

ARTICLE

PACTE VS STATUTS : LA DÉLICATE ARTICULATION ENTRE CES DOCUMENTS

Corporate - M&A Immobilier et Construction Private Equity | 03/04/18 | Virginie Desbois



Il est de pratique courante pour les associés d'une société de conclure, parallèlement aux statuts, un pacte régissant leur relation au sein de la société.

Si cette pratique peut s'expliquer par les avantages que le pacte présente¹, il n'en demeure pas moins que l'importance des statuts – pourtant généralement moins négociés que le pacte – ainsi que leur articulation avec le pacte, ne doivent pas être négligées.

Les statuts vont en effet bénéficier d'une opposabilité plus importante que celle du pacte (lequel ne s'imposant qu'à ses seuls signataires) et leur violation pourra dans certains cas invalider l'opération concernée. La violation du pacte sera quant à elle sanctionnée par son exécution forcée², ou l'octroi de dommages et intérêts.³

Le pacte pourra ainsi compléter les statuts mais ne devra pas entrer en contradiction avec le régime d'ordre public applicable à la société. A ce titre, la clause de prévalence du pacte sur les statuts en cas de contradiction entre les deux documents aura une portée limitée, en particulier si les dispositions concernées contreviennent à ce régime ou prévoient des règles de gouvernance ou de transfert de titres non opposables à la société⁴ et associés non signataires du pacte.

En fonction des droits concernés, il conviendra de s'interroger sur la place de leur insertion (i.e. dans les statuts ou le pacte) afin d'assurer une mise en œuvre efficace des engagements respectifs des parties.

Le tableau ci-dessous illustre les problématiques susvisées s'agissant de certains sujets de gouvernance et de transfert de titres, concernant les sociétés par actions simplifiées (SAS) et les sociétés anonymes (SA).

	STATUTS	PACTE
Gouvernance – Représentation et mise en place de comités	Dans les SAS, le seul organe obligatoire est le Président de la société, lequel la représente vis-à-vis des tiers. Les statuts peuvent également nommer d'autres dirigeants ou instituer des comités de direction ou de surveillance. Si les autres dirigeants ont un pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers, ils doivent obligatoirement porter le titre de directeur général ou directeur général délégué.⁵ Dans les SA, les statuts pourront créer des comités internes, en sus des organes légaux de direction ou de surveillance. Le pouvoir de représentation de la SA est organisé par la loi.	Dans un arrêt important et récent⁶, la Cour de cassation a clairement indiqué que seuls les statuts fixaient les conditions dans lesquelles la SAS était dirigée et a ainsi écarté une clause de réduction de prix applicable qu'en cas d'existence d'un conseil d'administration, car ce conseil n'avait pas été repris dans les statuts de la société après sa transformation de SA en SAS. Pourtant, son maintien post transformation était attesté par une série de documents. Cet arrêt fragilise l'existence de comités qui ne seraient prévus que dans le pacte et non dans les statuts. En conséquence, il est recommandé d'insérer les comités que les associés souhaitent mettre en place dans les statuts de la SAS.
Gouvernance – Fonctionnement des organes de direction/supervision	Dans les SA, les statuts devront prévoir les règles de fonctionnement du conseil d'administration (ou du directoire et conseil de surveillance, en cas de société duale) et en particulier, sa composition, les règles de convocation, le quorum, la majorité et ses pouvoirs (en respectant ses compétences d'ordre public). Il en est de même dans les SAS, pour les raisons exposées ci-dessus. Le périmètre des pouvoirs de ces comités pourra être fixé librement sous réserve de la compétence légale des associés.⁷ A cet égard, la SAS offre une plus grande flexibilité.	Le pacte pourra prévoir une répartition des membres des organes de direction/supervision entre les associés et organiser le droit de nomination du représentant légal. Si ces règles étaient également spécifiées dans les statuts, elles pourraient donner lieu à l'application de la procédure des avantages particuliers ou à la création d'actions de préférence. Le pacte pourra également compléter les règles statutaires de quorum et majorité, en exigeant par exemple la présence ou le vote positif d'un membre représentant un associé déterminé. Attention cependant à ne pas contrevir aux dispositions impératives, et notamment aux règles régissant le quorum dans les conseils d'administration ou de surveillance des SA.⁸



	STATUTS	PACTE
Gouvernance – Décisions collectives des actionnaires	Tant dans les SA que dans les SAS⁹, les règles relatives aux décisions collectives doivent être fixées par les statuts (convocation, modalités de réunion, compétence, quorum et majorité). Si les statuts de la SAS vont librement fixer les règles de quorum et de majorité, les statuts de la SA seront tenus de respecter les règles impératives en la matière.¹⁰ La SAS permettra ainsi un aménagement plus facile des conditions d'adoption des décisions collectives. Les dispositions prises en violation des règles statutaires relatives aux décisions collectives pourront être annulées en SAS.¹¹ En SA, elles pourront être annulées si les dispositions statutaires concernées reprennent ou aménagent une règle impérative¹² ou dont la violation est sanctionnée par la nullité.	Les dispositions du pacte pourront compléter celles des statuts sans pour autant les contredire. Si les parties souhaitent instaurer un droit de veto au profit d'un associé, ils pourront ainsi le faire via l'instauration de règles spécifiques de majorité. Sa mise en place sera cependant difficile dans les SA en raison des règles impératives relatives à la majorité en assemblée. Par ailleurs, une clause d'un pacte privant un associé du droit de vote sur des décisions spécifiques sera inefficace, la jurisprudence sanctionnant toute exclusion du droit de vote non prévue par la loi. Il a en effet été jugé qu'« <i>il résulte de l'article 1844, alinéas 1 et 4, du code civil que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi</i> ».¹³ La mise en place d'actions sans droit de vote (via la création d'actions de préférence) devra le cas échéant être étudiée.
Gouvernance – Dividendes	Les statuts reprennent les règles impératives du code de commerce relatives à la détermination du bénéfice distribuable.¹⁴ Ils pourront également prévoir une répartition des bénéfices non proportionnelle dans la limite de la prohibition des clauses léonines et sous réserve d'une adoption à l'unanimité. L'instauration de droits pécuniaires spécifiques pourra aussi être mise en place via la création d'actions de préférence.	Le pacte pourra prévoir des règles relatives à détermination de la part du bénéfice distribuable qui sera distribué aux associés. Cependant, les dispositions du pacte ne devront pas être en contradiction avec les règles impératives susvisées du code de commerce et les statuts.
Transferts de titres – Clause d'inaliénabilité	L'insertion d'une clause d'inaliénabilité dans les statuts sera valable dans la mesure où elle est limitée dans le temps et justifiée par un intérêt légitime. Le code de commerce prévoit expressément la possibilité pour les SAS d'insérer dans leurs statuts une clause d'inaliénabilité pour une durée n'excédant pas 10 ans.¹⁵ La violation d'une telle clause est sanctionnée expressément par la nullité dans les SAS.¹⁶	Si les clauses d'inaliénabilité peuvent être insérées dans le pacte, leur place dans les statuts présente l'avantage d'une plus grande opposabilité et de bénéficier de la sanction de la nullité en SAS. De manière générale, afin de rendre les restrictions aux transferts opposables à la société, les pactes sont souvent conclus en présence de la société.¹⁷ Cette dernière peut également être désignée gestionnaire du pacte à l'effet de s'assurer qu'aucun transfert effectué en violation du pacte n'est retranscrit.
Transferts de titres – Clause d'agrément	La violation d'une clause statutaire d'agrément sera sanctionnée par la nullité, tant dans les sociétés par actions¹⁸, que de manière spécifique dans les SAS.¹⁹	Du fait de la sanction attachée à la violation d'une clause statutaire d'agrément, sa place sera généralement plus dans les statuts que le pacte. Son insertion dans les statuts rendra l'agrément applicable aux transferts d'actions par tous les associés, sauf à le limiter au transfert d'une catégorie de titres (sous réserve, si nécessaire, de la création d'actions de préférence ou, du respect de la procédure des avantages particuliers).



	STATUTS	PACTE
Transferts de titres – Clause de préemption	La validité d'une clause statutaire de préemption a été reconnue par la jurisprudence. Au titre de l'article 1123 du code civil, le bénéficiaire d'un droit de préemption (statutaire ou non) ne pourra demander la nullité du transfert intervenu en violation de son droit et sa substitution au tiers que lorsque le tiers connaissait l'existence de ce droit et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Afin d'éviter une telle action, le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. A défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat. Il a été jugé, qu'en cas d'exercice d'un droit de préemption, le tiers évincé n'a pas qualité pour demander l'annulation de la préemption.²⁰	Les clauses de préemption sont généralement prévues par les statuts mais peuvent également être insérées dans le pacte.²¹ Dans tous les cas, le rédacteur devra définir précisément le champ d'application de cette clause (i.e. cette clause est-elle applicable à tout type de transfert, y compris par exemple en cas de transmission universelle de patrimoine ? Couvre-t-elle le transfert de valeurs mobilières autres que les actions ?) A défaut, elle risque de s'appliquer de manière restrictive.²² En cas d'existence d'une clause d'agrément et d'une clause de préemption, l'articulation (en particulier chronologique) entre les deux procédures devra être précisée.
Transferts de titres – Clause de sortie forcée	Ces clauses prennent généralement la forme de clauses d'exclusion. Leur validité dans les SAS est expressément consacrée par le code de commerce.²³ L'insertion d'une telle clause dans les statuts des autres sociétés est également possible. Son adoption requiert l'unanimité. Il conviendra en tout état de cause de prévoir les motifs d'exclusion, la procédure d'exclusion (qui devra respecter le principe du contradictoire) et le prix de rachat des titres de l'associé exclu (avec un renvoi à la procédure d'expertise prévue par l'article 1843-4 du code civil en cas de contestation sur la détermination du prix). Si l'organe compétent est l'assemblée, les statuts ne pourront pas valablement exclure de la participation et du vote l'associé concerné. En effet, la décision d'exclusion prise sur le fondement d'une clause statutaire privant un associé du droit de vote serait déclarée nulle, peu important que ce dernier ait été admis dans les faits à prendre part au vote.²⁴ La clause d'exclusion doit être distinguée de la clause statutaire d'éviction, laquelle présente un caractère automatique lorsqu'une des conditions pour devenir associé n'est plus satisfaite. La clause d'éviction ne confère ainsi pas un droit discrétionnaire d'exclusion.²⁵	Les clauses de sortie forcée dans un pacte prendront par exemple la forme d'une promesse unilatérale de vente. L'option d'achat pourra être exercée par son bénéficiaire pendant une certaine période en cas de réalisation d'événements déterminés (par exemple : le départ d'un dirigeant associé, le manquement grave par un associé aux dispositions du pacte, le changement de contrôle d'un associé). Si ce mécanisme aboutit à une sortie du promettant, la Cour de cassation l'a cependant distingué du mécanisme statutaire d'exclusion (lequel obéit au régime propre susvisé).²⁶ La validité d'une telle promesse suppose de prévoir un prix déterminé ou déterminable, dépendant d'éléments objectifs échappant au contrôle de l'une des parties et dont la fixation ne suppose pas un nouvel accord des parties. A l'effet d'éviter un tel écueil, le rédacteur du pacte renverra à une clause d'expertise en cas de désaccord entre les parties. Les parties pourront prévoir des conditions financières différentes en fonction de l'événement ayant déclenché l'exercice de l'option (ces clauses sont généralement qualifiées de clauses de « good leaver » ou « bad leaver »). A ce titre, il conviendra de rédiger avec attention ce type de clause, notamment lorsqu'elle s'applique en cas de départ d'un associé salarié pour perte de son contrat de travail. La Cour de cassation a récemment validé une clause imposant à un associé salarié de céder ses actions à la société mère de son employeur en cas de licenciement autre que pour faute grave ou faute lourde à un prix fixé à dire d'expert dégradé d'un coefficient de 0,5, dans la mesure où elle s'appliquait également à toutes les hypothèses de licenciement autre que disciplinaire. Autrement dit, en cas d'application d'une telle décote au seul cas du



	STATUTS	PACTE
		licenciement disciplinaire, cette clause aurait pu s'analyser en une sanction pécuniaire prohibée visant à sanctionner un agissement du salarié considéré comme fautif par l'employeur.²⁷ Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, le nouvel article 1124 du code civil rend inefficace toute révocation de la promesse unilatérale au cours de la période d'exercice de l'option, permettant ainsi à son bénéficiaire, en cas d'exercice, d'en obtenir l'exécution forcée.²⁸ Le pacte peut prévoir d'autres clauses de sortie forcée, telles qu'une clause d'obligation de sortie conjointe (ou « drag along ») permettant à un ou plusieurs associés majoritaires recevant une offre tierce de contraindre les autres associés à céder leurs titres. A côté des clauses de sortie forcée, le pacte pourra prévoir une multitude de clauses organisant la sortie des associés (telles que les clauses de « tag along » ou les clauses de liquidité). L'ensemble de ces clauses se trouve généralement plus dans le pacte que dans les statuts (pour des raisons de confidentialité, de complexité ou de spécificité de ces clauses applicables à une partie seulement des associés). A noter cependant qu'en SAS leur insertion dans les statuts permettrait de bénéficier du régime de la nullité du transfert intervenu en violation.²⁹

¹ Notamment en matière de confidentialité et d'aménagement spécifique des droits et obligations des associés tant d'un point de vue de la gouvernance que des conditions de leur maintien et sortie du capital.

² La possibilité de demander l'exécution forcée est consacrée par l'article 1221 du code civil, dans sa rédaction post-ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 réformant le droit des contrats.

³ Au titre de l'article 1221 susvisé, l'exécution forcée ne peut être demandée en cas d'impossibilité ou de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. L'application pratique de la deuxième exception est incertaine et devra être encadrée par la jurisprudence.

⁴ Cependant, le pacte est souvent conclu en présence de la société afin de pouvoir lui être opposé.

⁵ Article L.227-6 du code de commerce.

⁶ Cass. Com. 25 janvier 2017, n°14-28792 (publié au bulletin).

⁷ Article L.227-9 alinéa 2 du code de commerce.

⁸ Articles L.225-37 et L.225-82 du code de commerce : le quorum est la moitié au moins des membres présents. Il ne peut être modifié.

⁹ Article L.227-9 alinéa 1 du code de commerce.

¹⁰ Articles L.225-96 et suivants du code de commerce (il existe une possibilité limitée d'aménagement statutaire).

¹¹ Article L.227-9 dernier alinéa du code de commerce.

¹² Cass. Com. 10 février 2015, n°13-25588.

¹³ Cass. Com. 6 mai 2014, n°13-14960.

¹⁴ Articles L.232-11 et suivants du code de commerce.

¹⁵ Article L.227-13 du code de commerce.

¹⁶ Article L.227-15 du code de commerce.

¹⁷ Attention à l'application de la procédure des conventions réglementées dans cette hypothèse.

¹⁸ Articles L.228-23 et suivants du code de commerce.

¹⁹ Articles L.227-14 et L.227-15 du code de commerce.

²⁰ Cass. Com. 2 février 2016 n°14-20747 (publié au bulletin). Le tiers évincé peut néanmoins demander réparation du préjudice causé par l'irrégularité de l'exercice de la préemption.

²¹ Cf. nos remarques ci-dessus relatives aux clauses d'inaliénabilité et d'agrément s'agissant de leur opposabilité à la société et de la sanction de nullité en SAS.

²² Cette remarque vaut de manière générale pour toutes les clauses de restriction aux transferts.

²³ Articles L.277-16 et L.227-17 (dans le cas d'un changement de contrôle d'un associé) du code de commerce.

²⁴ Cass. Com. 6 mai 2014, n°13-14960, précité.

²⁵ Cass. Com. 29 septembre 2015 n°14-17343 (en l'espèce les statuts de la société Socotec prévoyaient la perte de la qualité d'actionnaire en cas de perte de la qualité de salarié, sauf autorisation de maintien donnée par le conseil d'administration. Cette clause a été qualifiée de clause d'éviction et non de clause d'exclusion).

²⁶ Cass. Com. 6 mai 2014 n°13-17349.

²⁷ Cass. Com. 7 juin 2016, n°14-17978 (publié au bulletin).

²⁸ Sauf impossibilité ou coût manifestement disproportionné. Par ailleurs, le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.

²⁹ Article L.227-15 du code de commerce.