



Le Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés est fier de vous présenter :

LA CONFORMITÉ DES CLAUSES D'EXCLUSION DE LA SAS À LA CONSTITUTION



Maxence Rouault

Étudiant du Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés



Philippe Durand

Étudiant du Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés

Le 9 décembre 2022, le Conseil constitutionnel a rendu une décision après avoir été saisi de quatre Questions Prioritaires de Constitutionnalité (QPC) concernant la conformité des dispositions des articles L227-16 et L227-19 du code de commerce aux textes constitutionnels. Plus précisément, la question principale était de déterminer si le dispositif légal de clause statutaire d'exclusion d'un associé dans une société par actions simplifiée (SAS) revêtait une atteinte au droit fondamental de propriété dont le Conseil est garant. La réponse des Sages peut se résumer en ces quelques mots : les dispositions ouvrant droit à l'insertion d'une clause d'exclusion dans les statuts d'une SAS ne constituent pas une atteinte au droit de propriété, à condition que certaines garanties accordées à l'associé soient respectées¹.

En l'espèce, un salarié et associé d'une SAS avait démissionné de ses fonctions salariées au mois d'octobre 2020. Néanmoins, un article des statuts de cette société prévoyait que la qualité d'associé n'était réservée qu'aux salariés ou mandataires sociaux de la société. Le texte précisait même qu'en cas de perte de ce statut, le président de la société devait alors convoquer l'assemblée générale des associés afin de se prononcer sur l'exclusion de l'associé concerné. Le 22 janvier 2021, cette assemblée générale décide alors de se réunir et de voter l'exclusion de l'associé en question conformément aux statuts, tout en ayant, au sein de la même décision, convenu de la modification de la procédure d'exclusion de l'associé conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, afin que l'associé menacé d'exclusion puisse prendre part au vote.

En contestation de sa procédure d'exclusion, l'associé décide alors d'assigner la société en nullité de la

modification statutaire et de la décision l'excluant de la société, tout en produisant un mémoire complémentaire composé de quatre QPC. La Cour de cassation constate alors qu'elles répondent aux conditions de transmission au Conseil constitutionnel étant donné que ces dispositions s'appliquent bien au litige, n'ont pas encore été déclarées conformes à la Constitution et présentent un caractère sérieux². Dès lors, les QPC sont transmises et c'est au tour du Conseil constitutionnel de se prononcer sur le fond de ces quatre QPC.

Il est à noter que ces questions sont loin d'être anodines tant la pratique a recours à ce genre de dispositifs statutaires. Pour les 1,4 millions de sociétés par action simplifiées, cette décision représente donc un soulagement dans le sens où les articles L227-16 et L227-19 du code de commerce ne pourront être annulés sur le fondement du droit de la propriété selon la décision. Cependant, ce soulagement est teinté de nuances, car les restrictions liées à cette clause sont rappelées par le Conseil, notamment pour constater le caractère proportionné de l'atteinte à ce droit fondamental.

C'est en cela qu'il est intéressant d'étudier cette décision à travers deux aspects. Le premier réside dans l'argumentaire du Conseil constitutionnel pour justifier la légitimité de l'atteinte au droit de propriété (I). Le second aspect de cette décision permet de faire apparaître plus précisément des éléments du régime de la clause d'exclusion dans une SAS, qui permettent d'éclairer le caractère proportionnel de ladite atteinte (II).

¹ B. DONDERO, "Société par actions simplifiée - L'exclusion qui nous rassemble", La semaine Juridique Entreprise et Affaires n°51-52, 22 décembre 2022, p.24

² Com., 12 oct. 2022, n°22-40.013

I. La légitimité de l'atteinte au droit de propriété

Afin de répondre aux questions soulevées par le requérant, le Conseil constitutionnel réalise une réflexion en deux temps. Tout d'abord, une privation du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen est étudiée (A). Dans l'éventualité seulement où cette privation n'est pas constatée, le Conseil étudie ensuite une éventuelle atteinte au droit de propriété conformément à l'article 2 de ce même texte sur la base des critères du motif d'intérêt général et de proportionnalité (B).

A. Une absence de privation du droit de la propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Au sein même de ses quatre QPC, le requérant reproche aux dispositions L.227-16 et L227-19 du code de commerce d'opérer une privation de propriété à l'égard de l'associé exclu, qui ne serait pas justifiée par une nécessité publique comme l'exige l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Pour écarter cette interprétation, le Conseil constitutionnel constate préalablement que les dispositions critiquées n'ouvrent qu'un droit d'exclusion d'un associé, en vertu de dispositions préalablement insérées dans les statuts. Dès lors, cet associé peut être contraint de céder ses actions, mais cela ne représente pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la DDHC pour les Sages.

Cette question semble donc rapidement expédiée alors même que la réponse n'est pas si évidente au premier abord. En effet, comment ne pas voir un début de privation de propriété lorsqu'un associé se retrouve

contraint de céder ses titres malgré sa volonté ? Le Conseil semble distinguer l'exclusion de l'associé de la cession de ses actions, cette dernière opération n'étant qu'une conséquence éventuelle de la première selon les termes de la décision qui évoque « qu'un associé peut être contraint de céder ses actions » à l'issue de son exclusion.

Pourtant, par une lecture stricto sensu de l'article L227-16 du code de commerce, le législateur évoque bien que « les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions ». Ainsi, lorsque l'exclusion de l'associé au sens de cette disposition légale est évoquée dans la décision du Conseil constitutionnel, la notion devrait bien recouvrir directement l'idée d'une cession des actions. Au sens de la disposition du code de commerce en effet, l'exclusion de l'associé est envisagée sous le seul prisme de la cession de ses actions, et dès lors, ces deux notions se confondent. L'explication du Conseil semble donc relativement floue sur ce point, et il peut être difficile de ne pas constater une privation de propriété par une analyse objective.

Cette absence de précision dans la décision rendue par le Conseil laisse dès lors libre cours à l'interprétation de différents auteurs. Parmi eux, l'analyse du Professeur Edmond SCHLUMBERGER est particulièrement intéressante. Selon lui, la position des juges du Conseil peut être justifiée par le caractère en pratique facultatif de la disposition légale, qui ne réalisera véritablement ses effets qu'en cas de clause statutaire préalablement rédigée, puis postérieurement qu'en cas de décision d'exclusion par les associés selon les conditions et formes prévues par les statuts³. Ces deux conditions peuvent dès lors représenter des garanties au droit de propriété, permettant ainsi d'écarter

³ E. SCHLUMBERGER, "La constitutionnalité des clauses statutaires d'exclusion de SAS", Bulletin Joly Sociétés, Janvier 2023, p.13.

l'interprétation stricte de la privation du droit de propriété, et de se rapprocher de la logique retenue par le Conseil constitutionnel.

B. Une atteinte au droit de propriété justifiée par un motif d'intérêt général au sens de l'article 2 de la DDHC

Malgré l'exclusion de l'article 17 de la DDHC, le Conseil constitutionnel a dû néanmoins étudier dans un second temps l'éventuelle contrariété des dispositions L227-16 et L227-19 du code de commerce relativement à l'article 2 de la DDHC. Cet article portant sur une atteinte au droit de propriété, les Sages rappellent que cette restriction à ce droit fondamental ne peut être justifiée que par un motif d'intérêt général, tout en étant proportionnée à l'objectif poursuivi.

En ce qui concerne la première condition, le Conseil constate que la disposition dans sa dernière version issue de la loi du 19 juillet 2019 vise à garantir dans les sociétés par actions simplifiées « la cohésion de [leur] actionnariat », et à « assurer ainsi la poursuite de [leur] activité ». En l'occurrence, la décision mentionne même les travaux préparatoires de ladite loi évoquant les situations de blocage où l'associé visé par une potentielle clause d'exclusion empêche l'adoption ou la modification d'une telle disposition dans les statuts de la société concernée. La décision rendue par le Conseil est donc conforme à l'intérêt de la SAS, en privilégiant la poursuite de l'activité de la société comparativement à l'intérêt personnel de l'associé exclu⁴.

Ce premier point n'appelle pas particulièrement de commentaires étant

donné qu'elle confirme la continuité d'interprétation du Conseil constitutionnel à ce sujet. En effet, par une décision du 5 août 2015, les Sages avaient pu décider que l'article L631-19-2 du code de commerce, prévoyant une obligation des actionnaires majoritaires à céder tout ou partie de leur participation au profit de personnes engagées à exécuter un projet de plan de redressement de l'entreprise, était conforme à la Constitution car poursuivant un objectif d'intérêt général qu'est celui de la poursuite d'activité des entreprises⁵. Dans la même lignée et à titre d'exemple, la décision du 7 octobre 2015 portant sur la constitutionnalité de l'article L631-19-1 présente la même structure dans son argumentation⁶.

Cependant, certains auteurs ont pu s'étonner de la formulation du Conseil constitutionnel sur ce point. En effet, comment une exclusion d'un associé pourrait permettre d'assurer la « cohésion de l'actionnariat » ? L'exclusion n'est-elle pas justement un révélateur d'un manque de cohésion ? Cette réflexion est très vite effacée dès lors que l'on constate qu'écartier un associé qui menace la cohésion de l'actionnariat, de par sa capacité de blocage dans les décisions de l'assemblée générale nécessitant l'unanimité, représente finalement un moyen de garantir une certaine homogénéité parmi les actionnaires, et d'éviter les situations de blocage préjudiciables à toute société⁷.

Ainsi le Conseil constitutionnel relève l'argument classique de la poursuite d'activité de la société afin de justifier l'atteinte du droit de propriété par un motif d'intérêt général. Pour autant, il convient encore pour les Sages d'en étudier la proportionnalité afin de pouvoir pleinement

⁴ H. LEYRAT, « Société par actions simplifiée : quelle validité pour les clauses d'exclusion d'un associé ? », AUREP (site web), Actualité du 13 octobre 2022.

⁵ Décision n°2015-715 DC du Conseil constitutionnel, 5 août 2015.

⁶ Décision n°2015-486 QPC du Conseil constitutionnel, 7 octobre 2015

⁷ B. DONDERO, « Société par actions simplifiée - L'exclusion qui nous rassemble », La semaine Juridique Entreprise et Affaires n°51-52, 22 décembre 2022, p.25

écarter une violation de ces dispositions vis-à-vis de l'article 2 de la DDHC.

II. Les précisions apportées au régime de la clause d'exclusion statutaire

Une fois la question de la légitimité traitée, le Conseil constitutionnel semble justifier la proportionnalité de l'atteinte à travers l'existence des conditions d'établissement de la clause (A) et des droits octroyés à l'associé exclu en vertu d'une telle clause (B), qu'il précise dans la suite de la décision.

A. Sur les conditions d'établissement de la clause

Les conditions d'établissement de la clause d'exclusion statutaire pour les SAS sont visées au neuvième point. Celui-ci est à lire en considération du précédent, dans l'éventualité où si on offre un moyen supplémentaire d'écarter un associé, on pose cependant un cadre, un garde-fou pour s'assurer d'un certain équilibre. Celui-ci repose en la stipulation dans les statuts de la société d'un motif d'exclusion, et d'une procédure statutaire à suivre pour pouvoir procéder à ladite exclusion.

En ce sens, l'un des réels apports de ce point est qu'on précise ici, que le motif n'est pas libre. Il répond à trois critères bien précis que sont la conformité à l'intérêt social, à l'ordre public, et le caractère non-abusif de celle-ci.

Si les deux premiers sont aisément appréciables, on pourrait s'interroger sur la façon d'instituer la jauge pour le troisième (voir infra.). En ce sens, le Professeur Bruno DONDERO nous invite à nous référer à la jurisprudence antérieure pour identifier a minima à travers cette notion : le non-respect de la procédure d'exclusion, le non-

respect des droits de la défense et l'insuffisance des motifs retenus⁸.

En outre, on peut aussi se demander si cette liste de critères est limitative. Que se passerait-il si une clause statutaire d'une SAS instituait d'autres valeurs cardinales supplémentaires, auxquelles le motif d'exclusion devrait être conforme ? En l'absence de jurisprudence suffisamment étayée à ce sujet, il convient de valider une telle clause afin de respecter la nature contractuelle de la SAS qui est toujours soumise aux dispositions l'article 1832 du Code civil, sous réserve évidemment que le cumul de ces valeurs supplémentaires ne constitue pas en lui-même, un abus.

Enfin, il faut se demander si par cette décision, le Conseil constitutionnel a voulu symboliser la frontière avec les sociétés à capital variable, qui ont fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation où il a été considéré en sens contraire, que ses associés peuvent être exclus sur le fondement d'une clause ne précisant pas les motifs d'exclusion⁹.

B. Sur les droits octroyés à l'associé exclu

Les droits octroyés à l'associé exclu en vertu de la clause d'exclusion sont visés aux dixième et onzième points de la décision.

Dans ce dixième point précisément, le Conseil constitutionnel ne fait que rappeler le contenu de l'article L227-18 qui s'attarde sur les trois modalités possibles de fixation du prix de rachat des droits sociaux de l'associé exclu. Si tout seul, ce point ne soulève pas de remarques ou de critiques, il convient cependant de l'avoir à l'esprit lorsque l'on lit le point suivant à propos du prix de cession.

⁸ B. DONDERO, "Société par actions simplifiée - L'exclusion qui nous rassemble", La semaine Juridique Entreprise et Affaires n°51-52, 22 décembre 2022, p.27

⁹ Com. 9 nov. 2022, n°21-10.540

Dans le onzième point, le Conseil constitutionnel donne la faculté à l'associé de contester judiciairement son exclusion, et le prix de cession de ses actions.

Dans cette première possibilité offerte à l'associé exclu, on peut sans surprise, y voir le contrôle a posteriori du respect des trois critères énoncés dans le neuvième point, à travers le motif d'exclusion retenu par la clause.

Cependant, la formule utilisée par le Conseil dans ce point est assez critiquable dès lors qu'il appelle aux juges à "s'assurer de la réalité et de la gravité du motif retenu". Assez critiquable, car l'utilisation du terme "et" qui implique un caractère cumulatif de la réalité et de la gravité du motif, ne permet pas d'englober toutes les clauses d'exclusion envisageables.

Notamment, comment les juges du fond sont-ils censés juger de la gravité d'une clause d'exclusion qui se fonde sur la perte d'une qualité par l'associé visé comme c'est le cas dans la situation du requérant, ou d'une clause qui se fonde sur la mise en liquidation judiciaire d'un associé ? Il s'agit là de faits objectifs, qui n'appelle à aucune appréciation quant à leur gravité¹⁰. On ne peut en effet qu'apprécier leur réalité. Le contrôle de la réalité et de la gravité du motif énoncé par le Conseil ne pourrait en réalité être appliqué qu'à des faits plus subjectifs, comme des comportements portant atteinte à l'intérêt social par exemple.

Concernant la seconde possibilité, on peut émettre de grands doutes quant à son applicabilité en pratique¹¹. En effet, l'associé faisant l'objet de la clause d'exclusion pourrait contester le prix de cession de ses actions, uniquement si l'une des modalités de l'article L227-18 du Code de commerce n'a pas été respectée.

¹⁰ E. SCHLUMBERGER, "La constitutionnalité des clauses statutaires d'exclusion de SAS", Bulletin Joly Sociétés, Janvier 2023, p.14

Entendons par là, les hypothèses où le prix ne respecte pas les modalités prévues par les statuts de la société, ou l'accord potentiellement conclu entre l'associé exclu et les autres associés, ou n'est pas celui déterminé par l'expert désigné dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil.

C'est uniquement dans ces trois cas de figure issus de l'article L227-18 du Code de commerce rappelé dans le dixième point, que le Conseil semble légitimer l'éventuelle contestation du prix de cession des actions par l'associé exclu.

Auparavant, les modalités de cette faculté de contestation auraient été suffisantes pour assurer l'équilibre entre la force de la clause d'exclusion et la garantie des droits des associés exclus sur le plan indemnitaire, du fait que ceux pouvant être pris sous le joug d'une telle clause auraient forcément donné leur consentement préalable à son adoption. Le cas échéant, ceux-ci auraient été exclus en connaissance de cause des modalités de détermination du prix de leurs actions à céder.

Mais, l'entrée en vigueur de la loi Soilihi a engendré des situations où des associés n'ayant pas donné leur consentement, se retrouvent avec une épée de Damoclès pendant au-dessus de leur tête. Des associés qui se verraient alors garantir un prix auquel ils n'ont pas consenti, et qui leur est rarement profitable.

En réaction à cette situation injuste, une partie de la doctrine a considéré que seul le bénéfice d'un plein contrôle du juste prix, différent donc de la faculté de contestation vraisemblablement évoquée par le Conseil, serait en mesure de restaurer l'équilibre entre la puissance de la clause d'exclusion et la garantie des droits des associés

¹¹ . DELVALLEE, "Conformité à la Constitution du dispositif d'exclusion statutaire dans les SAS", Dalloz actualité, 12 janvier 2023, p.5

exclus¹². Néanmoins, cette solution établit un cloisonnement avec d'un côté les associés qui avaient donné leur consentement préalable et qui pourraient potentiellement obtenir un meilleur prix que celui issu de l'une des trois méthodes de

l'article L227-18 qui aura été choisie, et de l'autre les associés qui n'ont pas donné leur consentement préalable et pour qui ce contrôle du juste prix serait réellement légitime.

¹² E. SCHLUMBERGER, "*La constitutionnalité des clauses statutaires d'exclusion de SAS*", Bulletin Joly Sociétés, Janvier 2023, p.15

CONTACTS



École de Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Adresse : 12 place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05
Téléphone : 01 44 07 80 00



Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés

Email : ofismaster2@gmail.com
Linkedin : <https://www.linkedin.com/in/m2ofis/>



Maxence Rouault

Email : Maxence.Rouault@etu.univ-paris1.fr
Linkedin : Maxence Rouault



Philippe Durand

Email : Philippe.Durand1@etu.univ-paris1.fr
Linkedin : Philippe Durand