutionnel

Le droit de propriété des associés de SAS est-il atteint par les dispositions légales autorisant respectivement les clauses statutaires d'exclusion et leur modification sans accord unanime ? Le Conseil constitutionnel devra le dire d'ici le 13 janvier prochain.

Une clause d'exclusion figurant dans les statuts d'une SAS est modifiée afin de prévoir que tout associé est en droit de voter sur la décision de sa propre exclusion, et non plus qu'il est privé de ce droit – ce qui rendait la clause illicite (Cass. com., 9 juill. 2013, n° 11-27.235). Cette décision est prise en AGE à la majorité prévue pour la modification des statuts.

L'associé en cause assigne la société en nullité de cette modification statutaire, de la décision de son exclusion subséquente et de la cession de ses actions. Aux termes de questions prioritaires de constitutionnalité, il met en cause :

– les dispositions de l'article L. 227-16 (al. 1) du code de commerce, qui permettent aux statuts de SAS de prévoir les conditions dans lesquelles un associé peut être tenu de céder ses actions,

– et de l'article L. 227-19 (al. 2) du même code, selon lesquelles les clauses statutaires mentionnées à l'article L. 227-16 peuvent être modifiées par la collectivité des associés aux conditions et formes prévues par les statuts, et non plus nécessairement à l'unanimité.

Ces dispositions ne seraient pas, selon l'intéressé, conformes aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) en ce qu'elles porteraient atteinte à son droit de propriété d'associé sans nécessité publique ni motif d'intérêt général et permettraient la cession forcée de ses actions sans qu'il ait consenti à l'adoption de la clause d'exclusion statutaire l'autorisant.

Applicabilité des dispositions contestées aux SAS créées avant le 21 juillet 2019

Préalablement à l'examen du caractère sérieux ou non de ces demandes, la cour devait trancher un point débattu en doctrine : les dispositions contestées de l'alinéa 2 de l'article L. 227-19, issues de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 (dite « Soilihi »), étaient-elles applicables à toutes les SAS ou uniquement à celles constituées après l'entrée en vigueur de cette loi (soit le 21 juillet 2019) en application du principe de survie de la loi ancienne pour les contrats en cours ?

La Cour de cassation observe, en premier lieu, que « ces dernières dispositions, qui suppriment l'exigence d'unanimité pour l'adoption ou la modification d'une clause statutaire d'exclusion dans les SAS, ont pour objet et pour effet de régir les effets légaux du contrat de société. ». Dès lors, conclut-elle, elles sont applicables aux SAS créées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019.

Le principe de la clause d'exclusion statutaire et l'abandon de l'unanimité sérieusement mis en cause

Selon la Cour de cassation, « les questions posées présentent un caractère sérieux en ce que :

– d'une part, l'article L. 227-16, alinéa 1er du code de commerce a pour conséquence de permettre à une SAS de priver, en exécution d'une clause statutaire d'exclusion, un associé de la propriété de ses droits sociaux sans que cette privation repose sur une cause d'utilité publique,

– et en ce que, d'autre part, il résulte de la combinaison de ce texte avec l'article L. 227-19, alinéa 2 de ce code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, qu'une SAS peut désormais, par une décision non prise à l'unanimité de ses membres, priver un associé de la propriété de ses droits sociaux sans qu'il ait consenti par avance à sa possible exclusion dans de telles conditions,

– de sorte que ces dispositions seraient de nature à porter atteinte au droit de propriété et à ses conditions d'exercice, garantis par les articles 17 et 2 de la DDHC du 26 août 1789. »

La mise en cause par voie de QPC de l'abandon de la règle de l'unanimité était attendue. Cet abandon fragilise, en effet, le bien-fondé du principe même des clauses d'exclusion en soumettant les minoritaires à des modalités d'exclusion à la main des majoritaires tant sur le terrain du motif d'exclusion que sur celui du prix de rachat des actions. Il est opportun de souligner, à cet égard, que l'article 17 de la DDHC subordonne la privation du droit de propriété non seulement à une cause d'utilité publique, mais également à « une juste et préalable indemnité ». Or, même les auteurs parmi les plus favorables au dispositif issu de la loi Soilihi s'accordent à reconnaître que cette juste indemnité ne peut être laissée à l'appréciation des seuls associés majoritaires, ce que permet désormais la loi (l'intervention de l'expert de l'article 1843-4 du code civil n'étant prévue qu'à titre supplétif, en application de l'article L. 227-18, alinéa 1er du code de commerce). On admettra que le moyen le plus raisonnable d'éviter des débats sans fin sur l'appréciation d'une juste indemnité est d'obliger les associés à se mettre tous préalablement d'accord sur les modalités de fixation du prix de rachat, quitte à confier le soin à un expert de trancher en cas de contestation. Il est souhaitable que le Conseil constitutionnel n'évite pas cet épineux sujet, qui n'est pas explicité dans les QPC soumises.

Ces réserves n'interdisent pas d'être surpris par la transmission aux Sages d'une QPC mettant en cause le principe même des clauses d'exclusion tant celles-ci sont entrées dans la pratique. Certes, à moins de voir dans la liberté contractuelle une « cause d'utilité publique », on peine à distinguer une cause de cette nature pouvant justifier les clauses d'exclusion statutaires. La notion voisine d'« intérêt général » appelle la même remarque, n'ayant permis de valider un mécanisme légal de cession forcée des titres que dans le cadre particulier du redressement d'entreprises (Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 QPC). Cependant, on peut aussi admettre que la validité de clauses d'exclusion conformes à l'intérêt social et arrêtées d'un commun accord entre des personnes privées ne soit pas conditionnée à une utilité publique (ou, par extension, à l'intérêt général), compte tenu du caractère apparemment inadapté de cette notion aux rapports concernés. Encore faudrait-il garantir ce commun accord en revenant à l'exigence de l'unanimité. Selon le professeur Bruno Dondero, on peut aussi voir dans la clause d'exclusion « une clause résolutoire plus ou moins encadrée par l'ordre public sociétaire et appliquée au contrat de société ». Il appartiendra au Conseil constitutionnel d'évaluer ces propositions.

Perspectives

Quoiqu'il ne faille présumer de rien, il est peu probable que la faculté offerte aux SAS de prévoir des clauses statutaires d'exclusion soit définitivement écartée dans la mesure où il en résulterait une atteinte a priori excessive à la liberté contractuelle qui prévaut dans la SAS.

Il paraît moins hypothétique que les Sages conservent le dispositif légal en l'état, en faisant éventuellement valoir l'existence de contrepoids d'origine légale ou jurisprudentielle permettant de le rendre acceptable. Parmi ces contrepoids pourrait figurer l'article 1836 (al. 2) du code civil qui, en interdisant d'augmenter les engagements d'un associé sans son accord, serait de nature à limiter radicalement la portée de l'alinéa 2 de l'article L. 227-9 issu de la loi Soilihi, étant précisé qu'une partie de la doctrine estime qu'une application combinée de ces textes est possible. Ce choix serait cependant discutable dans la mesure où l'état actuel de la jurisprudence ne permet pas d'affirmer avec certitude que l'ajout d'une clause d'exclusion ou d'un cas d'exclusion dans les statuts constitue une augmentation d'un engagement plutôt qu'une réduction d'un droit. Le maniement de ces notions paraît encore plus malaisé en cas de modification des modalités de fixation du prix de rachat. Surtout, la lecture la plus raisonnable de l'alinéa 2 de l'article L. 227-9 du code de commerce invite à y voir une dérogation non équivoque à l'article 1836 (al. 2) du code civil, permise par l'article 1834 du même code (ANSA, avis n° 19-059, 6 nov. 2019).

Une autre voie pourrait consister à revenir à l'exigence de l'unanimité pour l'introduction ou la modification des clauses d'exclusion tout en permettant aux statuts d'exclure l'associé concerné du vote sur son exclusion afin de résoudre le cas des clauses réputées non écrites.

Nul doute que le Conseil constitutionnel pourrait envisager encore d'autres solutions dans sa réponse aux QPC transmises, qui devra intervenir au plus tard le 13 janvier 2023.

◆ *Cass. com., QPC, 12 oct. 2022, n° 22-40.013, n° 699 B*

Gaël Lesage,
Dictionnaire Permanent Droit des affaires

Éditions Législatives – www.elnet.fr

Article extrait du Bulletin d'actualité des greffiers des tribunaux de commerce n° 168, novembre 2022 :
www.cngtc.fr