

ACTES PRATIQUES

ET INGÉNIERIE SOCIÉTAIRE

CONSEILLERS ÉDITORIAUX :
Jean-Jacques DAIGRE
et Sophie SCHILLER

N° 134
MARS- AVRIL 2014
BIMESTRIEL - ISSN 1285-4379

DOSSIER

Le nouveau code AFEP-MEDEF de juin 2013

Sophie SCHILLER, *agrégée des Facultés de Droit, professeur à l'université Paris-Dauphine, membre de l'Institut Droit Dauphine*

Véronique MAGNIER, *agrégée des Facultés de Droit, professeur à l'université Paris-Sud, directeur de l'Institut Droit Éthique Patrimoine (IDEP)*

Ivan TCHOTOURIAN, *professeur et codirecteur du Centre d'études en droit économique (CÉDE), Faculté de Droit, université Laval*

Georges GAËDE, *docteur en droit, chercheur à l'IDEP - université Paris-Sud, entrepreneur*

Jean-Christophe DUHAMEL, *docteur en droit, ingénieur d'études, Faculté de Droit - Lille 2, CRDP - l'ERADP (EA 4487)*

Carol LAMBERT, *expert-comptable - Maîtrise de droit privé, associée, responsable du Centre de gouvernance d'entreprise de Deloitte France*

Le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, publié en juin 2013 par l'AFEP et le MEDEF, se situe dans la continuité des versions antérieures mais présente également des innovations majeures. Produit de la *soft law*, sa portée est croissante tant pour les sociétés cotées que pour les sociétés non cotées auxquelles il sert de modèle de référence. (p. 5)

Idée nouvelle

Ne ratez surtout pas la réforme des actions rachetables !

par Renaud MORTIER, *professeur agrégé de droit privé, président de la FNDP, directeur du Centre de droit des affaires de Rennes* (p. 1)

Le point sur

Comment renforcer la force obligatoire des pactes d'associés ?

par Géraldine RICHARD, *avocat associé, Barreau d'Aix-en-Provence, CADJI Avocats* et Bastien BRIGNON, *maître de conférences HDR à l'université d'Aix-Marseille* (p. 31)

2 Comment renforcer la force obligatoire des pactes d'associés ?



Géraldine RICHARD,
avocat associé,
Barreau d'Aix-en-Provence,
CADJ/Avocats



Bastien BRIGNON,
maître de conférences HDR à
l'université d'Aix-Marseille,
membre du Centre de droit
économique (EA 4224)
et du Centre de droit du
sport d'Aix-Marseille

LA QUESTION

S'il est acquis que les pactes d'associés extra-statutaires ont la même valeur juridique que les statuts¹, sur la pyramide kelsénienne, la question se pose toutefois de leur force obligatoire². À la différence des statuts, l'inexécution d'un pacte d'associés par l'un des associés, de par sa nature contractuelle, ne se résout qu'en dommages et intérêts et non en exécution forcée. Dès lors, comment arbitrer entre l'insertion de certaines clauses dans les statuts ou dans un pacte d'associés ? Nous pensons notamment aux traditionnelles clauses d'inaliénabilité, d'agrément, de préemption et d'exclusion.

Par ailleurs, la révocabilité des promesses unilatérales permise par la jurisprudence, avant même l'arrivée du terme pourtant convenu entre les parties, est une autre source d'insécurité juridique. Certaines clauses des pactes d'associés – les clauses de rachat forcé – renferment en effet des promesses unilatérales de cession de titres, telles que les clauses de *good/bad leaver* ou encore *drag along* souvent imposées par les nouveaux associés lors d'une levée de fonds. Rappelons que les clauses de *good/bad leaver* ont pour objet de prévoir le rachat forcé des titres des associés « hommes clés », moyennant un bonus ou une décote fonction des circonstances de leur départ. Les clauses de *drag along*

permettent d'obliger les minoritaires à céder leurs actions en même temps que les majoritaires au profit d'un tiers cessionnaire choisi par les majoritaires.

Comment, ici aussi, assurer le respect de ces clauses ? En mettant en œuvre la clause d'exclusion stipulée dans les statuts, ainsi que, le cas échéant, en ayant recours à l'expert de l'article 1843-4 du Code civil, avec toutes les contraintes que la jurisprudence relative à ce texte pose, sauf à choisir l'expert de l'article 1592 du Code civil et donc à se poser la question du choix entre les articles 1843-4 et 1592.

L'objectif premier est de sécuriser les relations entre associés.

Aussi, le présent article suggère quelques pistes de réflexion, en vue d'améliorer la force obligatoire des pactes d'associés, tant à la lumière des textes de droit positif que de l'avant-projet de réforme du droit des obligations qui prévoit, d'une part, d'effacer l'article 1142 du Code civil pour affirmer le principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, et d'autre part, de priver d'effet la rétractation de son engagement par le promettant pendant le délai d'option, rétractation qui n'exercerait par conséquent aucune influence sur la force obligatoire de la promesse unilatérale de cession, et n'empêcherait donc pas la formation du contrat promis.

RÉFÉRENCES

● C. civ., art. 1134, 1142, 1843-4 et 1592

● C. com., art. L. 228-23, al. 5, L. 227-15 et L.227-18

EXPERTISE

A. - La « statutarisation » de certaines clauses parfois contenues dans les pactes d'associés

L'insertion systématique et intégrale du pacte d'associés dans les statuts n'est pas la solution extrême à retenir pour des raisons évidentes de confidentialité qu'offre le pacte. On le sait, les statuts, contrairement au pacte d'associés, sont publiés au greffe du tribunal de commerce. L'intérêt de cette confidentialité doit toutefois être relativisé pour des clauses usuelles

telles que l'inaliénabilité, l'agrément, la préemption et l'exclusion qui ne revêtent, dans la plupart des cas, pas de caractère secret.

Il faut également relativiser l'avantage souvent prôné concernant les pactes d'associés, relatif à la liberté de rédaction, cette dernière étant aujourd'hui très surfaite dans la mesure où la SAS offre cette même souplesse rédactionnelle.

Certaines raisons devraient en outre amener à contractualiser partie du pacte d'associés dans les statuts.

Il faut rappeler tout d'abord que le pacte d'associés ne peut être modifié, en principe, qu'avec l'accord unanime des associés signataires³. Autant dire qu'en cas de conflit entre associés, la modification du pacte s'avère quasi impossible. À l'inverse, les statuts peuvent être modifiés à la majorité fixée

1. D. Velardocchio, *Les accords extra-statutaires entre associés*, préf. J. Mestre : PUAM, 1993.

2. H. Le Nabasque et G. Terrier, *L'exécution forcée des pactes d'actionnaires* : *Actes prat. ing. sociétaire* 1994, n° 14, dossier 2. – Y. Reinhard, *L'exécution forcée des pactes d'actionnaires* : *RDC* 2005/1, p. 115. – N. Rontchevsky, M. Buchberger, G. Buge et B.-O. Becker, *L'inexécution des pactes d'actionnaires* : *Actes prat. ing. sociétaire* 2011, n° 120, dossier 6, p. 4. – Adde P. Larrieu, *L'interprétation des pactes extra-statutaires d'associés* : *Rev. sociétés* 2007, p. 697.

3. Ph. Beauregard, C. Leparmentier et M. Modrzyk, *Pactes d'associés : quelle alternative à la règle de modification à l'unanimité ?* : *Actes prat. ing. sociétaire* 2013, n° 130, *Le point sur* 4, p. 20.

par les statuts. Les statuts peuvent ainsi emporter la préférence des associés majoritaires qui garderont la main plus facilement sur les statuts que sur le pacte d'associés.

À la différence encore des statuts, le pacte d'associés ne se remet pas de plein droit aux nouveaux associés. Si pour remédier à l'inopposabilité du pacte, il est fréquemment inséré une clause imposant au cédant d'obtenir l'adhésion de son cessionnaire audit pacte, il n'en demeure pas moins que les sanctions prévues ne pourront s'appliquer qu'au cédant et non au cessionnaire, tiers au contrat.

Qu'en est-il de la force obligatoire ?

Nombreux sont les pactes d'associés à contenir des clauses de préemption. Comment assurer l'efficacité des clauses de préemption contenues dans les pactes d'associés ?

La jurisprudence relative aux pactes de préférence⁴ a évolué. Si, traditionnellement, elle n'admettait pas la nullité de la cession intervenue en violation d'une clause statutaire ou extra-statutaire de préemption ou de préférence, n'y voyant qu'une atteinte à l'article 1142 du Code civil, elle pouvait néanmoins admettre la nullité de la cession en cas de collusion frauduleuse du tiers⁵. Aujourd'hui, elle retient la nullité de la cession survenue en violation des droits du bénéficiaire de la préemption, et sa substitution à l'acquéreur, c'est-à-dire l'exécution forcée du pacte, mais à condition que le bénéficiaire du droit de préemption ou du pacte de préférence établisse la connaissance par le tiers à la fois de l'existence de la clause et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁶. Cette double preuve, surtout celle de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir de la clause, est extrêmement difficile à rapporter, à tel point qu'elle est qualifiée de *probatio diabolica*. Cela étant, elle n'est pas impossible. Certains arrêts ont en effet annulé des cessions intervenues en violation de pacte de préférence⁷ ou de clauses de préemption⁸. À défaut d'apporter une telle

preuve, le bénéficiaire de la préférence/préemption ne peut réclamer que des dommages et intérêts⁹.

Il existe cependant des textes qui prévoient expressément la nullité des cessions effectuées en violation de telles clauses. Ainsi, selon le dernier alinéa de l'article L. 228-23 du Code de commerce « Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle ». De même, pour la SAS, l'article L. 227-15 du Code de commerce dispose que « toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle ». Si le premier ne concerne que les clauses d'agrément dans les sociétés par actions, le second concerne toutes les clauses – relatives à la cession – dans les SAS. Néanmoins, comme cela apparaît très explicitement dans ces textes, seules les clauses statutaires sont concernées.

Autrement dit, le non-respect d'une clause d'agrément stipulée dans les statuts d'une société par actions entraînera la nullité de la cession. De même, toute cession effectuée en violation de clauses insérées dans les statuts d'une SAS sera nulle. Et ce, sans qu'il soit besoin d'apporter une quelconque autre preuve que ladite violation. La nullité est encourue sur le seul fondement de la violation des statuts, sans qu'il soit nécessaire d'établir une fraude¹⁰. Ainsi par exemple, la vente d'un bien immobilier composant l'actif d'une SAS effectuée à un tiers en violation d'un pacte de préférence inséré dans les statuts de cette SAS doit être automatiquement annulée, sans qu'il soit besoin de rapporter la preuve non seulement de la connaissance par ce tiers du pacte litigieux, mais encore sa connaissance de la levée d'option¹¹. De même, la vente du capital d'une SAS au détriment des clauses d'agrément et de préemption prévues dans les statuts de cette SAS, doit être annulée sur le seul fondement de la violation des statuts. La clause statutaire serait finalement opposable même à ceux qui ne l'ont pas signée, c'est-à-dire même aux tiers de bonne foi, non informés de la clause¹². La clause statutaire recevrait la force obligatoire en toute hypothèse, sauf naturellement si l'option afférente à la préférence n'est pas levée, et ce, dans l'intérêt de la SAS. Ce qui indéniablement est source de sécurité juridique pour les parties au contrat.

Comment articuler cette solution avec la jurisprudence sur le pacte de préférence, initiée par les arrêts de Chambre mixte du 26 mai 2006 ? Selon toute vraisemblance, face à ce cumul de sanctions, le bénéficiaire de la préemption aurait le choix de la sanction¹³ et de son régime juridique : s'il choisit la nullité de la cession, il peut autant agir sur le fondement de l'article L. 227-15 du Code de commerce que des arrêts précités de

4. De prime abord, les termes de préemption et préférence semblent distincts. La première est stipulée en général au profit de tous les associés, alors que la seconde ne bénéficie qu'à une personne nommément désignée. En réalité, ces deux termes sont extrêmement proches, surtout dans leurs effets : préemption et préférence disposent du même régime juridique, et fonctionnent à l'identique.

5. Cass. com., 7 mars 1989, n° 87-17.212 : *JurisData* n° 1989-000694 ; *JCP G* 1989, II, 21316 ; *JCP N* 1990, II, 100439, note Y. Reinhard.

6. Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.495 et n° 03-19.376 : *JurisData* n° 2006-033690, *BRDA* 11/06, inf. 13 ; *RJDA* 8-9/2006, n° 883, note P. Chauvin ; *D.* 2006, *jurispr.* p. 1861, note P.-Y. Gautier ; *ibid.*, p. 1864, note D. Mainguy ; *JCP G* 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages. – H. Kenfack : *RLDA* 30/2006, n° 2173 ; *RLDA B/2006*, p. 10, note D. Velardocchio. – Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006 : *D.* 2006, *jurispr.* p. 2510, note P.-Y. Gautier. – Cass. 3^e civ., 31 janv. 2007 : *RLDA* 2007/14, n° 791, *RLDC* 2007/36, n° 2433, obs. S. Doireau, *BRDA* 9/2007, inf. n° 6, *Gaz. Pal.* 20-22 mai 2007, p. 21, note Ph.-H. Brault ; *D.* 2007, p. 1698, note D. Mainguy. – Cass. 3^e civ., 14 févr. 2007, n° 05-21.814 : *JurisData* n° 2007-037358 ; *JCP E* 2007, 1615 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 63, note P. Le Cannu ; *D.* 2007, p. 2444, note J. Théron ; *RTD civ.* 2007, p. 768, obs. B. Fages ; *RLDC* 2008, supplém. au n° 46, n° 2889, obs. J. Mestre et B. Fages. – T. com. Paris, 1^{re} ch. B., 25 juin 2007, n° 2004/058819, *Morel c/SA CDR et SA SFPI* : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1203, note F.-X. Lucas ; *Pactes d'actionnaires et exécution de bonne foi*, Editorial : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1123 ; *RTD civ.* 2007, p. 768, obs. B. Fages ; *RLDC* 2008, supplém. au n° 46, n° 2889, obs. J. Mestre et B. Fages. – V. égal. D. Poracchia, *chron Droit des sociétés*, « 2007 : une année très dense » : *Dr. et patrimoine* 2008, n° 171.

7. Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, n° 10-20.936 : *JurisData* n° 2011-023709 ; *D. Actualité*, 18 nov. 2011, obs. C. Forest : le cédant et le cessionnaire étaient des sociétés représentées par la même personne physique et il existait une lettre dans laquelle le bénéficiaire manifestait son intention d'acquiescer. Ces deux éléments ont permis aux juges de prononcer l'annulation de la cession et de substituer le bénéficiaire du pacte de préférence au tiers acquéreur.

8. Cass. com., 26 févr. 2013, n° 12-13.721, F.D. Sté M. Bricolage c/ Sté Bricorama France : *JurisData* n° 2013-003197. – S. Schiller, *Réponse de la Cour de cassation sur la définition du contrôle et sur l'exécution forcée d'un pacte* : *JCP G* 2013, 563 ; *JCP E* 2013, 1327 ; dans cette affaire, le tiers acquéreur était la société Bricorama et le contrat réservait à la société M. Bricolage un droit de préférence et de préemption en cas de cession des parts sociales ou actions assurant le contrôle de la personne morale qui exploite le magasin concerné. Selon la jurisprudence, pour obtenir l'exécution forcée de la stipulation, il fallait établir sa connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire, c'est-à-dire

la société M. Bricolage, de s'en prévaloir. Or, les juges du fond ne s'interrogent nullement sur ce que savait la société Bricorama. Ils se contentent de relever que la société M. Bricolage, le bénéficiaire, « était informée de l'intention de M. et M^{me} N. (signataires mais non bénéficiaires) de vendre une partie des actions (...) et qu'elle était également informée du changement d'enseigne » c'est-à-dire de leur intention de violer le pacte.

9. Cass. 3^e civ., 31 janv. 2007, *BRDA* 4/07, inf. 15. – Cass. 3^e civ., 29 juin 2010, n° 09-68.110 : *JurisData* n° 2010-010722 ; *RDC* 2011, p. 30, É. Savaux : les juges ont considéré que l'acquéreur, qui connaissait le pacte, n'était pas tenu de vérifier les intentions du bénéficiaire et si sa connaissance des intentions du bénéficiaire de se prévaloir de ses droits n'était pas établie, non seulement le pacte ne pouvait pas faire l'objet d'une exécution forcée, mais le bénéficiaire ne devait même pas être indemnisé.

10. M. Germain et P.-L. Périn, *La société par actions simplifiée*, coll. *Pratique des affaires* : Lextenso éditions, 2013, 5^e éd., n° 394.

11. D. Poracchia, *La SAS : entre créativité et confiance*, in *Dossier : Innovation et confiance en droit des affaires* : *Journal des Sociétés*, oct. 2008, n° 58, p. 24, *spéc. p.* 27 (actes du colloque « Innovation et confiance en droit des affaires » ayant eu lieu à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence le 16 mai 2008). – Du même auteur, *Quelles structures juridiques pour la création d'entreprise innovante ?*, in *Dossier « L'environnement juridique des start-up »* : *Dr. et patrimoine* 2001, n° 96. – V. égal., B. Dondero, *Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations* : *Bull. Joly Sociétés* 2008, § 56, p. 245.

12. D. Poracchia, H. Lécuyer et A. Raynaud, *Relativité et opposabilité des pactes extrastatutaires*, in *Dossier « Pactes et opérations de M&A »* : *Dr. et patrimoine* 2009, n° 186.

13. M. Germain et P.-L. Périn, *La société par actions simplifiée* : coll. *Pratique des affaires* : Lextenso éditions, 2013, 5^e éd., n° 399.

2006, avec une préférence pour le premier fondement en terme de charge de la preuve.

Se pose alors la question du régime des nullités : soit la nullité de droit spécial (prescription de trois ans), soit la nullité de droit commun (prescription de cinq ans). Tout dépend si une décision sociale a été prise ou pas : soit une décision sociale a été prise, pour exclure un associé par exemple, et c'est alors le régime des articles L. 235-1 et suivants du Code de commerce qui s'applique (droit spécial), soit aucune décision sociale n'a été prise, les statuts sont violés, et c'est le régime de droit commun des nullités qui s'applique¹⁴.

Encore faut-il toutefois que ces clauses soient statutaires. Car si elles sont dans un pacte, la sanction idoine ne sera pas l'exécution forcée.

En effet, la même violation des mêmes clauses stipulées entre les mêmes parties, non plus dans des statuts mais dans des pactes, ne reçoit pas la même sanction. La violation du pacte, moins fort que les statuts, permet tout au mieux l'allocation de dommages et intérêts voire la nullité de l'opération, mais à condition de démontrer la fraude¹⁵. L'éventuelle stipulation de la sanction dans le pacte même ne change rien : stipuler par exemple qu'en cas de violation de l'une des clauses du pacte d'associés, les intéressés pourront demander l'exécution forcée dudit pacte n'influence pas la solution de droit positif. D'où la conclusion que les clauses d'inaliénabilité, d'agrément, de préemption et d'exclusion doivent être stipulées dans les statuts. N'ayant rien de secret, elles n'ont pas leur place dans des pactes d'associés, sous peine de perdre en efficacité.

Demain, il en ira peut-être autrement de la force obligatoire de ces clauses stipulées dans des pactes, qui semble être renforcée par l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dernier en date. Ainsi, l'article 129 prévoit que « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable ». Cet article 129 efface purement et simplement l'article 1142 du Code civil.

Soutenir qu'en tant qu'obligation de faire, l'exécution du pacte doit nécessairement se résoudre en dommages et intérêts parce que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur » n'aurait plus lieu d'être.

Le pacte d'associés aurait la force obligatoire en toutes hypothèses, sous la réserve cependant d'une exécution impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable¹⁶. Notons qu'il faudra que les juges du fond précisent ces notions.

Si une telle avancée voit le jour, pour autant la force obligatoire des pactes d'associés restera toujours moindre que celle des statuts.

Sur le même registre, l'avant-projet de réforme prévoit de briser la jurisprudence permettant au promettant de se rétracter pendant le délai d'option.

B. - L'irrévocabilité de la promesse unilatérale de cession de titres

Depuis un arrêt rendu le 15 décembre 1993 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹⁷, confirmé le 11 mai 2011 par cette même chambre¹⁸, et le 13 septembre 2011 par la chambre commerciale¹⁹, le promettant engagé par une promesse unilatérale de contracter avec un bénéficiaire ne

peut être contraint à conclure le contrat promis s'il réilie ou rétracte son engagement avant la levée de l'option. Aussi surprenant que cela puisse paraître, et malgré quelques doutes qu'un arrêt du 6 septembre 2011 avait suscités²⁰, le promettant peut se rétracter avant l'arrivée du terme stipulé pour lever l'option²¹.

De deux choses l'une. Soit le promettant ne se rétracte pas. Soit, comme le lui permet la jurisprudence, il se rétracte avant la fin du délai d'option. S'il se rétracte, les consentements ne se rencontrant pas, le contrat ne saurait être formé.

Certaines clauses des pactes d'associés renfermant des promesses unilatérales de cession de titres, telles que les clauses de rachat forcé de *good/bad leaver* ou encore *drag along*, peuvent s'en trouver contrariées.

Le rédacteur de ces clauses devra en conséquence s'attacher à rendre irrévocable la promesse d'achat ou de vente de titres contenue dans la clause, en stipulant expressément cette irrévocabilité. Il pourra prévoir également des mécanismes contractuels de nature à rendre la mise en œuvre des promesses d'achat ou de vente de titres qui y sont contenues, quasi-automatique, au moyen notamment d'un nantissement des titres objets de la clause de *good/bad leaver* qui aura pour effet de rendre lesdits titres quasi indisponibles ou encore d'une obligation d'inscription à la charge du teneur de compte titres, nonobstant l'existence d'une contestation, pouvant faire l'objet d'une exécution forcée en nature²².

Ces clauses extra-statutaires de rachat forcé pourront également être renforcées par le jeu de la clause d'exclusion statutaire en visant expressément, comme fait générateur de l'exclusion, le cas du non-respect des dispositions du pacte d'associés. La société devra évidemment être partie au pacte d'associés afin que ce dernier lui soit opposable. Ainsi, dans l'hypothèse où l'associé promettant dans le cadre d'une clause de *bad leaver* révoquerait sa promesse avant la levée d'option, le rachat forcé de ses actions pourrait tout de même être obtenu par le biais de la clause d'exclusion.

Proposition de rédaction d'une clause d'exclusion contenue dans les statuts d'une SAS, dont la décision relève de la collectivité des associés :

Article [.....]. Exclusion

L'exclusion d'un associé peut être prononcée dès lors que survient l'un des événements suivants :

- non-respect des dispositions des présents statuts ;
- non-respect des dispositions d'un pacte extra-statutaire, conclu entre tous les associés ou certains associés, en présence de la Société ;
- [.....].

Dès qu'il aura connaissance de l'un des événements ci-dessus, le Président de la Société devra réunir, dans les trois (3) mois, la collectivité des associés à l'effet de décider de l'exclusion éventuelle de l'associé concerné.

La décision d'exclusion ne peut intervenir sans que les griefs invoqués à l'encontre de l'associé susceptible d'être exclu lui aient été préalablement communiqués au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, quinze (15) jours au moins avant la décision, et ce afin qu'il puisse présenter à la collectivité des associés les motifs de son désaccord sur le projet d'exclusion.

La décision d'exclusion est prise par les associés statuant à la majorité fixée à l'article [.....] des présents statuts et prend effet à compter de son prononcé.²³

14. M. Germain et P.-L. Périn, *La société par actions simplifiée*, coll. *Pratique des affaires* : Lextenso éditions, 2013, 5^e éd., n° 396.

15. B. Dondero, *Les pactes d'actionnaires et les mutations de la société*, in *Dossier « Pactes et opérations de M&A » : Dr. et patrimoine 2009*, n° 186.

16. D. Mazeaud, *Droit des contrats : réforme à l'horizon* : D. 2014, chron., p. 291, spéc. n° 7.

17. Cass. 3^e civ., 15 déc. 1993, n° 91-101199 : *JurisData* n° 1993-002405 ; *RTD civ.* 1994, p. 584, obs. J. Mestre.

18. Cass. 3^e civ., 11 mai 2011, n° 10-12875 : *JurisData* n° 2011-008034.

19. Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19526 : *JurisData* n° 2011-018742.

20. Cass. 3^e civ., 6 sept. 2011, n° 10-20.362.

21. S. Schiller, *Promesses unilatérales croisées ne valent plus vente* : *Actes prat. ing. sociétaire* 2012, n° 121, idée nouvelle 1.

22. Ph. Beauregard, Ph. Brunswick, A. Pottier et M.-H. Brissot, *Clauses de good/bad leaver, Comment assurer leur pleine efficacité ?* : *Actes prat. ing. sociétaire*, 2013, n° 127, le point sur 1, p. 25.

23. Concernant les SAS, et donc aussi les SELAS, malgré toute la liberté contractuelle qui peut les caractériser, les clauses d'exclusion ne sauraient toutefois

L'exclusion entraîne, dès le prononcé de la mesure, la suspension des droits non pécuniaires attachés à la totalité des actions de l'associé exclu et l'obligation, pour ce dernier, de céder ses actions.

En cas de décision d'exclusion, l'associé concerné doit céder ses actions à toute personne désignée par le Président ou à la Société qui doit alors réduire son capital.

À défaut d'accord sur le prix entre les parties, celui-ci sera déterminé par un expert conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil²⁴.

Si à l'expiration du délai d'un (1) an à compter de la notification de la décision d'exclusion, le Président de la Société n'a pas procédé ou fait procéder au rachat des actions de l'associé exclu, la décision d'exclusion est réputée privée de tout effet.

Dans la rédaction proposée ci-dessus, le non-respect des dispositions d'un pacte extra-statutaire constitue un motif objectif d'exclusion d'un associé. Cette cause d'exclusion d'un associé est rarement présente dans les clauses d'exclusion.

Au-delà, il est nécessaire de valoriser le rachat forcé induit, dans notre exemple, par la clause d'exclusion, ce qui oblige, en cas de contestation, d'avoir recours à un tiers expert, soit celui de l'article 1843-4 du Code civil²⁵ dont le champ d'application est de plus en plus élargi depuis ces dernières années y compris aux conventions et pactes extra-statutaires, soit celui de l'article 1592 du Code civil.

L'article 1843-4 du Code civil, d'ordre public, est à l'origine d'une jurisprudence redoutable, l'objectif poursuivi étant notamment de protéger les associés auxquels aurait été imposée la méthode de valorisation du rachat de leurs titres ; cette jurisprudence revient toutefois à nier la volonté contractuelle des parties. L'expert de l'article 1843-4 du Code civil est en effet libre d'utiliser ou non l'éventuelle méthode d'évaluation prévue dans les statuts ou dans un pacte²⁶, libre aussi de

la date d'évaluation²⁷, libre enfin de la date de remise de son rapport. L'ordonnance du juge²⁸ le désignant est sans recours possible, hormis la voie très fermée de l'appel-nullité en cas d'excès de pouvoir²⁹. Il n'y a guère qu'en l'absence de contestation ou qu'une fois la cession conclue que l'article 1843-4 du Code civil ne s'applique pas, ce qui est le cas s'il y a eu accord sur un prix déterminable³⁰ ou si l'option a été levée dans le cadre d'une promesse de vente³¹. En ce qui concerne la SAS, aux termes de l'article L. 227-18 du Code de commerce, l'article 1843-4 du Code civil ne s'applique pas nécessairement non plus dans le cas où la cession est consécutive à la mise en œuvre des clauses statutaires suivantes : clause d'agrément, clause de changement de contrôle d'un associé, clause d'exclusion, dès lors que les modalités du prix de cession sont précisées dans les statuts. Cette disposition devrait ainsi inciter à la « statutarisation » des clauses susvisées, avec pour inconvénient cependant de rendre publiques les modalités de détermination du prix.

De même, il n'y a guère qu'en cas d'erreur grossière, très rare, que le rapport de l'expert sera susceptible d'être annulé³². Notons que le texte ne fait tout de même pas échec à ce que le rapport soit actualisé³³, ni n'interdit au juge des référés d'accorder une provision à l'associé qui se retire d'une société lorsque celui-ci est créancier d'une obligation dont l'existence n'est pas sérieusement contestable³⁴.

Le texte, qui a fait l'objet d'une QPC, sans succès³⁵, sévit même dans les sociétés civiles³⁶, en particulier dans les sociétés des professions libérales (SCP et SEL), étant précisé ici que les lois du 28 mars 2011 et du 22 mars 2012 ont réagi et

priver l'associé ni de son droit de vote ni de son droit de participer à l'assemblée statuant sur son exclusion. La solution ressort du célèbre arrêt « Arts et entreprises » du 23 octobre 2007 (M. Germain et P.-L. Périn, la société par actions simplifiée : coll. Pratique des affaires : Lextenso éditions 2013, 5^e éd., n° 452 et s.), et a été réaffirmée avec force par deux arrêts en date du 9 juillet 2013 (Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-21.238, FS-P+B, Sté Logistics Organisation Grimonprez (LOG) c/ B. : JurisData n° 2013-014466 ; Dalloz actualité 17 juill. 2013, note A. Lienhard. – Dictionnaire permanent Droit des affaires, Bull. n° 789, sept. 2013, p. 1, obs. C. Thiercelin) : une clause statutaire d'exclusion qui prévoit que l'associé dont l'exclusion est susceptible d'être prononcée ne participe pas au vote est réputée non écrite dans son intégralité (V. égal. M. Roussille, Clause d'exclusion : Dr. sociétés 2013, formule 11. – P. Le Cannu, Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives, in Mélanges P. Merle : Dalloz 2012, p. 443. – J. Granotier, L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? : JCP E 2012, 653). Seul peut-être le jeu des actions de préférence dans les SEL par actions pourrait perturber la donne (suppression du droit de vote mais avec une contrepartie : M. Germain et P.-L. Périn, la société par actions simplifiée : coll. Pratique des affaires : Lextenso éditions, 2013, 5^e éd., n° 451).

24. Les parties pourront recourir à l'expert de l'article 1592 du Code civil, à condition toutefois que le prix soit déterminable objectivement.

25. Sur ce texte, V. M. Buchberger, Cessions de droits sociaux et exigence d'un prix déterminable : D. 2012, 1632. – A. Couret, L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1843-4 du code civil, Mélanges Bouloc : D. 2006, p. 249. – J. Moury, Droit des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers : Dalloz Référence, 2011/2012. – M.-C. Monsallier-Saint Mieux, Les difficultés contemporaines posées par l'article 1843-4 du code civil, Mélanges F. Dekeuwer-Délossez : Lextenso éditions 2012. – M.-C. Monsallier-Saint Mieux et A. Chatain, Les difficultés contemporaines posées par l'article 1843-4 du code civil, in Dossier Détermination du prix dans les cessions de titres : Actes prat. ing. sociétaire 2012, n° 124, dossier 4, p. 31. – A. Lienhard : D. 2012, 1884, obs. ss. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012. – Sur la différence entre « contestation » et « désaccord » V. B. Dondero, Article 1843-4 du Code civil : clarifications suggérées : Mélanges D. Tricot : Litec 2011. – V. encore, F.-X. Lucas, La place de la liberté contractuelle dans la détermination du prix de droits sociaux à dire d'expert : 1592 vs. 1843-4 : Mélanges P. Le Cannu 2014.

26. Cass. com., 4 déc. 2007, n° 06-13.913 : JurisData n° 2007-041854. – Cass. com., 4 déc. 2007, n° 06-13.912, Quillard c/ Arues : JurisData n° 2007-041783 ; Dr. sociétés 2008, comm. 23, note R. Mortier ; Bull. Joly 2008, p. 216, note F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2008, p. 341, note J. Moury ; Bull. civ. 2007, IV, n° 258 ; D. 2008, p. 16, obs. A. Lienhard ; D. 2009, p. 328, obs. J.-C.

Hallouin. – Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : JurisData n° 2009-048051 ; Bull. civ. 2009, IV, n° 61 ; D. 2009, 1349, note A. Lienhard ; Bull. Joly sociétés 2009, 529, note F.-X. Lucas ; Dr. sociétés 2009, comm. 114, obs. R. Mortier ; JCP G 2009, 405, n° 1, obs. Fl. Deboissy et G. Wicker ; D. 2009, 2170, Point de vue R. Dammann et S. Périnot. – J. Moury, Réflexions sur l'article 1843-4 du Code civil après l'arrêt du 5 mai 2009 : Rev. sociétés 2009, 503. – C. Grimaldi, Regards civiliste sur la cession ou le rachat forcé de droits sociaux : JCP G 2009, act. 500, Libres propos. – Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-11.668 : JurisData n° 2010-051670. – Cass. com., 9 févr. 2010, n° 09-10.800, D. O. c/ SARI Martel : JurisData n° 2010-051552 ; JCP F 2010, 1561, note J.-P. Iegros. – Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-11.586 : JurisData n° 2010-051632 ; Bull. civ. 2010, IV, n° 39. – Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-12.717 : JurisData n° 2012-009208 ; BRDA 13/12 inf. 6. – Cass. com., 4 déc. 2012, n° 10-16.280 : JurisData n° 2012-028238. – Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-26.520 : JurisData n° 2012-028369.

27. Cass. com., 26 mars 2013 n° 12-10.144, F-D, Sté Institut d'histo-cyto-pathologie (IHCP) c/ Beau : JurisData n° 2013-005612.

28. C'est le président du tribunal qui est compétent en la matière, et non le tribunal : Cass. 3^e civ., 28 mars 2012, n° 10-26.531 : JurisData n° 2012-005612.

29. Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-16.349 : JurisData n° 2012-009101 ; Bull. civ. 2012, IV, n° 90. – Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-12.999 : JurisData n° 2012-013322 ; Bull. civ. 2012, IV, n° 103. – Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-17.866 : JurisData n° 2012-010775 ; Bull. civ. 2012, IV, n° 98. – Cass. com., 20 nov. 2012, n° 10-18.966.

30. Cass. com., 26 févr. 2013, n° 11-27.521 : JurisData n° 2013-003208. – CA Paris, ch. 5-8, 29 janv. 2013, n° 11/20007, Schramm c/ D.

31. CA Versailles, 10 sept. 2009. – Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-21.369 : JurisData n° 2009-050459 ; JCP E 2010, 1146, note G. Mouy ; « La procédure prévue à l'article 1843-4 du code civil n'est pas applicable lorsque le prix de cession de parts sociales n'a fait l'objet d'aucune contestation antérieure à la conclusion de celle-ci.

Dès lors, doit être approuvée une décision d'une cour d'appel qui a rejeté une demande de fixation à dire d'expert du prix de cession, prévue par une promesse unilatérale, après avoir relevé, par référence aux stipulations de cette promesse qui précisait les modalités de calcul du prix de cession, que celui-ci était déterminable et que la cession était devenue parfaite dès la levée de l'option, ce dont il résulte que le prix n'avait fait l'objet d'aucune contestation antérieure à la conclusion de la cession ».

32. CA Paris, ch. 5-8, 22 oct. 2013 n° 10/17138, C. c/ SCI Voltaire. – Cass. com., 15 janv. 2013, n° 12-11.666, F-PB, SCI du 6 rue de l'Abeuvroir c/ Daviel de la Nézière : JurisData n° 2013-000317 ; BRDA 5/13 ini. 1.

33. Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2010, n° 09-10.141, FS-P+B+I : JurisData n° 2010-023235 ; BRDA 24/10, inf. 2.

34. Cass. 1^{re} civ. 27 févr. 2013, n° 12-15.828, F-D : JurisData n° 2013-006860.

35. Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-40.069, QPC : JurisData n° 2011-003165. – Cass. com., n° 10-40.072, SAS CFJ Holding c/ Sté Les Jardins Fleuris : JurisData n° 2011-003165 ; Dr. sociétés 2011, comm. 103, note M.-L. Coquelet.

36. Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2007.

permettent désormais aux SCP et SEL de ne plus faire application dudit texte³⁷.

Et il sévit tellement qu'il est actuellement envisagé de le réformer. Ainsi, l'article 3, 8°, de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 a habilité le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises afin de « modifier l'article 1843-4 du Code civil pour assurer le respect par l'expert des règles de valorisation des droits sociaux prévues par les parties ». Il s'agirait de briser la jurisprudence *Intermarché* : l'expert éventuellement désigné serait obligé de suivre la méthode de valorisation prévue dans les statuts ou dans un pacte³⁸, si d'aventure une telle méthode est prévue. Peut-être même que le texte serait purement et simplement exclu des cessions de droits sociaux, fief de son champ d'application...

Pour l'heure, la question demeure du choix entre l'article 1843-4 et l'article 1592 du Code civil.

Choix entre l'article 1843-4 ou l'article 1592 du Code civil Évaluation du prix des droits sociaux faisant l'objet d'une cession

	Expert de l'article 1843-4 du Code civil	Expert de l'article 1592 du Code civil
Champ d'application	Texte d'ordre public Contestation sur le prix des droits sociaux avant la conclusion de la cession, la conclusion de la cession s'entendant soit d'un accord sur un prix déterminable soit de la levée d'option dans le cadre d'une promesse de vente.	Texte d'application contractuelle Contestation sur le prix des droits sociaux après la conclusion de la cession, la conclusion de la cession s'entendant soit d'un accord sur un prix déterminable soit de la levée d'option dans le cadre d'une promesse de vente. En SAS : clauses statutaires d'agrément, de changement de contrôle d'un associé, d'exclusion, dès lors que les modalités du prix de cession sont précisées dans les statuts.

37. M.-H. Monsérié-Bon, *Cession des droits sociaux d'une SCP ou d'une SEL - Saisir les nouvelles opportunités* : Dr. sociétés 2013, étude 3. - J. Demaison, *Structures d'exercice de la profession d'avocat et patrimonialité*, in *Dossier Le renouveau des SFI et des SPFPI* : Journal des Sociétés févr. 2014, n° 116, p. 16. - A. Rabreau, *L'indemnité due aux héritiers des associés de SEL et de SCP après les lois du 28 mars 2011 et du 22 mars 2012* : D. 2013, p. 2191.

38. R. Mortier, *Article 1843-4 du Code civil : réforme en vue !* : Dr. sociétés 2013, comm. 196.

	Expert de l'article 1843-4 du Code civil	Expert de l'article 1592 du Code civil
Modalités de désignation tiers expert	Par les parties ou par le Président du tribunal de commerce ou du TGI statuant en la forme des référés. Pas de recours possible contre la désignation de l'expert par le juge, sauf excès de pouvoir.	Par les parties.
Mission du tiers expert	Liberté totale du tiers expert dans la fixation du prix, même en cas de méthode d'évaluation stipulée par les parties.	Respect par le tiers expert de la méthode d'évaluation stipulée par les parties.
Principe du contradictoire	NON	OUI

Et demain peut-être, les promesses unilatérales pourraient ne plus être révocables avant l'arrivée du terme.

En effet, l'alinéa 2 de l'article 24 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dispose que « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne peut empêcher la formation du contrat promis ». Voilà qui briserait net la jurisprudence permettant la révocabilité de la promesse avant l'arrivée du terme³⁹. Et l'alinéa 3 dudit texte d'ajouter que : « Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

En outre, trouvant un écho auprès de l'article 129 précité, l'article 25 du même projet surenchérit sur le pacte de préférence en son alinéa 2 qui précise que : « Lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation du préjudice subi ».

Reste que, avec ce projet de réforme, même si l'un des cocontractants ne peut plus peut-être se rétracter avant le terme, il pourra cependant modifier unilatéralement le pacte. Une clause du pacte viendra en effet poser l'irrévocabilité de la promesse et stipuler, par exception, la possible modification unilatérale du pacte⁴⁰, voire, plus fondamentalement, la rupture unilatérale, constitutionnellement protégée⁴¹.

Mots-Clés : Pactes d'associés - Force obligatoire

39. D. Mazeaud, art. cit., loc. cit.

40. Ph. Beauregard, C. Ieparmentier et M. Modrzyk, art. cit.

41. Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, § 61 : JO 16 nov. 1999, p. 16962 ; RTD civ. 2000, p. 109, obs. J. Mestre. - V. plus largement, Ph. Delebecque, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Dossier « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir »* : Dr. et patrimoine mai 2004, n° 126, p. 55 et s.