

LES CESSIONS DE TITRES À L'ÉPREUVE DU DROIT DE PRÉEMPTION

*par Emmanuelle Brunel, Avocat conseil,
CMS Bureau Francis Lefebvre*



Classiquement définie comme permettant à tous les actionnaires, ou à certains d'entre eux, d'acquérir par priorité les titres de la société mis en vente, la clause de préemption révèle un fort potentiel conflictuel : elle peut soulever certaines difficultés, quant à sa portée d'une part, quant à sa sanction d'autre part, en atteste la jurisprudence la plus récente.

La portée de la clause de préemption peut être modulée par le jeu de la liberté contractuelle, notamment quant à ses bénéficiaires. Le droit de préemption peut ainsi être réservé à un ou plusieurs actionnaires nommément désignés dans les statuts ; il pourra encore s'exercer selon un ordre déterminé, par exemple en priorité par les actionnaires qui disposeraient d'un nombre d'actions inférieur à un certain seuil. Les statuts peuvent au contraire prévoir que le jeu de la clause de préemption ne pourra conduire les bénéficiaires à dépasser un certain pourcentage déterminé du capital ou des droits de vote. Encore convient-il à cet égard que la clause soit rédigée en des termes suffisamment précis, sauf à s'exposer à l'interprétation souveraine des juges du fond (CA Paris, 23 novembre 2016, n° 14/21110). Une clause subordonnant par exemple l'exercice de la préemption à la condition qu'« à l'issue de toute cession, l'ensemble des salariés de la société au jour de la notification [ne détiennent pas plus de] 25% du capital de la société », a ainsi pu susciter quelques interrogations. En l'espèce, les salariés détenaient avant cession 12% du capital social ; à l'occasion de trois cessions portant sur 17% du capital, certains salariés ont exercé leur droit de préemption.

L'acquéreur évincé avait alors fait valoir que ce droit avait été exercé en violation du seuil de 25% prévu par la clause, les termes « à l'issue de toute cession » impliquant d'intégrer dans le calcul de ce seuil les actions préemptées ; or, la part de détention des salariés avait été portée à 29% à la suite des cessions. Une lecture cependant écartée par le juge d'appel, qui fonde sa motivation sur les termes « au jour de la notification » et sur l'environnement contractuel de la clause pour estimer que l'exercice du droit n'était ouvert que si, à ce jour, les salariés ne disposaient pas déjà de 25% du capital ; en l'occurrence, les salariés ne disposaient que de 12% du capital au jour de la notification. On voit là que l'outil contractuel doit être employé avec précision, sauf à entamer la sécurité juridique des intéressés.

Une sécurité que la Cour de cassation entend par ailleurs préserver, en protégeant notamment le pacte de préemption contre les tentatives de manœuvres frauduleuses (Com., 15 mars 2017, n° 15-20.440). La Haute juridiction avait déjà pu estimer que si un droit conventionnel de préemption au bénéfice du franchiseur qui portait exclusivement sur les cessions de contrôle de son franchise ne devait viser que les seules cessions de plus de 50% des parts ou actions du franchise, il convenait néanmoins de rechercher si une cession de 49% n'était pas constitutive d'une fraude à la préemption (Com., 26 février 2013, n° 12-13.721). Même affaire, nouveau pourvoi, à l'occasion duquel elle précise encore sa position. Pour rappel, le schéma était le suivant : les gérants du franchise avaient en l'occurrence fait apport de leurs titres à une société tierce, qui en était ainsi devenue le seul associé et

dirigeant, et avait pu décider de sa transformation en SAS avec conseil de surveillance. La société tierce bénéficiaire de l'apport avait par la suite revendu 49% des actions apportées à un concurrent du franchiseur, concurrent qui avait été désigné président du conseil de surveillance du franchisé. La question se posait donc de savoir si la seule qualité de président du conseil de surveillance, ouvrant à son titulaire la possibilité de révoquer le dirigeant, suffisait à caractériser une cession de contrôle au sens de la clause de préemption. La Cour de cassation répond par l'affirmative, au double visa de l'ancien article 1134 ancien du Code civil et du principe selon lequel la fraude corrompt tout : un tel pouvoir de révocation, combiné aux autres prérogatives accordées à cet actionnaire minoritaire, est susceptible de lui conférer le contrôle sinon exclusif, à tout le moins conjoint de la société franchisée. Et pour cause, les modifications statutaires qui avaient accompagné la cession de 49% des actions du franchisé permettaient au minoritaire, en qualité de président du conseil de surveillance, de convoquer une assemblée en vue de révoquer le dirigeant, tout en excluant ce dernier du vote. Or ledit dirigeant étant le seul coactionnaire du président du conseil de surveillance, ce dernier détenait ainsi le pouvoir exclusif de le révoquer. Au surplus, le dirigeant coactionnaire pouvait sembler acquis au cessionnaire, puisque cette société avait été créée en vue de permettre l'opération par les anciens dirigeants du franchisé qui en étaient les seuls associés. Le schéma conduisant donc à céder le contrôle du franchisé, il aurait dû être fait application de la clause de préemption.

Quelles sont les actions alors ouvertes aux parties intéressées par la clause de préemption ? La jurisprudence récente est encore intéressante à cet égard, puisqu'apportant quelques précisions quant au régime des sanctions invocables par le bénéficiaire déçu, mais également par le tiers évincé le cas échéant.

S'agissant des actions ouvertes au titulaire du droit de préemption tout d'abord : selon la formule désormais classique, le bénéficiaire d'un pacte de préemption peut demander l'annulation du contrat, ou à être substitué au tiers dans ce contrat si le tiers « [avait eu] connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » (Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376) ; une règle désormais reprise au sein de l'article 1123 du code civil depuis la réforme du droit des contrats. Quid lorsque les titres sont cédés à un tiers en violation d'un droit de préemption, mais disparaissent à la suite de l'absorption des cédants et du cessionnaire ? Par un arrêt du 20 septembre 2016, la Cour de cassation fait une application stricte de l'article 1184 al. 2, devenu 1221 du Code civil : l'exécution forcée de la cession étant rendue impossible à la suite de l'opération de fusion-absorption, reste au bénéficiaire la seule possibilité de demander des dommages-intérêts. En l'espèce, la société absorbante et les associés cédants avaient été condamnés in solidum au versement de près de 5 millions d'euros, au titre d'une part, de la perte de chance de

tirer profit des titres acquis et de se développer, et d'autre part du préjudice propre de concurrence déloyale, lié à la perte de représentation de l'enseigne, de l'image et à la dévalorisation de la marque (Com., 20 septembre 2016, n° 15-10.963).

S'agissant des actions ouvertes au tiers évincé par la préemption ensuite : le tiers lésé par la conclusion d'un contrat n'est pas limité par le principe de l'effet relatif des conventions ; il peut toujours agir sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle, l'inexécution d'un contrat pouvant constituer une faute extracontractuelle causant un dommage à un tiers et contraignant le cocontractant fautif à réparer le préjudice qui en résulte (Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255). Faisant application de ce principe, la Cour de cassation a pu, de manière encore inédite semble-t-il, estimer que le fondement extracontractuel ne saurait être refusé au tiers évincé à la suite de l'exercice d'un droit de préemption, dès lors qu'il démontre une faute de son bénéficiaire, ie un détournement du droit de préemption (Com., 2 février 2016, n° 14-20.747). En l'occurrence, un tel détournement n'avait pas été démontré. Deux sociétés avaient créé une filiale commune, et avaient prévu dans ses statuts l'exercice d'un droit de préemption réciproque en cas de cession de sa participation dans la JV par l'un des deux associés à un tiers. L'un des associés projetant de céder à un tiers, l'autre a donc exercé son droit de préemption, mais en demandant que le transfert de propriété soit différé de six mois. Une telle modalité n'était certes pas prévue par le pacte ; pour autant, la Cour de cassation l'estime non-suffisante pour caractériser un exercice irrégulier du droit de préemption : les statuts de la filiale commune imposent seulement à l'associé non cédant de notifier dans les formes et délais prescrits son intention d'exercer son droit de préemption et de se porter acquéreur des actions à céder au prix de transaction, n'apportant pas davantage de précision quant à la date du transfert de propriété, laquelle relève de la seule volonté des associés cédant et cessionnaire. Par suite, le différé sollicité par le coassocié ne témoignait pas d'un détournement susceptible de justifier une indemnisation au profit du tiers. A contrario, la réponse du bénéficiaire qui ne comporterait pas toutes les indications prescrites par la clause de préemption doit être considérée comme irrégulière, ne constituant qu'une déclaration d'intention du bénéficiaire (Com., 6 mai 2008, n° 07-12.378), susceptible donc de conduire à indemnisation du tiers évincé. De même s'agissant de la préemption faite hors délai et pour un prix indéterminable (CA Paris, 1er juillet 2008, n° 07-12166).

Question subsidiaire : le tiers aurait-il pu se prévaloir de la nullité de la cession intervenue à la suite de la préemption ? La Haute juridiction répond par la négative, de manière tout aussi catégorique : s'il a bien intérêt à une telle annulation, il ne saurait avoir qualité pour agir à cette fin (Com., 2 février 2016, n° 14-20.747).