La clause de préemption et son application en SAS

Description

La clause de préemption est un outil juridique permettant d'encadrer la cession d'actions et de parts sociales de la société. Elle peut être insérée directement dans les statuts de la société (SAS, SARL, ou SCI) ou bien dans un pacte d'associés.

Modèle de pacte d'associés (actionnaires) SASModèle de pacte d'associés SARL
Créer votre SAS en ligne
Modèle de statuts de SAS

Qu'est-ce que la clause de préemption ?

Le champ d'application de la clause de préemption

La clause de préemption intervient principalement en **droit des sociétés**. En vertu de cette clause, lorsqu'un associé de la société décide de céder ses titres, il doit obligatoirement prévenir les autres associés de son intention. En effet, de par la clause de préemption, ceux-ci bénéficient d'un droit de priorité sur la cession des actions et/ou des parts sociales.

Où peut-on insérer une clause de préemption ?

La clause de préemption est une clause bien spécifique. Elle peut être directement insérée **dans les statuts de la société** : dans ce cas, elle sera qualifiée de clause statutaire.

Autre option : elle peut être stipulée **dans un pacte d'associés**. Pour rappel, le pacte d'associés est une convention établie entre les associés de la société afin d'organiser son fonctionnement ainsi que l'ordre de mouvements de titres. Il constitue un acte distinct des statuts.

Quel est l'intérêt de la clause de préemption ?

En général, la clause de préemption est stipulée afin de **contrôler les entrées de nouveaux actionnaires dans une société**

© 2023 LEGALPLACE SAS

. Ainsi, si un associé sortant décide de céder ses actions et ses parts sociales de la société, alors les autres associés seront prioritaires pour les racheter. Si ces derniers décident de ne pas exercer leur droit de préemption, alors la cession des titres de l'associé sortant pourra être ouverte aux tiers.

Les conditions de validité de la clause de préemption

Elle n'est pas anodine. C'est pourquoi, elle est soumise à des conditions de validité strictes.

Les conditions de fond et de forme de la clause de préemption

S'agissant des conditions de fond, cette clause doit mentionner :

- Les **titres visés par la clause** : il peut s'agir des actions et/ou des parts sociales de la société ;
- Les **opérations entraînant la mise en œuvre de cette clause** (fusion, cession à titre onéreux, donation ou nantissement par exemple) ;
- Les **conditions de prix** auxquelles la préemption s'exercera ;
- Les **modalités de notification** : en général, l'associé sortant doit prévenir les autres associés de son intention de céder ses titres par lettre recommandée avec accusé de réception ;
- **Si parmi les associés de la société, certains sont prioritaires sur d'autres**, ceux-ci doivent être également mentionnés dans les dispositions de la clause de préemption ;
- Le **délai accordé aux associés** pour se prononcer sur l'offre de cession de titres : il est en général de trois mois ;
- Les **modalités de répartition des actions préemptées** dans le cas où plusieurs associés souhaiteraient jouir de leur droit de préemption ;
- Les **conséquences** lorsque les associés renoncent à l'exercice de leur droit de préemption.

Bon à savoir : Dans ses dispositions, la clause de préemption peut prévoir un droit octroyé au cédant afin que celui-ci puisse se rétracter s'il souhaite renoncer à la vente. **Attention** : Pour être valable, la clause de préemption ne doit pas porter atteinte au principe de libre négociabilité des actions, consacré à l'article L223-16 du Code de Commerce.

La clause de préemption n'est soumise à aucun formalisme particulier. Elle doit

© 2023 LEGALPLACE SAS

cependant **être écrite et non équivoque** afin d'éviter tout contentieux éventuel.

Clause de préemption, clause d'agrément et pacte de préférence : quelles différences ?

Il convient de la rédiger avec précaution. En effet, en cas de contentieux, les juges du fond apprécieront souverainement le caractère de la clause et pourront la re-qualifier en clause d'agrément par exemple. Pour rappel, une clause d'agrément permet d'encadrer les conditions dans lesquelles les associés pourront céder leurs titres en subordonnant la vente à l'agrément de l'assemblée générale de la société ou de tout autre organe social compétent.

Il existe également un risque de confusion de la clause de préemption avec le **pacte de préférence**. À la différence de cette dernière, le pacte de préférence laisse le vendeur libre de céder le bien en question ou non. Dans le cas où il déciderait de vendre, en revanche, le vendeur serait dans l'obligation de proposer prioritairement son offre au bénéficiaire du pacte de préférence.

Attention : La re-qualification judiciaire de la clause de préemption en clause d'agrément ou en pacte de préférence peut vous faire perdre le contrôle de l'actionnariat de votre société. C'est pourquoi, il convient de la rédiger avec précaution.

Clause de préemption : comment la mettre en oeuvre ?

La procédure pas à pas pour appliquer la clause de préemption

Étape 1 : Notifier le projet de cession de titres aux autres associés de la société

Si vous souhaitez vendre des actions ou des parts sociales de votre société et qu'une clause de préemption est prévue dans les statuts ou le pacte d'associés, alors vous avez l'obligation de notifier aux autres associés de la société votre projet de cession. Pour ce faire, il convient d'envoyer une lettre recommandée avec accusé de réception, précisant le nombre de titres cédés, le prix de cession et les modalités de paiement.

Étape 2 : Laisser le délai de réflexion s'écouler

Une fois le projet de cession notifié, un délai de réflexion accordé aux autres associés

© 2023 LEGALPLACE SAS

commence à courir. En général, ce délai est de trois mois. Il faut en effet laisser un délai raisonnable aux autres associés pour se prononcer sur la proposition de cession de titres de l'associé sortant. En cas de contentieux, le caractère « raisonnable » du délai sera apprécié souverainement par les juges du fond.

Étape 3 : La réponse des associés de la société

Lorsque le délai de réflexion est écoulé, les associés de la société doivent choisir entre exercer leur droit de préemption ou y renoncer individuellement.

En l'absence de réponse des associés, le cédant sera libéré de ses obligations et pourra proposer son offre de cession à des tiers. De la même façon, si tous les associés renoncent à l'exercice de leur droit de préemption, l'associé sortant pourra, de plein droit, céder ses titres à des tiers.

Les sanctions en cas de non-respect de la clause de préemption

La clause de préemption étant assez contraignante, des sanctions sont prévues en cas de non-respect des dispositions prévues par la clause. Il faut distinguer selon que la clause de préemption est stipulée dans les statuts ou si elle est extra-statutaire, c'est-à-dire dans un pacte d'associés par exemple. En effet, tandis que les statuts ont une valeur institutionnelle et contractuelle, le pacte d'associés a une seule valeur contractuelle.

La violation d'une clause de préemption statutaire

D'après un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation rendu le 11 mars 2004, la violation d'une clause de préemption n'entraîne pas, « par elle-même », la nullité de la cession de titres conclus entre associés, sauf collusion frauduleuse avérée. En revanche, si la preuve de la fraude est rapportée, alors la cession est frappée de nullité.

Cependant, si un associé sortant décide de céder ses titres à un tiers en ignorant la clause de préemption, alors il peut être tenu à **l'octroi de dommages et intérêts** en réparation du préjudice subi. En effet, sa violation sera considérée par les juges comme une inexécution d'une obligation de faire (celle de « préférer » les associés de la société à des tiers). Toutefois, il convient de noter que la jurisprudence reste assez

© 2023 LEGALPLACE SAS

imprécise sur ce point.

Quid du non-respect d'une clause de préemption dans un pacte d'associés ?

La violation des dispositions du pacte d'associés, et donc de la clause de préemption si elle est extra-statutaire, peut donner lieu à des sanctions. Pour ce faire, il faut **rapporter la preuve de la violation des dispositions du pacte d'associés**. À cette issue, le non-respect de cette clause peut donner lieu au versement de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

Bon à savoir : Si la clause de préemption est insérée dans un pacte d'associés, il est possible de prévoir une clause résolutoire en cas de non-respect des dispositions du pacte, entraînant, de plein droit, la résolution du pacte d'associés. À cet effet, une clause pénale peut également être ajoutée afin de prévoir un montant de dommages et intérêts en cas de violation du pacte d'associés.

La clause de préemption dans la SAS

La clause de préemption est un dispositif juridique intégrée dans tout type de société : SA, SAS, SARL, etc. Cependant, elle est très prisée dans les sociétés par actions simplifiée et obéit au même régime que les conditions énumérées ci-dessus.

Cependant, la question se pose de savoir si elle doit être intégrée dans les statuts de la SAS ou être mentionnée dans un acte distinct, à l'instar du pacte d'associés.

En réalité, cela dépend des objectifs poursuivis par les associés de la SAS :

- **Si tous les associés peuvent jouir d'un droit de préemption** en cas de cession de titres d'un associé sortant, alors la clause de préemption sera, de préférence, insérée dans les statuts de la SAS ;
- **Si seuls certains associés peuvent bénéficier prioritairement de la clause de préemption**, alors cette dernière pourra être insérée dans les statuts. En revanche, la SAS devra, au préalable, respecter la procédure dite de commissariat aux avantages particuliers. Le commissaire aux apports sera désigné à l'unanimité des associés. À défaut, il s'agira du Président du Tribunal de Commerce du lieu du siège social de la SAS. Le commissaire aux apports sera en charge de rendre un rapport de gestion de la SAS 3 jours au moins avant la signature des statuts de la SAS. Ce rapport permettra d'évaluer et d'apprécier les droits particuliers conférés à certains associés par la clause de préemption.

© 2023 LEGALPLACE SAS

Cependant, cette procédure peut engendrer un certain coût. Pour les jeunes SAS, il sera donc préférable d'insérer celle-ci dans un pacte d'associés ;

- **Si seuls certains associés sont concernés par la clause de préemption et qu'ils souhaitent garder confidentiels les avantages qui leur sont octroyés**, alors il convient de l'insérer dans un pacte d'associés.

© 2023 LEGALPLACE SAS