

Réforme des clauses d'agrément dans les SAS : quand le traitement prescrit sur ordonnance risque d'être pire que le mal !

L'ordonnance du 4 mai 2017 a supprimé la règle de l'unanimité pour adopter ou modifier, dans les statuts de SAS, les clauses d'agrément de cession d'actions. Présentée comme une règle plus respectueuse de la liberté statutaire des SAS, on peut se demander si elle ne va pas, au contraire, venir bouleverser l'équilibre contractuel de certaines situations en cours.



Par Franck Bourgeois, avocat associé, Eversheds Sutherland

Comme souvent, tout part d'une bonne intention. L'article L. 227-19 du Code de commerce disposait que, dans une SAS, les clauses d'inaliénabilité des actions, d'agrément de cession d'actions, d'exclusion d'un associé et celles portant sur le changement de contrôle d'un associé ne pouvaient être adoptées ou modifiées (et a fortiori supprimées), en cours de vie sociale, qu'à l'unanimité des associés. Ces clauses ont en effet pour objet de garantir la stabilité et la cohésion du capital d'une structure sociétaire à fort intuitu personae.

En ce qui concerne les clauses d'agrément, le législateur s'est ému du fait que l'unanimité puisse parfois conduire à des situations de blocage. Dans la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence de la vie publique (Sapin 2), le gouvernement a été habilité à supprimer par ordonnance la règle de l'accord unanime des associés de SAS en cas d'adoption ou de modification d'une clause soumettant toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société.

Cette suppression a été mise en œuvre par l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017, publiée le 5 mai au journal officiel. Parmi les décisions visées ci-dessus nécessitant l'unanimité des associés, la référence aux clauses d'agrément a été supprimée. L'article L. 227-19 C. com. dispose désormais que leur adoption ou modification relève d'«une décision prise collectivement par les associés dans les conditions et formes prévues par les statuts». Cette modification est entrée en vigueur le lendemain de la publication de l'ordonnance faute de disposition spécifique.

Comme l'indique l'article 5 du rapport au président de la République, cette modification est censée s'inscrire dans le principe de la liberté statutaire, élément essentiel du régime de la SAS ; les associés ayant d'ailleurs toujours la possibilité de prévoir statutairement l'unanimité s'ils le souhaitent.

Il semble donc que l'on ne puisse que se féliciter d'une telle évolution législative. Mais est-elle vraiment sans conséquences défavorables pour les SAS existantes ?

1. Le caractère contractuel des clauses d'agrément dans les SAS

Le recours toujours croissant à la forme sociale des SAS résulte principalement de la grande liberté contractuelle laissée aux associés pour régir leurs relations dans les statuts. Le droit des sociétés n'impose pas aux SAS autant de contraintes légales et réglementaires qu'à d'autres formes sociales, ce qui laisse une place plus importante à la négociation et à la rédaction. C'est notamment le cas des clauses d'agrément.

Ainsi, contrairement, par exemple, à la société anonyme pour laquelle la procédure d'agrément relève principalement de dispositions impératives, les associés d'une SAS peuvent convenir d'une procédure totalement sur mesure. Il appartient aux statuts de désigner l'organe compétent pour statuer sur l'agrément, de définir la procédure à suivre, et, en cas de décision collective, les règles de majorité applicables.

Ces dernières peuvent, par exemple, avoir été spécifiquement définies pour protéger les intérêts d'un ou de plusieurs associés minoritaires. Une fois adoptée, la procédure convenue dans les statuts ne pouvait plus être modifiée ou supprimée qu'à l'unanimité des associés, comme pour un véritable contrat.

Mais, désormais, depuis l'ordonnance précitée du 4 mai 2017, cette protection légale des associés minoritaires, laquelle a parfois pu être déterminante de leur consentement à leur prise de participation, a été supprimée.

Il semble donc que les associés majoritaires puissent désormais modifier la procédure d'agrément statutaire «dans les conditions et formes prévues par les statuts» ou, si les statuts ne prévoyaient pas une telle procédure d'agrément, en imposer une aux minoritaires contre leur gré.

Ces «conditions et formes prévues par les statuts», à défaut de disposition statutaire spécifiquement applicable à la clause d'agrément, semblent être celles propres à toute modification statutaire (sous réserve qu'une décision collective des associés soit prévue pour ce faire, ce qui sera généralement le cas). Or, là

encore, les statuts d'une SAS prévoient librement les règles de majorité nécessaires à leur modification. Alors que, pour une SA, une telle modification nécessiterait obligatoirement les deux tiers des voix, pour une SAS, les statuts peuvent n'exiger, par exemple, qu'une simple majorité.

En résumé, alors que les associés minoritaires de SAS pouvaient se croire à l'abri de toute modification d'une clause d'agrément dont les termes avaient parfois été âprement négociés, ou de toute insertion statutaire, sans leur accord, d'une telle clause, désormais, le ou les associés majoritaires seront parfois en mesure de leur imposer de tels changements, lesquels, de surcroît, ne seront pas limités par les dispositions impératives applicables aux SA en matière de procédure d'agrément.

Des associés mécontents pourraient-ils alors tenter d'invoquer le fait que l'ordonnance du 4 mai 2017 ne peut venir modifier un contrat conclu antérieurement à la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance ?

2. L'application de la loi nouvelle aux contrats en cours

En effet, les statuts d'une SAS, comme ceux de toute société, sont avant tout un contrat en application de l'article 1832 du Code civil, même si, bien entendu, le caractère institutionnel de toute société, est également incontestable.

Or, en principe, en matière contractuelle, la loi ne peut rétroagir ; la loi applicable étant celle qui était en vigueur au moment de la formation du contrat. Il s'agit d'un impératif de sécurité juridique.

Ce principe souffre cependant certaines exceptions. Ainsi, la loi nouvelle peut s'appliquer aux contrats en cours (i) lorsqu'elle le prévoit expressément, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, (ii) pour un motif impérieux d'intérêt public, qu'on aurait du mal, ici, à identifier ou (iii) pour permettre aux effets non déterminés contractuellement et imposés par la loi de trouver à s'appliquer (doctrine de l'effet légal).

Les effets légaux d'un contrat sont régis par la loi en vigueur au moment où ils se produisent. Il pourrait ainsi être soutenu que la règle de l'unanimité qui s'appliquait à l'adoption ou la modification de toute clause d'agrément dans des statuts de SAS n'était pas la conséquence d'un accord entre les parties mais de la simple application d'une disposition légale, laquelle peut changer à tout moment.

Cependant, un tel raisonnement risquerait d'aboutir à des situations contradictoires, selon la rédaction des statuts :

Lorsque les statuts d'une SAS ne font pas référence à la règle de l'unanimité – qui était, de toute façon, imposée par la loi – pour l'adoption ou la modification d'une clause d'agrément, les nouvelles dispositions légales trouveront automatiquement à s'appliquer

si l'on retient la théorie de l'effet légal des contrats. Toute adoption ou modification de la clause d'agrément relèvera donc d'une décision collective des associés prise à la majorité définie dans les statuts pour toute modification de ces derniers.

Lorsque les statuts d'une SAS se contentent de faire référence à la règle de l'unanimité par renvoi à l'article L. 227-19 C. com., on peut s'interroger sur le point de savoir si l'unanimité

doit continuer à s'appliquer en tant que «conditions et formes prévues par les statuts» comme l'indique l'ordonnance, ou si ce renvoi à l'article L. 227-19 C. com. rend, au contraire, caduque la règle de l'unanimité puisque cet article ne l'impose plus. Dans ce dernier cas, on se trouverait alors dans l'hypothèse visée au paragraphe précédent.

Lorsque les statuts imposent la règle de l'unanimité, autrement que par simple renvoi à l'article L. 227-19 C. com., cette règle continuera à s'appliquer conformément aux dispositions de l'ordonnance.

Comme on le voit, des associés risquent de se trouver dans des situations différentes par le simple hasard de la rédaction de la clause correspondante, alors que l'intention initiale était pourtant la même.

Appliquer aux SAS constituées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la réforme du régime des clauses d'agrément pourrait ainsi contrevenir au principe de sécurité juridique sur la base duquel des investisseurs ont fondé leur décision.

L'application de cette réforme aux SAS existantes pourrait également conduire, à l'avenir, à l'apparition d'une discordance entre tout éventuel pacte d'actionnaires et le contrat de société.

Afin d'écartier l'incertitude relative à l'application, aux SAS constituées avant l'ordonnance, de la réforme du régime des clauses d'agrément, le législateur pourrait peut-être envisager d'adopter une disposition interprétative dans la loi de ratification qui devra être déposée devant le Parlement dans un délai de six mois à compter de la publication de l'ordonnance. ■

Il semble donc que les associés majoritaires puissent désormais modifier la procédure d'agrément statutaire «dans les conditions et formes prévues par les statuts».