

**AIX MARSEILLE UNIVERSITE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE**



INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES

« L'EXCLUSION DE L'ASSOCIE »

Présenté pour l'obtention
du Master II Droit économique

Préparé sous la direction de Monsieur Bastien BRIGNON,
Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille

Présenté et soutenu publiquement
par
Raphaël ESCONDEUR

Année universitaire 2020-2021

La Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Les opinions qui y figurent doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur Bastien BRIGNON, pour tous les conseils avisés qu'il a pu me donner au cours de la réalisation de ce mémoire. Monsieur BRIGNON s'est toujours montré très disponible pour moi, a toujours répondu très rapidement à mes *e-mails*, et je lui en suis extrêmement reconnaissant.

Ensuite, je remercie Maître David YBERT DE FONTENELLE, ancien du Master II droit économique et avocat au barreau d'Aix-en-Provence, pour avoir accepté de m'accorder un entretien extrêmement intéressant sur mon sujet de mémoire.

Je remercie également Maître Frédéric GALHUID pour m'avoir prêté certains ouvrages à une époque où nous ne pouvions pas aller à la bibliothèque universitaire (BU), et également pour ses précieux conseils.

Merci à Madame Dina DIA qui m'a généreusement partagé son point de vue sur mon sujet, et m'a conseillé la lecture de divers articles de doctrine.

Merci également à mes camarades de promotion, avec qui la rédaction du mémoire a été plus agréable, et en particulier à Nathan, Maria, Dani, Gihen et Margaux.

Je remercie en particulier Maria TAWK grâce à qui j'ai pu obtenir de la documentation sur le droit comparé relatif à mon sujet.

Enfin, de manière plus générale je remercie mes proches pour leur soutien permanent durant toute la réalisation de ce mémoire.

SOMMAIRE DU MEMOIRE

PREMIERE PARTIE : L'EXCLUSION, UNE NOTION PROTEIFORME

TITRE I – L'exclusion d'origine légale

Chapitre I – L'exclusion, sanction légale du comportement de l'associé

Chapitre II – L'exclusion ne sanctionnant pas nécessairement le comportement de l'associé

TITRE II – L'exclusion d'origine conventionnelle

Chapitre I – Les formes statutaires d'exclusion

Chapitre II – Les formes extrastatutaires d'exclusion

SECONDE PARTIE : L'EXCLUSION, UNE PRATIQUE ENCADREE

TITRE I – Les conditions de validité du mécanisme d'exclusion

Chapitre I – Les conditions relatives à la clause d'exclusion

Chapitre II – Les conditions relatives à la procédure d'exclusion

TITRE II – Les conséquences de l'exclusion

Chapitre I – La cession des droits sociaux de l'associé exclu

Chapitre II – Le retrait de la vie sociale de l'associé exclu

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

| | |
|-------------------------------|---|
| Al. | Alinéa |
| Act. prat. et ing. sociétaire | Actes pratiques et ingénierie sociétaire (LexisNexis) |
| Art. | Article |
| BJB | Bulletin Joly Bourse (Lextenso) |
| BJS | Bulletin Joly Sociétés (Lextenso) |
| CCC | Contrats, concurrence, consommation |
| C. Civ. | Code civil |
| C. Com. | Code de commerce |
| C. mon. fin. | Code monétaire et financier |
| C. rur. | Code rural et de la pêche maritime |
| C. santé publ. | Code de la santé publique |
| CA | Cour d'appel |
| Cass. 1re Civ | Première chambre civile de la Cour de cassation |
| Cass. 3e Civ. | Troisième chambre civile de la Cour de cassation |
| Cass. Com. | Chambre commerciale de la Cour de cassation |
| Cass. Req. | Chambre des requêtes de la Cour de cassation |
| Cass. Soc. | Chambre sociale de la Cour de cassation |
| CCH | Code de la construction et de l'habitation |
| Comm. | Commentaire |
| Cons. Const. | Conseil Constitutionnel |
| Const. | Constitution |
| Conv. EDH | Convention européenne des droits de l'Homme |
| CPC | Code de procédure civile |
| D. | Recueil Dalloz |
| Décr. | Décret |
| Dr. sociétés | Droit des sociétés (LexisNexis) |
| éd. | édition |
| s. | et suivants |
| Fasc. | Fascicule |
| GAEC | Groupement agricole d'exploitation en commun |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais (Lextenso) |
| GIE | Groupement d'intérêt économique |
| JCl. | JurisClasseur (LexisNexis) |

| | |
|-----------------------|---|
| JCP E | La semaine juridique entreprises et affaires (LexisNexis) |
| JCP G | La semaine juridique édition générale (LexisNexis) |
| Journ. Sociétés | Journal des sociétés |
| L. | Loi |
| LGDJ | Librairie générale du droit et de la jurisprudence |
| LPA | Les petites affiches (Lextenso) |
| Màj. | Mise à jour |
| Ord. | Ordonnance |
| préc. | précité |
| PUF | Presses universitaires françaises |
| Rapp. | Rapport |
| RD Bancaire et bourse | Revue de droit bancaire et financier (LexisNexis) |
| Règl. gén. AMF | Règlement général de l'Autorité des marchés financiers |
| Rép. Soc. Dalloz | Répertoire des sociétés Dalloz |
| Rev. Lamy dr. aff. | Revue Lamy droit des affaires |
| Rev. proc. coll. | Revue des procédures collectives (LexisNexis) |
| Rev. sociétés | Revue des sociétés (Dalloz) |
| RJDA | Revue de jurisprudence de droit des affaires (Francis Lefebvre) |
| RTD Civ. | Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz) |
| RTD Com. | Revue trimestrielle de droit commercial (Dalloz) |
| SA | Société anonyme |
| SARL | Société à responsabilité limitée |
| SAS | Société par actions simplifiée |
| SCI | Société civile immobilière |
| SCM | Société civile de moyens |
| SCP | Société civile professionnelle |
| SCV | Société à capital variable |
| SEL | Société d'exercice libéral |
| SICA | Société d'intérêt collectif agricole |
| spéc. | spécifiquement |
| ss. | sous |
| T. Com. | Tribunal de commerce |
| V. | Voir |

INTRODUCTION GENERALE

1. Evolution. Alors que le doyen Rodière écrivait en 1974 que les clauses statutaires non prévues par la loi autorisant l'exclusion d'un associé constituaient une « monstruosité juridique »¹, on va pouvoir constater que la manière de penser de la communauté juridique a beaucoup évolué. Cette évolution est parfaitement illustrée par la possibilité, introduite par la loi « Soilihi » en 2019, d'adopter ou de modifier une telle clause sans requérir l'unanimité des associés dans les sociétés par actions simplifiées (SAS)².

2. Société, associé et exclusion. L'exclusion d'un associé implique que ce dernier fasse partie d'un groupement ou d'une personne morale. Le groupement incontournable en droit des affaires est la société. Selon l'article 1832 du Code civil, « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Le deuxième alinéa de cet article vient ajouter qu'« elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne ».

L'associé est le « membre d'un groupement constitué sous forme de société »³. Le mot « associé » prend son origine dans les locutions latines *associare*, qui signifie « joindre » ou « associer », et *socius*, qui signifie « compagnon ». Ses droits essentiels « consistent à participer aux bénéfices, à concourir au fonctionnement de la société, à être informé de la marche de celle-ci », et ses obligations principales « sont la libération de ses apports et la contribution aux pertes »⁴. La dénomination d'associé varie cependant en fonction de la nature des titres délivrés par la société. Ainsi, dans une société par actions⁵, celui qui possède des actions est dénommé « actionnaire ». De manière très marginale, lorsqu'une société émet des obligations nominatives⁶, l'associé doit être appelé « obligataire ». Malgré la pluralité de ces appellations nous utiliserons le terme générique d'« associé » dans tous les cas où il n'est pas question d'une forme sociale particulière.

Le terme d'« exclusion » se définit juridiquement comme l'« action d'exclure et [le] résultat de cette action », ce qui peut s'entendre comme la « sanction prononcée contre l'adhérent d'un groupement qui a commis une faute grave »⁷. Toutefois, nous le verrons, en droit des sociétés le terme d'« exclusion » recouvre diverses hypothèses, qui ne se limitent pas à celle-ci. Le terme d'« éviction » peut ainsi se révéler pertinent : évincer quelqu'un signifie

¹ R. Rodière, note ss. CA Rouen, 8 févr. 1974, Rev. sociétés 1974, p. 507 et s., spéc. p. 513.

² V. C. Com., art. L. 227-19 tel que modifié par la L. n° 2019-744 du 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés.

³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^e éd., 2016, v. Associé.

⁴ Ibid.

⁵ V. C. Com., art. L. 228-1 s.

⁶ Comme cela est possible sous certaines conditions dans les SARL : C. Com., art. L. 223-11.

⁷ G. Cornu, op. cit., v. Exclusion.

le priver d'un droit⁸, mais cela n'implique pas nécessairement qu'il ait commis une faute grave. Toutes ces hypothèses feront l'objet d'une étude approfondie.

L'exclusion d'un associé a pu être évoquée de diverses manières par la loi, la jurisprudence et la doctrine. Classiquement, il est possible, par exemple, de parler de « cession forcée » ou de « sortie forcée » de l'associé. En tout état de cause, nous estimons qu'une situation d'exclusion est caractérisée par la contrainte, imposée à un associé, de céder ses titres alors qu'il ne le souhaitait pas. Cette contrainte trouve sa source soit dans la loi, soit dans les stipulations d'un contrat auquel l'associé est partie. Dans ce dernier cas, l'associé a consenti par avance à ce que l'on le dépouille de ses titres.

3. Questions fondamentales et droits fondamentaux. Exclure un associé en revient à heurter le droit de propriété⁹ dont celui-ci dispose sur ses titres sociaux. La question sous-jacente en la matière est donc celle de savoir comment se justifie cette atteinte substantielle à ce droit pourtant fondamental. Lorsque ladite atteinte est prévue par la loi, le Conseil constitutionnel peut effectuer un contrôle de constitutionnalité, soit avant l'adoption de la loi, soit après à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)¹⁰. A l'occasion de ce contrôle, il va se demander notamment si la mesure prévue est proportionnelle au but recherché et si les restrictions apportées sont contrebalancées par des garanties suffisantes¹¹. Lorsque l'exclusion est prévue par contrat, deux principes majeurs viennent entrer en collision avec le droit de propriété de l'associé : la liberté contractuelle¹² et la force obligatoire du contrat¹³.

Une fois admis que l'exclusion d'un associé, et donc, l'atteinte à son droit de propriété, est possible et tout à fait envisageable, « la question délicate [est] de savoir jusqu'où peut aller la subordination des intérêts individuels à l'intérêt social sans que l'atteinte aux premiers ne soit intolérable », selon le professeur Jean-Jacques Daigre¹⁴. Où se situe la balance des intérêts entre l'intérêt individuel de l'associé et l'intérêt collectif d'un ensemble d'associés ? Quid de l'intérêt de la société elle-même, de ses salariés, et de ses partenaires économiques ?

L'exclusion de l'associé est une pratique qui comprend différentes formes, ce qui implique d'étudier celles-ci distinctement, pour finalement en retirer une vision globale plus claire de la notion. A travers une telle étude, se pose la question de la finalité des différents mécanismes légaux et contractuels prévoyant l'exclusion d'un associé. Ces mécanismes répondent à une logique interne qu'il sera nécessaire d'appréhender.

⁸ V. *Le petit Robert de la langue française*, éd. Le Robert, 2021.

⁹ Conv. EDH, prot. 1er, art. 1er ; C. Civ., art. 544.

¹⁰ Const., art. 61 et 61-1.

¹¹ Le Conseil l'a par exemple fait dans une décision Cons. Const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, v. infra n°32.

¹² C. Civ., art. 1102.

¹³ C. Civ., art. 1103.

¹⁴ J.-J. Daigre, *La perte de la qualité d'actionnaire*, Rev. sociétés 1999, p. 535.

Certaines conditions sont nécessaires à la mise en place d'un mécanisme d'exclusion. Etudier ces conditions nous permettra de répondre à la question sous-jacente, précédemment citée : comment justifier que l'on porte atteinte au droit de propriété de l'associé ? Le régime de l'exclusion est assez contraignant, et les praticiens du droit des sociétés, épaulés par la jurisprudence, tendent à vouloir s'en affranchir. Une autre question sous-jacente en matière d'exclusion est donc la suivante : quel avenir pour le régime de l'exclusion ?

4. L'exclusion d'un associé du XIX^{ème} siècle à nos jours. La question de l'exclusion d'un associé a longtemps été un tabou juridique. Si la doctrine a longtemps été réfractaire à la stipulation de clauses d'exclusion dans les statuts de groupements, force est de constater que les dispositions légales prévoyant des cas d'exclusion dans certaines formes sociales sont pour la plupart assez anciennes. En effet, la loi du 24 juillet 1966 portant réforme du droit des sociétés commerciales est à l'origine des cas d'exclusion prévus dans les sociétés en nom collectif (SNC), sociétés par actions simplifiées (SAS) et dans les sociétés par actions en général¹⁵. La même année, la loi instituant les sociétés civiles professionnelles, toujours en vigueur aujourd'hui, comprenait également une disposition prévoyant l'exclusion d'un associé¹⁶. Plus ancien encore, un décret de 1964 relatif aux groupements agricoles d'exploitation en commun (GAEC) prévoyait déjà qu'un associé puisse en être exclu¹⁷. La disposition légale la plus ancienne prévoyant l'exclusion d'un associé est cependant celle relative aux sociétés à capital variable (SCV), aujourd'hui prévue à l'article L. 231-6 du Code de commerce : on en trouve la trace dans la loi sur les sociétés commerciales de 1867¹⁸. Cette disposition, plus précisément, prévoyait la possibilité de stipuler dans les statuts une clause permettant à l'assemblée générale d'exclure un associé à la majorité fixée pour la modification des statuts, ce qui est repris aujourd'hui à l'article L. 231-6 du Code de commerce.

S'inspirant certainement de cette disposition, des rédacteurs d'actes ont commencé à stipuler, dans des statuts de sociétés, des clauses permettant de contraindre un associé à céder ses titres. C'est ainsi que la jurisprudence a commencé à se saisir de la question à la fin du XIX^{ème} siècle¹⁹. A partir de là, a commencé à se dessiner la validité prétorienne des clauses d'exclusion, du moins statutaires ; et bien que d'aucuns aient pu penser que la loi du 24 juillet 1966 remettrait en question cette validité, il n'en fut rien²⁰.

Parallèlement, la doctrine a longtemps vu d'un mauvais œil de telles stipulations, considérant notamment que celles-ci étaient attentatoires au droit de propriété de l'associé exclu²¹. Comment interpréter alors le fait que la loi prévoit des cas d'exclusion dans certaines

¹⁵ V. L. n° 66-537 du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales, art. 22, 262-17, 266-1 et 281.

¹⁶ L. n° 66-879 du 29 nov. 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 24, al. 3.

¹⁷ Décr. n°64-1193 du 3 déc. 1964 fixant les conditions d'application de la L. n° 62-917 du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun, art. 23, al. 1^{er}.

¹⁸ L. du 24 juill. 1867 sur les sociétés commerciales, art. 52.

¹⁹ V. CA Paris, 18 nov. 1893.

²⁰ V. infra, n°s 62 s.

²¹ V. not. R. Rodière, art. cit., loc. cit.

formes sociales ? Faut-il en déduire que l'exclusion d'un associé ressort de la compétence exclusive du législateur, ou au contraire, que cette possibilité prévue par la loi infère que les associés peuvent également stipuler une telle chose ? Force est de constater que la jurisprudence a largement penché pour la seconde option, et qu'une majorité d'auteurs est aujourd'hui favorable à la validité des clauses d'exclusion²².

Au XXI^e siècle, la validité des clauses d'exclusion ne fait plus aucun doute. Alors que la jurisprudence s'applique à préciser continuellement le régime attaché aux clauses d'exclusion, elle permet également d'envisager celles-ci sous de nouvelles formes. Ainsi, en 2014, il a été précisé qu'une promesse unilatérale de vente stipulée dans un pacte extrastatutaire peut avoir pour effet d'exclure un associé, sans pour autant que le régime attaché à l'exclusion ne puisse s'y appliquer²³. En 2015, la Cour de cassation a validé le raisonnement d'une Cour d'appel qui avait qualifié de « clause d'éviction » la clause qui permettait la perte immédiate de la qualité d'associé à la survenance d'un événement objectif donné²⁴. Ainsi, malgré une histoire vieille de plus de cent ans, le thème de l'exclusion de l'associé est toujours d'actualité, et la jurisprudence en la matière est foisonnante depuis le début des années 2000.

5. L'exclusion en droit étranger. Les droits étrangers ont parfois des conceptions différentes de l'exclusion d'un associé. Ainsi, en droit allemand et suisse, il est possible de demander en justice la cession forcée des titres d'un associé qui a manqué à ses obligations²⁵, ce qui n'est pas possible en France²⁶. Pourtant, certains auteurs se sont montrés favorables à une telle chose. Le professeur Jean-Jacques Daigre, par exemple, a considéré que « la conception du rôle du juge qui prévaut en droit français moderne devrait conduire à lui reconnaître le pouvoir d'exclure un actionnaire s'il y va de la survie de la société »²⁷. On reconnaît là le courant de pensée majoritaire en France, qui estime que l'intérêt de la société doit prévaloir sur les intérêts individuels des associés. « Ce ne serait que le corollaire de la dissolution judiciaire ; ce ne serait donc que lui accorder le pouvoir de faire survivre une société, lui qui a déjà le pouvoir de la faire mourir », ajoute Monsieur Daigre²⁸.

Les droits suisse et allemand ont ainsi épousé cette vision de l'exclusion en donnant au juge une place prépondérante dans les rapports entre associés, alors que le droit français

²² V. not. J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, *Le Lamy sociétés commerciales 2019*, Lamy, 2019, n° 886 ; J.-M. de Bermond de Vaulx, *L'exclusion d'un associé*, Dr. sociétés 1996, chr. n° 10, p. 6 ; G. Durand-Lepine, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, LPA n°88, 24 juill. 1995, p. 7 ; J.-J. Ansault, *Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle*, Journ. sociétés 2012, n° 104, p. 28 ; D. Martin, *L'exclusion d'un actionnaire*, RJ com. 1990, n° spécial, p. 94.

²³ Cass. Com., 6 mai 2014, n° 13-17.349, v. infra n°86.

²⁴ Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, v. infra n°s 66 s.

²⁵ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, op. cit., n° 883.

²⁶ Cass. Com., 12 mars 1996, n° 93-17.813, JCP E 1996. II. p. 831, note Y. Paclot. V. infra n°93.

²⁷ J.-J. Daigre, La perte de la qualité d'actionnaire, art. cit.

²⁸ Ibid.

a préféré laisser aux associés le pouvoir de s'exclure. On y voit déjà une forme de libéralisme²⁹ en la matière, plutôt que d'interventionnisme.

L'exclusion de l'associé a fait l'objet d'une étude comparée entre le droit français et le droit libanais, réalisée par le professeur Tala Zein³⁰. Plusieurs choses ressortent de cette étude ainsi que de d'un ouvrage de droit commercial libanais³¹ : on constate d'abord que la procédure d'exclusion d'un associé est expressément prévue par le Code de commerce et le Code des obligations libanais, quelle que soit la forme sociale, alors qu'en droit français, aucune disposition de droit commun des sociétés ne le prévoit. Les dispositions libanaises prévoient ainsi qu'un associé pourra être exclu parce qu'il ne « remplit pas ses obligations sociales »³². Mais l'exclusion d'un associé est surtout perçue par les auteurs libanais comme une manière d'éviter la dissolution de la société. C'est pourquoi l'article 918 du Code des obligations libanais prévoit également comme causes d'exclusion, toutes celles que le législateur a prévues pour la dissolution de la société, telles que l'insolvabilité ou la mort d'un associé. Et c'est également pourquoi l'exclusion d'un associé est prononcée par le juge³³, contrairement à ce qui est prévu en droit français³⁴. Le droit de demander l'exclusion d'un associé en justice est même d'ordre public³⁵.

Ainsi, on peut constater qu'en droit comparé de l'exclusion, la différence majeure entre les diverses législations est la possibilité, ou non, d'exclure un associé par voie judiciaire. Notons que cette possibilité existe aussi en droit spécial des sociétés belge, pour certaines formes sociales telles que les SA et les sociétés en commandite par actions³⁶, ainsi qu'en droit égyptien pour toutes les formes sociales³⁷. Ce qui ne change pas en revanche, est le fait que l'exclusion est toujours conditionnée à l'octroi de « garanties morales, procédurales et patrimoniales » pour l'associé exclu, comme c'est le cas en droit libanais³⁸.

6. Pourquoi étudier l'exclusion ? Dans la mesure où l'exclusion de l'associé est une thématique qui ne répond à aucune règle de portée générale, sa compréhension est parfois ardue. En effet, il peut être difficile de s'y retrouver au vu du grand nombre de textes qui régissent l'exclusion en droit spécial des sociétés, et de toutes les décisions de justice qui déterminent la notion et le régime de l'exclusion non prévue par la loi. Le premier intérêt, à

²⁹ V. infra n°186.

³⁰ T. Zein, *L'exclusion de l'associé : étude comparée du droit français et du droit libanais*, LGDJ/Delta, 2014.

³¹ E. Tyan, *Droit commercial*, Hachette/Antoine Référence, 2ème éd., 2017, n°s 345 s.

³² C. Com. libanais, art. 64.

³³ La procédure d'exclusion, en réalité, ne peut être mise en œuvre que par le juge, à part dans les cas que la loi prévoit expressément : E. Tyan, op. cit., n°346. On y voit une importante différence avec le droit français, qui permet la stipulation de clauses d'exclusion quelle que soit la forme sociale.

³⁴ V. infra n°93.

³⁵ E. Tyan, op. cit., loc. cit.

³⁶ T. Zein, op. cit., n°255.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid., n°846.

la fois théorique et pratique, d'une étude de l'exclusion, est ainsi d'apporter une certaine clarté à la matière. Cela permet évidemment de mieux dégager les enjeux qui y sont attachés.

Il s'agira également de mieux comprendre la raison d'être des dispositions légales et des stipulations contractuelles qui prévoient l'exclusion d'un associé. Concernant les clauses d'exclusion, il est intéressant de voir jusqu'où peut aller l'imagination des rédacteurs d'actes, et comment le droit appréhende cela.

Dans une matière qui n'est régie par aucune règle de portée générale, autre que les grands principes régissant le droit des contrats et le droit des sociétés, la jurisprudence s'applique à rendre des décisions à la fois conformes à ces grands principes et favorable aux enjeux pratiques du droit des sociétés. A travers l'étude de ces nombreuses décisions de justice, il est intéressant de se demander dans quel sens va le droit sur la question de l'exclusion.

Au plan strictement pratique, il est bien sûr extrêmement important de connaître la marche à suivre pour exclure un associé d'une société. Il y a des pièges à éviter, et des pratiques largement recommandées. En matière d'exclusion conventionnelle, il faut se rappeler qu'un contrat est par nature un acte d'anticipation et qu'il faut veiller à stipuler une clause d'exclusion avant qu'il ne soit trop tard.

7. Exclusion et notions voisines – Retrait d'un associé. L'exclusion de l'associé ne doit pas être confondue avec son retrait. En effet, dans certaines formes sociales, comme les SCV et les SCP, il est prévu que l'associé dispose d'un droit de retrait³⁹, c'est-à-dire qu'il peut céder ses titres lorsqu'il le juge convenable. Il s'agit ici du mécanisme inverse de l'exclusion, mais dont la conséquence est la même : la sortie de l'associé. Dans une affaire portée devant la Cour d'appel de Versailles en 2016⁴⁰, une clause stipulée dans les statuts d'une société prévoyait que l'associé qui cesserait d'exercer ses fonctions de salarié serait contraint de céder ses titres. Un associé, dont le contrat de travail venait de prendre fin en raison d'un licenciement, avait tenté de se prévaloir de cette clause pour perdre au plus vite sa qualité d'associé, car la société était en difficulté. Cependant, cette dernière n'avait pas les moyens d'organiser cette exclusion et son dirigeant n'avait donc pas pris la décision d'y procéder. Les juges versaillais ont ainsi logiquement débouté l'associé de ses demandes, dans la mesure où l'exclusion prévue par les statuts n'avait en l'espèce rien d'obligatoire. Il faut en retenir qu'une clause d'exclusion ne confère pas à l'associé un droit de retrait de la société.

Il faut ainsi bien distinguer retrait et exclusion : ces deux notions et leurs régimes diffèrent. En effet, en matière de retrait, une jurisprudence récente a affirmé « qu'à défaut de dispositions spéciales de la loi l'autorisant, un associé d'une SELARL d'avocats ne peut se retirer unilatéralement de la société, ni obtenir qu'une décision de justice autorise son retrait,

³⁹ C. Com., art. L. 231-6 ; L. n° 66-879 du 29 nov. 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 18.

⁴⁰ CA Versailles, ch. 12, 24 mai 2016, n° 14/03646, Dr. sociétés 2016, comm. 161, note R. Mortier.

peu important le contenu des statuts »⁴¹. Si cet arrêt ne concerne a priori que les SEL, certains auteurs considèrent que la solution, énoncée en des termes très généraux, est transposable à toutes les formes sociales, et ce y compris dans les SAS malgré la grande liberté laissée aux rédacteurs de statuts⁴². Une telle restriction n'existe pas en matière d'exclusion où il est parfaitement possible de stipuler une clause de sortie forcée en l'absence de toute disposition légale en ce sens⁴³.

Néanmoins, le retrait et l'exclusion sont deux mécanismes suffisamment similaires pour que l'on puisse, sur certaines questions, se référer à la jurisprudence applicable en matière de retrait afin de théoriser sur l'exclusion. C'est le cas par exemple sur la question de la date de la perte de la qualité de l'associé de l'exclu⁴⁴.

– **Rupture brutale des relations commerciales établies.** L'exclusion d'un associé est régie par le droit des sociétés, voire le droit des contrats⁴⁵. A ce titre, le droit des relations commerciales et en particulier l'article L. 442-1, II du Code de commerce⁴⁶, applicable à la rupture brutale des relations commerciales établies, n'est pas applicable à une décision d'exclusion, même prononcée au sein d'une société coopérative de commerçants détaillants. C'est ce qui ressort d'un célèbre arrêt du 8 février 2017 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation⁴⁷. Si cette affirmation semble *a priori* évidente, elle ne l'est pas tant que cela lorsque l'on sait que les membres d'une société coopérative sont bien souvent, également partenaires commerciaux de la société⁴⁸. En l'espèce la solution retenue par la Cour semble se justifier dans la mesure où la société en question était une coopérative de transport routier, une forme de coopération très intégrée dans laquelle les associés ne développent pas, en principe, de relations contractuelles avec la société. Cependant, la solution est formulée dans des termes très généraux⁴⁹, ce qui amène un auteur à penser qu'elle aurait été la même en présence d'une coopérative développant des relations contractuelles plus poussées avec ses associés⁵⁰. Serait-il malgré tout possible de dissocier la relation institutionnelle de la relation commerciale, liant toutes deux l'associé à la coopérative, afin de permettre au coopérateur exclu d'agir sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce ? Cela aurait pu être intéressant pour les coopérateurs, mais la Cour de cassation semble avoir

⁴¹ Cass. 1^{re} Civ., 12 déc. 2018, n°17-12.467, JCP E n°20, mai 2019, comm. S. Nonorgue.

⁴² B. Dondero et alii, *Mémento pratique sociétés commerciales 2020*, éd. Francis Lefebvre, 2019, n° 8140. En effet, aucune disposition applicable aux SAS ne prévoit un droit de retrait pour l'associé. Ces auteurs pensent néanmoins que des clauses statutaires ou extrastatutaires dans lesquelles les associés s'engagent mutuellement à racheter les titres de celui souhaitant partir de la société sont licites.

⁴³ V. not. Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, BJS 2005, p. 995, obs. P. Le Cannu.

⁴⁴ V. infra n°172.

⁴⁵ Lorsque l'exclusion est prévue par une promesse unilatérale de vente sous condition suspensive par exemple, v. Cass. Com., 6 mai 2014, n° 13-17.349.

⁴⁶ Anciennement, art. L. 442-6, I, 5° du même code.

⁴⁷ Cass. Com., 8 févr. 2017, n° 15-23.050

⁴⁸ V. R. Saint-Alary, *Éléments distinctifs de la société coopérative*, RTD com. 1952, p. 458.

⁴⁹ « Les conditions dans lesquelles les liens unissant une société Coopérative et un associé peuvent cesser sont régies par les statuts de cette dernière ».

⁵⁰ N. Mathey, *Rupture des relations commerciales établies*, CCC n°4, avr. 2017, comm. 78.

définitivement fermé cette porte ; on le devine d'autant plus lorsque l'on voit que cette jurisprudence s'accompagne d'un certain nombre d'autres qui restreignent le champ d'application de l'article L. 442-1, anciennement L. 442-6 du Code de commerce⁵¹.

– **Contrats divers.** Si l'exclusion d'un associé est classiquement prévue par la loi ou par les statuts d'une société, certains contrats externes au pacte social peuvent également avoir pour conséquence de contraindre un associé à céder ses titres. Ces contrats, bien que non soumis au régime de l'exclusion, feront l'objet d'une étude approfondie dans ce mémoire⁵².

8. L'exclusion : formes et modalités. Ainsi, il convient de se demander quelles sont les formes et les modalités de l'exclusion d'un associé.

9. Une pratique protéiforme et encadrée. Afin de répondre de manière exhaustive à cette question, il s'agira de déterminer à quel point l'exclusion est une pratique protéiforme (première partie), avant de s'intéresser à la façon dont le droit encadre cette pratique (seconde partie).

⁵¹ Cass. Com., 11 mai 2017, n° 14-29.717, qui exclut les relations internes d'un GIE du champ d'application de l'art. L. 442-6, I, 5° anc. ; Cass. Com., 11 mai 2017, n° 14-29.707, dont il ressort que les dispositions de l'ancien art. L. 442-6, I, 2° relatives au déséquilibre significative (actuel art. L. 442-1, I, 2°) ne sont pas applicables aux relations liant une coopérative à ses membres.

⁵² V. infra n°s 53 s.

PREMIERE PARTIE : L'EXCLUSION, UNE PRATIQUE PROTEIFORME

10. Droit général au maintien dans la société. Dans une affaire portée jusque devant la chambre commerciale de la Cour de cassation en 1996⁵³, un associé d'une société en nom collectif (SNC) paralysée par une mésentente avait demandé la dissolution judiciaire de ladite société en application de l'article 1844-7 5° du Code civil⁵⁴. Ses associés avaient tenté d'éviter la dissolution de la société en proposant au juge de racheter les parts sociales de l'associé demandeur. Cependant, en l'absence de toute disposition législative autorisant la juridiction saisie d'obliger l'associé demandeur en dissolution à céder ses titres à ses coassociés, la Haute Juridiction a confirmé la décision de la Cour d'appel ayant prononcé la dissolution de la société.

Cet arrêt se place dans la droite ligne de plusieurs décisions des juges du fond ayant systématiquement rejeté le prononcé d'une exclusion judiciaire d'un associé pour manquement à ses engagements⁵⁵. La doctrine a lu dans ces différentes décisions la consécration d'un droit « fondamental », pour l'associé, de rester dans la société ou le groupement dans lequel il détient des titres⁵⁶. Ce droit fondamental est intimement lié au droit de propriété⁵⁷ que l'associé détient sur ses titres sociaux.

11. Exceptions et limites. Selon la doctrine, la notion d'exclusion s'analyse comme une exception⁵⁸ ou encore une limite⁵⁹ au principe susvisé. De manière plus percutante, on peut aussi le rapprocher d'une expropriation⁶⁰. Cette exception n'étant prévue par aucun texte législatif de portée générale, il faut la rechercher dans des textes de droit spécial des sociétés (Titre I) et dans des stipulations contractuelles (Titre II).

⁵³ Cass. Com., 12 mars 1996, n° 93-17.813, JCP E 1996. II. p. 831, note Y. Paclot, préc.

⁵⁴ C. Civ., art. 1844-7 : « La société prend fin : [...] »

⁵⁵ Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ; [...]. »

⁵⁶ V. CA Versailles, 13^e ch., 17 oct. 1991 ; T. Com. Montpellier, 15 nov. 1991 ; CA Montpellier, 2^e ch. A, 17 déc. 1992 ; CA Paris, 5^e ch. C, 31 mai 1996.

⁵⁷ V. not. J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, op. cit., loc. cit.

⁵⁸ C. Civ., art. 544.

⁵⁹ V. not. B. Dondero et alii, op. cit., n° 8080 ; C. Félix, *Sociétés civiles. – Parts sociales*, Fasc. E-45, JCl Notarial Formulaire, 6 déc. 2017 (actu. F. Dannenberger 14 avr. 2020), n°3 ; N. Cazé, *Exclusion et retrait forcé dans les sociétés d'exercice libéral*, Dr. sociétés n°12, déc. 2005, étude 17, n°1, etc.

⁶⁰ V. not. J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, op. cit., n° 884-885.

⁶¹ V. not. P. Le Cannu, *L'exclusion d'un associé en nom en raison de sa mise en redressement judiciaire*, BJS n°8, 1^{er} août 2005, p. 995 ; J.-J. Daigre, *La perte de la qualité d'actionnaire*, art. cit.

TITRE I – L'exclusion d'origine légale

12. Pluralité de motifs. L'exclusion d'un associé a été prévue par des textes de droit spécial régissant différentes formes de sociétés. Les motifs de l'exclusion retenus par les textes sont relativement variés, dans la mesure où le droit s'adapte à la réalité de chaque type de sociétés.

Dans cet amas normatif, plusieurs clés de répartition permettent néanmoins de classer les formes légales d'exclusion. De manière générale, on distingue l'exclusion légale sanctionnant le comportement de l'associé (Chapitre I) de celle ne sanctionnant pas nécessairement le comportement de l'associé (Chapitre II).

Chapitre I – L'exclusion, sanction légale du comportement de l'associé

13. « Exclusion-sanction ». Le terme d'« exclusion-sanction » a pu être utilisé en doctrine, autant pour qualifier une clause d'exclusion qu'une disposition légale sanctionnant un comportement de l'associé⁶¹. Cette sémantique servira ainsi à qualifier soit l'une, soit l'autre, en fonction du contexte, au cours des développements du présent mémoire.

14. Exclusion directe et indirecte. L'exclusion d'un associé peut avoir pour finalité de sanctionner, directement ou indirectement, un comportement de l'associé. En ce sens, le professeur Deen Gibirila distingue l'exclusion légale directe, prenant son origine dans le manquement d'un associé à ses obligations, de l'exclusion légale indirecte, simple conséquence d'une autre sanction touchant l'associé⁶².

15. Caractère obligatoire de l'exclusion-sanction. De manière plus pragmatique, l'exclusion-sanction peut être envisagée en fonction de son caractère obligatoire. C'est ainsi que l'exclusion-sanction peut être obligatoire (section 1) ou facultative (section 2).

Section 1 : L'exclusion-sanction obligatoire

16. Exclusion « de plein droit » ? Il est des cas dans lesquels la loi oblige, dans une certaine mesure, la société ou les associés qui la composent d'exclure l'un de ces derniers. Peut-on alors parler d'une forme d'exclusion « de plein droit » ? Cette formule, couramment utilisée dans l'univers juridique, peut aisément être « employée au-delà de sa raison d'être »⁶³.

⁶¹ V. M. Germain, P-L. Périn et H. Azarian, *Sociétés par actions simplifiées. – Organisation des rapports entre associés. – Clauses statutaires relatives à la cession d'actions*, Fasc. 155-30, JCl. Sociétés Traité, 25 janv. 2016 (maj. 30 nov. 2018), n°15 ; P. Mousseron, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, Lextenso, 2014, spéc. n° 386 s.

⁶² D. Gibirila, *Synthèse - Sociétés : fonctionnement*, JCl Civil Code, 5 avr. 2020, n°28.

⁶³ C. Atias, « De plein droit », D. 2013, p. 2183, n°1.

Ce qui est de plein droit peut s'entendre comme étant efficace « en vertu de la loi, par le seul effet de la loi », c'est-à-dire « sans qu'il soit nécessaire de le prévoir expressément ; sans formalité »⁶⁴. Lorsque la loi utilise cette expression, elle entend bien souvent exclure l'appréciation judiciaire ou l'intervention du juge⁶⁵.

En matière d'exclusion légale obligatoire, les dispositions législatives étudiées n'emploient pas cette formule. Cependant, le caractère tantôt automatique, tantôt impératif de l'exclusion prescrite par les textes peut, nous le verrons, laisser à penser que celle-ci est acquise de plein droit.

L'exclusion-sanction obligatoire d'un associé peut avoir lieu lorsque celui-ci est en difficulté⁶⁶ (paragraphe 1) ou dès lors qu'il se retrouve privé d'un élément essentiel à sa qualité (paragraphe 2).

§1 : Exclusion d'un associé en difficulté

17. Sociétés de personnes. L'exclusion légale visant un associé en difficulté – c'est-à-dire en procédure collective ou *a minima* faisant l'objet d'une procédure de traitement des difficultés – ne peut se concevoir qu'au sein d'une personne morale où l'*intuitu personae* est fort, dans la mesure où le principe commun en matière de procédures collectives est la continuation des contrats en cours⁶⁷. C'est pourquoi elle n'est prévue que dans deux types de sociétés, qui sont des sociétés de personnes⁶⁸ : la société civile et la société en nom collectif.

Un associé de société civile a tenté d'échapper à l'exclusion prévue dans cette forme sociale en invoquant le principe visé à l'article L. 622-13 du Code de commerce, arguant que le contrat de société auquel il était partie devait être considéré comme un contrat en cours devant être continué, en vain : la Haute juridiction a estimé que le contrat de société liant un associé ne constituait pas un contrat en cours au sens du texte en vigueur à l'époque, l'article L. 621-28 devenu L. 622-13 du Code de commerce⁶⁹. Nous pensons que cette solution tend à s'appliquer également à la SNC dans la mesure où les deux textes sont très similaires.

18. Société civile. Aux termes de l'article 1860 du Code civil relatif aux sociétés civiles, « S'il y a déconfiture, faillite personnelle, liquidation de biens ou règlement judiciaire atteignant l'un des associés, à moins que les autres unanimes ne décident de dissoudre la société par anticipation ou que cette dissolution ne soit prévue par les statuts, il est procédé,

⁶⁴ G. Cornu, op. cit., v. De plein droit.

⁶⁵ C. Atias, art. cit., n°2.

⁶⁶ Entendu ici au sens du droit des entreprises en difficulté.

⁶⁷ C. Com., art. L. 622-13.

⁶⁸ Par opposition aux sociétés de capitaux, v. B. Dondero et *alii*, op. cit., n°19.

⁶⁹ Cass. Com., 10 juill. 2007, n° 06-11.680.

dans les conditions énoncées à l'article 1843-4, au remboursement des droits sociaux de l'intéressé, lequel perdra alors la qualité d'associé. »

La lecture de l'article fait immédiatement apparaître que le texte n'est pas à jour puisqu'il fait mention d'anciennes procédures de règlement des difficultés ayant été remplacées en 1985 par le redressement et la liquidation judiciaires⁷⁰. Au-delà de la forme, l'esprit du texte se comprend assez facilement puisqu'il vise à garantir aux créanciers sociaux, dont le gage s'étend sur la totalité du patrimoine personnel des associés dans cette forme sociale⁷¹, que les associés qu'ils peuvent actionner en paiement soient *in bonis*. Un associé en procédure collective ne peut plus, décemment, assurer son obligation aux dettes sociales⁷², et donc ne peut plus rester associé. L'exclusion a également pour finalité de protéger l'intérêt social, puisque la société pourrait perdre en crédibilité si l'un des associés se trouvait en procédure collective.

Notons également que l'exclusion est prévue comme une option principale, à laquelle peut se substituer la dissolution de la société en cas de décision unanime des associés ou si les statuts le prévoient. L'exclusion ne revêt ainsi son caractère obligatoire que dès lors que les volontés des associés n'ont pas pu se rencontrer, sur le moment ou lors de la rédaction des statuts, pour dissoudre la société.

19. Société en nom collectif (SNC). La SNC n'est pas une société civile, mais une société commerciale en raison de sa forme⁷³. Pour autant, elle se rapproche de la société civile en ce que l'*intuitu personae* y est également très fort, dans la mesure où les associés sont tenus indéfiniment et solidairement aux dettes sociales après vaine mise en demeure de la société⁷⁴.

L'article L. 221-16 du Code de commerce prévoit la dissolution de la SNC dès lors qu'un « jugement de liquidation judiciaire ou arrêtant un plan de cession totale, une mesure d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou une mesure d'incapacité est devenu définitif à l'égard de l'un des associés ». Cependant, les associés peuvent prévoir, à l'unanimité ou lors de la rédaction des statuts, la continuation de la société et ainsi échapper à la dissolution. Cette continuation entraîne nécessairement l'exclusion de l'associé en difficulté, dont la valeur des droits sociaux est déterminée conformément à l'article 1843-4 du Code civil.

Cette disposition est très similaire à l'article 1860 du Code civil qui, malgré son vieillissement, vise le même type de difficultés que l'article L. 221-16 du Code de commerce. On notera cependant que le champ d'application de ce dernier est plus restreint, dans la mesure où, contrairement à l'article 1860 du Code civil, il n'est pas applicable en cas de

⁷⁰ L. n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

⁷¹ C. Civ., art. 1857.

⁷² A. Cerati-Gauthier, *Difficultés des entreprises - L'exclusion de l'associé : une mesure à recommander*, Rev. Lamy dr. aff., n°146, 1^{er} mars 2019.

⁷³ C. Com., art. L. 210-1.

⁷⁴ C. Com., art. L. 221-1.

redressement judiciaire⁷⁵ d'un associé. Il a pourtant été jugé par la Cour de cassation en 2005 que les statuts d'une SNC peuvent aller au-delà des termes de l'article L. 221-16 du Code de commerce en prévoyant l'exclusion de tout associé ayant fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire⁷⁶.

L'esprit des deux textes est également très proche, dans la mesure où la SNC est une société à risque illimité. On notera que dans une SNC, tous les associés sont gérants, sauf stipulation statutaire contraire⁷⁷ et que la révocation d'un gérant entraîne la dissolution de la société, à moins que la continuation n'ait été prévue ou décidée à l'unanimité⁷⁸, ce qui explique également qu'un associé puisse être exclu dans pareil cas. Comme dans une société civile, l'évaluation des parts de l'associé exclu est réalisée conformément à l'article 1843-4 du Code civil.

L'exclusion est prévue en tant qu'option secondaire pour la SNC, alors qu'elle est prévue comme une option principale pour la société civile. Ainsi, l'exclusion d'un associé de SNC ne revêt son caractère obligatoire que dès lors que la continuation de la société a été stipulée ou décidée à l'unanimité par les associés. Il ne s'agit cependant pas d'un cas d'école car il est très fréquent que de telles stipulations existent dans les statuts d'une SNC, afin d'éviter une regrettable dissolution de la société en raison de la défaillance d'un associé.

20. Limites et interrogations. La rédaction des deux textes susvisés laisse planer, d'ores et déjà, une interrogation sur son champ d'application. En effet, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2015 prévoit que les références faites dans les textes au redressement judiciaire doivent être remplacées par des références « aux procédures de sauvegarde ou de redressement »⁷⁹, ce qui aurait tendance à enlever de l'attractivité à la procédure de sauvegarde, comme le relève Adeline Cerati-Gauthier⁸⁰. Une telle modification, pour autant, n'a pas encore eu lieu, et les mentions désuètes de l'article 1860 du Code civil n'ont même pas encore été remplacées.

La date de la perte de la qualité d'associé de celui ayant été légalement exclu est une autre interrogation. Il semblerait que la rédaction des deux textes n'étant pas la même sur ce point⁸¹, la date en question pourrait également différer. L'associé perdrait alors sa qualité lors du remboursement de ses droits sociaux dans une société civile, alors qu'il la perdrait dès le prononcé du jugement de la procédure collective dont il fait l'objet dans une SNC⁸². La

⁷⁵ Anciennement « règlement judiciaire », visé par l'art. 1860 C. Civ.

⁷⁶ Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, BJS 2005, p. 995, obs. P. Le Cannu, préc.

⁷⁷ C. Com., art. L. 221-3.

⁷⁸ C. Com., art. L. 221-12.

⁷⁹ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, art. 165.

⁸⁰ A. Cerati-Gauthier, art. cit.

⁸¹ C. Civ., art. 1860 : « [...] il est procédé, dans les conditions énoncées à l'article 1843-4, au remboursement des droits sociaux de l'intéressé, lequel perdra **alors** la qualité d'associé. »

C. Com., art. L. 221-16, al. 2 : « [...] la valeur des droits sociaux à rembourser à l'associé **qui perd cette qualité** est déterminée conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du code civil. [...] »

⁸² A. Cerati-Gauthier, art. cit.

question qui en découle est donc celle de savoir s'il est possible de stipuler une autre date dans les statuts. La Cour de cassation a répondu par la négative à propos d'une société civile, refusant d'appliquer une clause prévoyant la perte de qualité d'associé dès le déclenchement de la procédure collective de l'associé⁸³. En revanche, dans son célèbre arrêt du 8 mars 2005, elle a répondu par l'affirmative à propos d'une SNC, validant l'application d'une clause de même teneur⁸⁴.

Ce contraste jurisprudentiel a été vertement critiqué par la doctrine, qui tantôt estime que la date de la perte de la qualité d'associé devrait intervenir, dans une société civile, lors de la décision de l'assemblée des associés de procéder au remboursement des titres sociaux⁸⁵, tantôt ne peut pas concevoir qu'une même clause insérée dans les statuts d'une société civile et dans ceux d'une société commerciale puisse être interdite dans l'une et valable dans l'autre⁸⁶. Nous regrettons de notre côté le manque d'intérêt du législateur pour l'article 1860 du Code civil, qui gagnerait à être rédigé plus similairement à l'article L. 221-16 du Code de commerce, ce qui rendrait l'exclusion d'un associé failli plus efficace. En effet, il est pénible pour une société où l'*intuitu personae* est aussi fort de devoir conserver parmi ses associés une personne dans une telle situation, dans la mesure où celle-ci garde jusqu'à la perte de sa qualité toutes ses prérogatives – droit de vote, droit aux dividendes, etc. – et discrédite la société plus qu'autre chose⁸⁷.

§2 : Exclusion d'un associé privé d'un élément essentiel à sa qualité

21. Éléments essentiels à la qualité d'associé. Deux cas d'exclusion obligatoire ont pour dénominateur commun de venir sanctionner par la perte de la qualité d'associé ou d'actionnaire celui qui ne dispose pas, ou plus, d'un élément que l'on peut qualifier d'essentiel au maintien de sa qualité. Dans les sociétés par actions en général, l'actionnaire qui ne libère pas les actions souscrites par lui dans le temps qui lui est imparti perd la qualité d'associé⁸⁸. La même sanction est réservée à l'associé de société civile professionnelle (SCP) frappé d'une interdiction d'exercer sa profession⁸⁹.

22. Sociétés par actions. L'obligation de libération des parts ou actions est universelle en droit des sociétés. Dans les sociétés anonymes (SA), les apports en numéraire doivent être libérés de moitié lors de leur souscription. L'autre moitié peut être libérée en une ou plusieurs fois dans un délai maximum de cinq ans après l'immatriculation de la société,

⁸³ Cass. com., 5 mai 2015, 14-10.913.

⁸⁴ Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, BJS 2005, p. 995, obs. P. Le Cannu, préc.

⁸⁵ F.-X. Lucas, *Élimination de l'associé de société civile « failli » ou « déconfit »*, BJS n°4, 1^{er} avr. 1999, p. 436.

⁸⁶ A. Cerati-Gauthier, art. cit.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ C. Com., art. L. 228-27.

⁸⁹ L. n° 66-879 du 29 nov. 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 24, al. 3.

sur décision du conseil d'administration ou du directoire selon le cas⁹⁰. En cas d'augmentation de capital, au moins un quart des apports nouveaux doit être libéré immédiatement⁹¹.

Cette obligation est d'autant plus prégnante dans les sociétés par actions, qui tendent à être considérées comme des sociétés de capitaux plutôt que comme des sociétés de personnes⁹². L'apport des actionnaires importe plus que leur personnalité, dans la mesure où il constitue le gage des créanciers. C'est la raison pour laquelle il est prévu, à l'article L. 228-27 du Code de commerce, qu'à défaut pour un actionnaire de libérer son apport dans le délai fixé par l'organe de direction compétent, la société lui adressera une mise en demeure de le faire. Sans régularisation dans un délai d'un mois après ladite mise en demeure, « la société poursuit, sans aucune autorisation de justice, la vente desdites actions », soit en bourse si elle est cotée, soit aux enchères si elle ne l'est pas.

Le caractère obligatoire de cette exclusion se déduit de la conjugaison employée : le législateur ne dit pas que la société pourra, ni devra poursuivre la vente des actions ; la société *poursuit* la vente des actions, tout simplement. L'usage du présent simple nous indique ici qu'il s'agit du déroulement logique des événements, et qu'il n'y a pas d'autre issue.

L'actionnaire qui ne libère pas ses apports est bel et bien titulaire de cette qualité, jusqu'à la vente de ses titres. Si l'on souhaitait distinguer le titre de la finance comme cela se fait en droit des sociétés en matière d'héritage⁹³, on pourrait dire que l'actionnaire, dans cette situation, dispose du titre – d'actionnaire – mais pas de la finance, dans la mesure où il n'a pas libéré l'intégralité de ses apports. Le mécanisme prévu à l'article L. 228-27 du Code de commerce vient ainsi corriger une situation irrégulière, dans laquelle un actionnaire ne peut pas conserver cette qualité.

23. Société civile professionnelle (SCP). La SCP, instituée par la loi n°66-879 du 29 novembre 1966, a pour vocation de « permettre à des personnes physiques d'exercer en commun une même profession libérale réglementée »⁹⁴. Aux termes de l'article 3 de la loi précitée, « Peuvent seules être associées [...] les personnes qui, préalablement à la constitution de la société, exerçaient régulièrement la profession ainsi que celles qui, réunissant toutes les conditions exigées par les lois et règlements en vigueur, ont vocation à l'exercer. »

Partant, un associé de SCP ne peut pas demeurer dans la société dès lors qu'il ne remplit plus la condition énoncée dans l'article 3. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 24 alinéa 3 de la même loi, « L'associé frappé d'une interdiction définitive d'exercer la profession perd, au jour de cette interdiction, la qualité d'associé ». Des décrets relatifs à chaque

⁹⁰ C. Com., art. L. 225-3.

⁹¹ C. Com., art. L. 225-144.

⁹² Notons que la SAS revêt une nature hybride. V. B. Dondero et *alii*, op. cit., n° 20.

⁹³ V. Cass. 1^{re} Civ., 12 juin 2014, n° 13-16.309, note R. Mortier, Dr. sociétés n° 12, déc. 2014, comm. 183.

⁹⁴ A. Bougnoux, *Sociétés civiles professionnelles . – Généralités . – Création. Fonctionnement. Contrôle . – Commentaires*, Fasc. S-70, JCI Notarial Formulaire, 2 déc. 2011 (màj. 14 avr. 2020), n°1.

profession précisent dans quel délai l'associé déchu de sa qualité doit procéder à la cession forcée de ses parts sociales. De manière générale, ce délai est de six mois, mais peut également atteindre un an en cas d'interdiction légale ou judiciaire d'exercer la profession⁹⁵, et court, selon les cas, à compter, soit de la destitution, soit de la radiation, soit de l'interdiction, soit encore de la notification à l'associé de la décision d'exclusion⁹⁶. Au-delà du délai prescrit, il appartiendra à la société de procéder à ladite cession⁹⁷.

Un arrêt très récent est venu préciser que les associés de SCP peuvent déterminer dans les statuts leurs relations financières en cas de retrait de l'un d'entre eux⁹⁸. La décision est relative au retrait d'un associé de SCP, mais peut être étendue à l'exclusion d'un associé de n'importe quelle forme sociale⁹⁹. Partant, il est possible de retirer à un associé exclu ses droits pécuniaires jusqu'au remboursement de ses droits sociaux.

24. L'exclusion comme unique solution. Comme dans l'article L. 228-27 du Code de commerce, le présent simple est employé par le législateur, ce qui établit que l'exclusion de l'associé est la seule conséquence possible de l'interdiction le frappant. Contrairement aux cas d'exclusion légale visant les associés en difficulté¹⁰⁰, la dissolution de la société n'est pas envisagée comme alternative. La continuation de la société est donc, dans les deux cas présentés, préférée à une dissolution qui aurait pour conséquence de sanctionner l'ensemble des associés.

Notons qu'une dissolution peut tout de même être envisagée dans une SCP en cas de défaillance d'un associé, dans la mesure où l'article 1860 du Code civil est applicable à ce type de groupement, la SCP étant une société civile malgré sa spécificité. Il est donc envisageable qu'une dissolution soit décidée à l'unanimité des associés dans le cas prévu par ce texte.

Section 2 : L'exclusion-sanction facultative

25. Liberté de choix. Malgré un comportement, actif ou passif, d'un associé pouvant légalement conduire à son exclusion, dans certaines sociétés le législateur a préféré laisser une option à certaines personnes, soit d'exclure l'associé en question, soit de ne pas l'exclure.

26. Titulaires du pouvoir de décision. Le pouvoir consistant à décider si l'exclusion de l'associé sera ou non prononcée appartient soit à un organe social (paragraphe

⁹⁵ Ibid., n°108.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Cass. 1^{re} Civ., 8 janv. 2020, n° 17-13.863, JCP E 2020, 1183, note B. Brignon ; JCP G 2020, 270, note D. Gallois-Cochet ; Dr. sociétés 2020, comm. 36, note H. Hovasse.

⁹⁹ B. Brignon, *Retrait de SCP d'avocats : quand le contrat déroge valablement aux droits patrimoniaux du retrayant et fixe la méthode d'évaluation des droits sociaux*, JCP E n°18, 30 avr. 2020, 1183, n°9.

¹⁰⁰ V. supra, n°s 17 s.

1), soit à un juge, auquel cas l'exclusion facultative peut être qualifiée de judiciaire (paragraphe 2).

§1 : Exclusion-sanction facultative prononcée par un organe social

27. Sociétés d'exercice libéral (SEL). Les SEL, instaurées par la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990, « constituent un cadre d'exercice de la profession libérale qui adapte aux spécificités de ces professions les principales formes de sociétés visées par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales »¹⁰¹. A la différence de la SCP, la SEL peut revêtir plusieurs formes : elle peut être une SARL (SELARL), une SAS (SELAS), une SA (SELAFA) ou une SCA (SELCA)¹⁰². En effet, il ne s'agit pas d'une société, mais d'un « mode particulier d'exercice des professions libérales »¹⁰³.

Il est précisé à l'article 21 de la loi susvisée que des décrets pris en Conseil d'Etat « peuvent prévoir des cas où un associé peut être exclu de la société en précisant les garanties morales, procédurales et patrimoniales qui lui sont accordées dans ce cas ». L'étude des différents décrets laisse apparaître que la cause la plus répandue d'exclusion d'un associé est le prononcé d'une condamnation ou d'une mesure disciplinaire frappant celui-ci. C'est le cas notamment dans les SEL d'avocats¹⁰⁴ et de notaires¹⁰⁵, dans lesquelles il est prévu que tout associé « qui a fait l'objet d'une condamnation disciplinaire passée en force de chose jugée à une peine égale ou supérieure à trois mois d'interdiction dans l'exercice de sa profession [...] peut être contraint, à l'unanimité des autres associés exerçant au sein de la société, de se retirer de celle-ci »¹⁰⁶. Dans les SEL, notamment, de biologistes médicaux¹⁰⁷, de médecins, de chirurgiens-dentistes ou de sages-femmes¹⁰⁸ et, il est prévu qu'un associé « frappé d'une mesure disciplinaire entraînant une interdiction d'exercice ou du droit de donner des soins aux assurés sociaux, égale ou supérieure à trois mois » peut en être exclu sur décision des associés « statuant à la majorité renforcée prévue par les statuts »¹⁰⁹.

Les décrets relatifs aux SEL de professionnels de santé admettent tous, comme a pu le relever Bastien Brignon¹¹⁰, ce cas d'exclusion, ainsi que le cas dans lequel l'associé ne respecte pas les règles de fonctionnement de la société¹¹¹. Concernant ce dernier cas, la

¹⁰¹ *Sociétés. – Sociétés d'exercice libéral*, Fasc. 3345, JCl Roulois, 12 janv. 2017 (maj. 15 oct. 2020), n°1.

¹⁰² *Ibid.*, n°4.

¹⁰³ *Ibid.*, n°1.

¹⁰⁴ Décr. n° 93-492 du 25 mars 1993 relatif aux SEL d'avocats, art. 28.

¹⁰⁵ Décr. n° 93-78 du 13 janv. 1993 relatif aux SEL de notaires, art. 45.

¹⁰⁶ *Ibid.*, repris à l'identique par l'art. 28 du décr. relatif aux SEL d'avocats précité. Notons que le décr. n° 93-892 du 6 juill. 1993 relatif aux SEL d'administrateurs judiciaires, abrogé le 26 mars 2007, reprenait également cette formulation à son art. 27.

¹⁰⁷ C. santé publ., art. R. 6223-66.

¹⁰⁸ C. santé publ., art. R. 4113-16.

¹⁰⁹ *Ibid.*, repris à l'identique par l'art. R. 6223-66 du C. santé publ. pour les SEL de biologistes médicaux.

¹¹⁰ B. Brignon, *Sociétés d'Exercice Libéral (SEL). – Régime général*, Fasc. 10, JCl Civil, 29 août 2018, n°73.

¹¹¹ V. notamment : C. santé publ., art. R. 4113-16, 2° et art. R. 6223-66, 2°.

jurisprudence a estimé que le simple refus d'un associé de s'investir dans le fonctionnement de la société ne contrevient pas, sans autre précision, aux règles de fonctionnement de la société¹¹². L'insertion de ce second cas d'exclusion a été vu comme « novateur » par la doctrine¹¹³.

Au total, trois cas d'exclusion se dessinent, puisque les décrets relatifs aux SEL d'avocats et de notaires prévoient qu' « une condamnation pénale définitive à une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à trois mois » constitue également une cause d'exclusion d'un associé¹¹⁴. Dans tous les cas, l'exclusion peut être prononcée par les associés, soit à l'unanimité des autres associés comme c'est le cas dans les SEL de professions juridiques¹¹⁵, soit à la majorité renforcée prévue par les statuts, « calculée en excluant, outre l'intéressé, les associés ayant fait l'objet d'une sanction pour les mêmes faits ou pour des faits connexes, l'unanimité des autres associés exerçant au sein de la société et habilités à se prononcer en l'espèce devant être recueillie », comme c'est le cas dans les SEL de professionnels de santé¹¹⁶. De cette formulation ambiguë présente dans tous les décrets relatifs aux SEL de professionnels de santé, il faut comprendre que l'accord de tous les associés, sauf celui à exclure, sera nécessaire. Par conséquent, l'unanimité des associés non concernés est quasi-systématiquement requise pour exclure un associé de SEL¹¹⁷.

L'exclusion prévue dans les SEL n'est que facultative : cela se déduit de l'emploi du verbe « pouvoir » dans chacun des textes applicables. Elle repose sur la volonté des associés, lesquels peuvent décider d'exclure l'un d'entre eux dès le prononcé d'une sanction disciplinaire ou pénale visée par le texte applicable à leur profession. Le motif lié au non-respect des règles de fonctionnement de la société existant dans les SEL de professionnels de santé est légèrement moins évident ; selon Nathalie Cazé, il s'agit du « cas de la faute ou du manquement de l'associé à ses obligations vis-à-vis de la société »¹¹⁸.

L'existence de causes d'exclusion dans les textes applicables aux SEL a soulevé la question de la validité de clauses statutaires prévoyant d'autres motifs d'exclusion, comme la cessation d'activité d'un associé entraînant une irrégularité dans la composition du capital social¹¹⁹. Dans une affaire portée devant la Cour de cassation en 2015, une telle clause avait été stipulée dans une SEL de pharmaciens, et contestée par l'associé exclu qui faisait valoir

¹¹² Cass. Com., 25 janv. 2017, n° 15-14.754, Rev. sociétés 2017, p. 573, note B. Brignon.

¹¹³ B. Brignon, *Sociétés d'Exercice Libéral (SEL)*. – *Régime général*, op. cit., n°73.

¹¹⁴ Décr. n° 93-492 du 25 mars 1993 relatif aux SEL d'avocats, art. 28 et décr. n° 93-78 du 13 janv. 1993 relatif aux SEL de notaires, art. 45.

¹¹⁵ V. not. Ibid.

¹¹⁶ V. notamment : C. santé publ., art. R. 4113-16 et R. 6223-66.

¹¹⁷ Notons tout de même que dans de rares cas, la majorité prévue par les statuts est suffisante, comme dans les SEL d'experts agricoles, fonciers ou forestiers (C. rur., art. L. 173-13).

¹¹⁸ N. Cazé, art. cit., n°10.

¹¹⁹ L. n° 90-1258 du 31 déc. 1990, art. 5, I, A. : « Plus de la moitié du capital social et des droits de vote doit être détenue [...], par des professionnels en exercice au sein de la société ».

son droit de cesser son activité professionnelle¹²⁰. La Haute Juridiction a pourtant consacré la validité d'une telle clause, dans la mesure où « les statuts d'une SEL de pharmacien d'officine peuvent déroger aux dispositions légales non impératives »¹²¹, soit, en l'occurrence, la disposition permettant aux associés de SEL de cesser leur activité. Cependant, pour une partie de la doctrine, cette possibilité est simplement admise en raison de la règle de composition du capital susvisée, et c'est pourquoi, bien des années avant l'arrêt, le terme de « retrait forcé » était préféré dans un tel cas à celui d' « exclusion » par Nathalie Cazé¹²². Il semblerait ainsi que la validité de clauses statutaires prévoyant d'autres motifs d'exclusion que ceux visés, directement ou indirectement par les textes, soit hautement improbable¹²³. En matière de retrait, la Cour de cassation a d'ailleurs considéré en 2018 que l'associé d'une SEL « ne peut se retirer unilatéralement de la société, ni obtenir en justice une décision d'autorisation de retrait, peu important le contenu des statuts » en dehors des dispositions spéciales l'autorisant¹²⁴. Au vu de tout ce qui précède, nous pensons que la solution aurait été la même en matière d'exclusion.

Pour autant, dès lors qu'une SEL revêt la forme d'une SAS, les associés peuvent librement stipuler des clauses d'exclusion pour des motifs autres que ceux prévus par les décrets applicables à chaque profession, en vertu de l'article L. 227-16 du Code de commerce¹²⁵.

On notera enfin que pour certaines professions libérales, aucune disposition relative à l'exclusion des associés n'existe dans les décrets applicables, comme le relève Bastien Brignon¹²⁶. Ainsi, dans ces SEL, aucune cause légale d'exclusion n'existe, et les associés ne peuvent tout simplement pas être exclus¹²⁷. Ce vide juridique est regrettable, tant l'exclusion d'un associé peut parfois être vitale pour une société. En effet, une mésentente entre associés peut conduire à la dissolution de la société¹²⁸.

28. Sociétés civiles immobilières (SCI) d'attribution et de construction-vente.

Certaines sociétés civiles sont soumises à un statut particulier en raison de leur objet¹²⁹. C'est le cas des SCI d'attribution et de construction-vente, dont le fonctionnement est régi par le Code de la construction et de l'habitation, respectivement aux articles L. 212-1 et suivants et

¹²⁰ V. en l'espèce : C. santé publ., art. R. 5125-20. V. également : C. santé publ., art. R. 4113-19, R. 4381-19, R. 6223-69, etc.

¹²¹ Cass. Com., 8 déc. 2015, n° 14-19.261, Dr. sociétés n°3, mars 2016, note D. Gallois-Cochet.

¹²² N. Cazé, art. cit., n°15.

¹²³ Ibid. ; A. Bounoux, *Sociétés d'exercice libéral (SEL) . – Régime juridique . – Commentaires*, Fasc. 975, JCl. Entreprise individuelle, 13 sept. 2016 (màj. 15 avr. 2020), n°37.

¹²⁴ Cass. 1^{re} Civ., 12 déc. 2018, n°17-12.467, JCP E n°20, mai 2019, comm. S. Nonorgue, préc.

¹²⁵ « Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions ».

¹²⁶ B. Brignon, *Sociétés d'Exercice Libéral (SEL) . – Régime général*, op. cit., loc. cit.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ C.Civ., art. 1844-7, 5°.

¹²⁹ D. Sizaïre, *Sociétés . – Sociétés civiles immobilières de construction-vente*, Fasc. 500, JCl Construction – Urbanisme, 14 août 2013 (actu. M. Painchaux), n°1.

L. 211-1 et suivants. La SCI de construction-vente a pour objet de « construire un ou plusieurs immeubles en vue de leur vente en totalité ou par fractions »¹³⁰, alors que l'objet de la SCI d'attribution est « la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance »¹³¹.

L'exclusion d'un associé de SCI d'attribution ou de construction-vente peut avoir lieu dès lors que celui-ci ne satisfait pas à ses obligations¹³² envers la société. Dans les deux cas, les obligations en question consistent à répondre aux appels de fonds nécessités par l'accomplissement de l'objet social¹³³ ; l'article L. 212-4 du Code de la construction et de l'habitation vise d'ailleurs expressément cette obligation en renvoyant à l'article L. 212-3.

L'exclusion de l'associé « défaillant »¹³⁴, dans les deux cas, prend la forme d'une vente forcée de ses droits sociaux en vente publique¹³⁵, une sanction vue comme « rigoureuse » par la doctrine¹³⁶. Cette sanction ne peut être mise en œuvre qu'un mois après la délivrance à l'associé d'une mise en demeure ou d'une sommation de payer restée sans effet¹³⁷. Cette mesure d'exclusion n'est pas obligatoire : elle ne dépend que de la volonté des autres associés, qui peuvent la déclencher par une résolution prise en assemblée générale. Dans les deux cas, la décision est prise à la majorité des deux tiers des associés sur première convocation, et à la majorité des deux tiers des associés présents ou représentés sur deuxième convocation¹³⁸. Sauf stipulation contraire des statuts, la voix de l'associé dont l'exclusion est envisagée n'est pas prise en compte pour le calcul des majorités requises¹³⁹. Immanquablement, la vente aux enchères aura lieu pour le compte et aux risques de l'associé défaillant¹⁴⁰.

On notera que l'exclusion, dans les cas présents, n'est pas la seule mesure dont disposent les associés pour faire cesser le trouble né de la non-satisfaction d'un associé à ses obligations sociales. En effet, comme le relèvent certains auteurs, la mise en vente forcée des titres sociaux d'un associé de SCI de construction-vente ou d'attribution n'est pas exclusive aux recours et voies d'exécution de droit commun¹⁴¹, « dont éventuellement la réalisation du gage en cas de nantissement des parts au profit de la société », ou encore « la procédure d'injonction de payer ou à une saisie portant sur d'autres biens appartenant à l'associé

¹³⁰ CCH, art. L. 211-1, al. 1.

¹³¹ CCH, art. L. 212-1, al. 1.

¹³² CCH, art. L. 211-3, al. 2 et L. 212-4 al. 1.

¹³³ V. CCH, art. L. 211-3, al. 1 et L. 212-3, al. 1.

¹³⁴ CCH, art. L. 212-4, al. 2.

¹³⁵ Ibid., et CCH, art. L. 211-3, al. 2.

¹³⁶ D. Sizaire, *Sociétés. – Sociétés civiles immobilières de construction-vente*, op. cit., n°120 et D. Sizaire, *Sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé. – Fonctionnement. – Sociétés coopératives*, Fasc. 552, JCl Construction – Urbanisme, 3 août 2018 (actu. G. Daudré), n°42.

¹³⁷ CCH, art. L. 211-3, al. 2 et L. 212-4, al. 2.

¹³⁸ CCH, art. L. 211-3, al. 3 et L. 212-4, al. 2.

¹³⁹ CCH, art. L. 211-3, al. 4 et L. 212-4, al. 2.

¹⁴⁰ CCH, art. L. 211-3, al. 5 et L. 212-4, al. 4.

¹⁴¹ D. Sizaire, *Sociétés. – Sociétés civiles immobilières de construction-vente*, op. cit., n°120 et D. Sizaire, *Sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé. – Fonctionnement. – Sociétés coopératives*, op. cit., n°42.

défaillant »¹⁴². De plus, dans les SCI d'attribution, l'associé qui n'honore pas ses obligations « ne peut prétendre ni à entrer en jouissance de la fraction de l'immeuble à laquelle il a vocation, ni à se maintenir dans cette jouissance, ni à obtenir l'attribution en propriété de ladite fraction »¹⁴³, ce qui a également des vertus coercitives.

29. Recours à l'assemblée générale des associés. Dans toutes les formes sociales étudiées présentement, l'assemblée générale des associés est compétente pour prononcer l'exclusion d'un associé, quelle qu'en soit la cause. Immanquablement, la majorité ou l'unanimité nécessaire au prononcé de l'exclusion est calculée en excluant la voix de l'intéressé. Cependant, en pratique, un tel processus peut s'avérer lourd et coûteux, comme dans les SCI d'attribution, et ce d'autant plus en cas de deuxième convocation¹⁴⁴. L'absentéisme des associés doit également être pris en compte¹⁴⁵, et c'est pourquoi les associés de SCI d'attribution et de construction-vente préféreront bien souvent d'autres sanctions à l'exclusion face à la défaillance d'un associé. Ces difficultés pratiques existant également concernant les SEL, dans lesquelles l'unanimité des associés non concernés est quasi-systématiquement nécessaire pour exclure un associé. A cet égard, le régime de l'exclusion en SEL a été vu comme « strict » par la doctrine¹⁴⁶.

Il est donc relativement plus simple de mettre en œuvre l'exclusion d'un associé lorsque celle-ci est obligatoire, dès lors qu'elle nécessite un formalisme moins lourd. Lorsque celle-ci est facultative, la charge repose entièrement sur l'organe compétent pour la prononcer. Nous verrons que ce pouvoir d'exclusion peut être détenu par une entité totalement extérieure à la société, c'est-à-dire en l'occurrence une juridiction.

§2 : Exclusion-sanction facultative judiciaire

30. Véritable sanction pour l'associé ? Le tribunal chargé d'une procédure collective ou prononçant une sanction personnelle visant un dirigeant peut prononcer l'exclusion d'un ou plusieurs associés de la société concernée par ladite procédure collective ou celle dudit dirigeant si celui-ci est également associé de la société qu'il dirige. L'exclusion du dirigeant associé frappé de faillite personnelle ou d'interdiction de diriger est prévue par l'article L. 653-9 alinéa 2 du Code de commerce, alors que l'exclusion d'un ou plusieurs associés d'une société en redressement judiciaire est prévue par l'article L. 631-19-2, 2° du même Code.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ CCH, art. L.212-4, al. 1.

¹⁴⁴ D. Sizaïre, *Sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé. – Fonctionnement. – Sociétés coopératives*, op. cit., n°42.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ B. Brignon, *Sociétés d'Exercice Libéral (SEL). – Régime général*, op. cit., n°76.

S'il ne fait aucun doute que le mécanisme prévu par l'article L. 653-9 alinéa 2 du Code de commerce constitue une exclusion-sanction¹⁴⁷, cette qualification est plus contestable concernant celui prévu par l'article L. 631-19-2, 2° du même Code. En effet, il est souvent considéré que les mécanismes légaux d'exclusion existant aux articles L. 631-19-1 alinéa 2¹⁴⁸ et L. 631-19-2, 2° du Code de commerce, pris ensemble, ne constituent pas une sanction, à proprement parler, liée au comportement des associés visés par les textes¹⁴⁹. Cependant, comme nous le verrons, l'exclusion prévue au 2° de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce peut être prononcée à l'encontre de certains associés ayant refusé de consentir à une augmentation de capital prévue par un projet de plan de redressement, ce qui, pour Adeline Cerati-Gauthier, revient à les sanctionner¹⁵⁰.

C'est pourquoi l'exclusion prévue à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce sera étudiée dans le présent chapitre, alors que celle prévue à l'article L. 631-19-1 sera étudiée au chapitre II du présent titre, dans la mesure où elle ne sanctionne pas directement un comportement du dirigeant associé qu'elle vise, comme nous le verrons¹⁵¹.

31. Exclusion du dirigeant associé frappé de faillite personnelle ou d'interdiction de diriger. L'article L. 653-9 du Code de commerce prévoit que le tribunal ayant prononcé une faillite personnelle ou une interdiction de gérer¹⁵² à l'égard d'un ou plusieurs dirigeants d'une personne morale « peut enjoindre à ces dirigeants ou à certains d'entre eux, de céder leurs actions ou parts sociales dans la personne morale ou ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire de justice, au besoin après expertise ». Il est ensuite précisé que « le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes sociales dans le cas où ces dettes ont été mises à la charge des dirigeants ».

La jurisprudence a estimé que cette disposition ne permet pas au tribunal d'ordonner la cession des titres détenus par les dirigeants dans d'autres personnes morales¹⁵³. Partant, le champ d'application du texte doit se limiter aux participations que le dirigeant détient dans les personnes morales au sein desquelles les causes de sa condamnation se trouvent¹⁵⁴, autrement dit, celles qu'il a mal dirigées.

Pour la doctrine, cette sanction « ne se confond pas avec l'hypothèse du remplacement du dirigeant nécessaire à la survie de la société prévue à l'article L. 631-19-1

¹⁴⁷ V. *Entreprise en difficulté*. – *Responsabilité. Sanctions*, Fasc. 2350, JCl Roulois, 26 nov. 2019 (màj. 22 avr. 2020), n°61 ; F. Maury, *Incessibilité, cession forcée : les droits sociaux du dirigeant de société à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté*, LPA n°152, 31 juill. 2018, p. 35.

¹⁴⁸ V. *infra* n°42.

¹⁴⁹ V. J-P. Legros, *Sanvegarde, redressement et liquidation judiciaire*. – *Sort des dirigeants*, Fasc. 2392, JCl Commercial, 9 févr. 2014 (màj. 15 mars 2020), n°164 ; F. Maury, *art. cit.*

¹⁵⁰ A. Cerati-Gauthier, *art. cit.*

¹⁵¹ V. *infra* n°42.

¹⁵² Le texte procède par renvoi à l'article L. 653-8 C. Com. qui vise ces sanctions.

¹⁵³ CA Versailles, ch. 13, 25 févr. 1993, Dr. sociétés 1994, comm. 52, obs. Y. Chaput.

¹⁵⁴ C. Com., art. L. 653-3 à L. 653-6.

du Code de commerce »¹⁵⁵. Les deux textes sont d'ailleurs couramment dissociés dans la mesure où l'un constitue une véritable sanction pour le dirigeant, alors que l'autre vise plutôt la sauvegarde de l'intérêt de l'entreprise par l'élimination des personnes faisant obstacle à son redressement¹⁵⁶.

On notera enfin que l'exclusion prévue par l'article L. 653-9 alinéa 2 du Code de commerce vient compléter, lorsqu'elle est prononcée, une autre mesure qui, elle, est systématique : la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de voter à la place du dirigeant déchu¹⁵⁷.

32. Exclusion de l'associé d'une société de plus de 150 salariés en redressement judiciaire. Applicable à la procédure de redressement judiciaire¹⁵⁸, l'article L. 631-19-2 du Code de commerce a été introduit par la loi « Macron » du 6 août 2015¹⁵⁹. Il permet au tribunal compétent pour connaître du redressement judiciaire d'une entreprise de plus de 150 salariés de prendre des mesures pour forcer l'adoption d'une modification de capital prévue par un plan de redressement. En effet, en cas de refus de ladite modification par l'assemblée compétente pour en décider, le tribunal peut, soit désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter la modification de capital en lieu et place des associés ou actionnaires l'ayant refusée, soit prononcer la cession forcée de tout ou partie des titres sociaux de ces derniers.

Le champ d'application de cet article est assez restreint. D'une part, les entreprises visées par le texte doivent comprendre plus de 150 salariés ou contrôler une ou plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins 150 salariés, et d'autre part, leur cessation d'activité doit être « de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi ». Ces deux conditions ne sont pourtant pas suffisantes, puisqu'il faut également que la modification du capital apparaisse « comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité, après examen des possibilités de cession totale ou partielle de l'entreprise » pour que le tribunal puisse forcer l'adoption de la modification par le biais des mesures susvisées, sachant qu'il ne peut le faire qu'à l'issue d'un délai de 3 mois après le jugement d'ouverture, et à la demande de l'administrateur judiciaire ou du ministère public uniquement.

Dans la pratique, les modifications capitalistiques évoquées par le texte peuvent consister en la conversion de créances en titres de capital¹⁶⁰. Il s'agit d'une augmentation de capital qui a pour conséquence de diluer la participation des associés dans l'entreprise. Le

¹⁵⁵ J-P. Legros, op. cit., n°85.

¹⁵⁶ E. Brocard, *La cession de droits sociaux et l'entreprise en difficulté*, Rev. sociétés 2015, p. 217, n°12.

¹⁵⁷ C. Com., art. L. 653-9, al. 1.

¹⁵⁸ C. Com., art. L. 631-1 s.

¹⁵⁹ L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹⁶⁰ S. Farhi, *La conversion de créances en titres de capital lors d'une procédure collective*, Rev. proc. coll. n°1, janv. 2019, étude 3, n°17.

mécanisme prévu à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce a ainsi été qualifié de « dilution forcée » par la doctrine¹⁶¹. On peut aisément comprendre que les associés ou actionnaires concernés soient réticents à de telles augmentations de capital, d'où l'intérêt d'un texte venant mettre à genoux les intérêts égoïstes de ceux-ci. L'insertion de cet article dans le Code de commerce a dès lors été vue comme un « époustouflant renouveau » de la conversion de créances en procédure collective¹⁶².

Le champ d'application restreint du texte est à la fois sa force et sa faiblesse. Sa force d'une part, puisqu'il lui a permis d'éviter la critique de l'inconstitutionnalité : des sénateurs avaient en effet soutenu, lors du contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi Macron, que l'article L. 631-19-2 du Code de commerce constituait une atteinte au droit de propriété de l'associé ou de l'actionnaire exclu, « sous forme en quelque sorte d'expropriation ». Le Conseil Constitutionnel a pourtant déclaré le texte conforme à la Constitution¹⁶³ dans la mesure où la restriction est proportionnée à l'objectif poursuivi, et ce au vu du champ d'application très restreint du texte, mais aussi des garanties accordées à l'associé exclu¹⁶⁴ et de l'objectif d'intérêt général poursuivi. D'autre part, il s'agit également de la faiblesse du texte puisqu'il est regrettable que ce dernier ne s'applique qu'aux grandes entreprises : aucun texte de portée générale ne permet l'exclusion d'un associé « égoïste » dans pareille situation, puisque l'article L. 631-19-1 ne vise quant à lui que l'associé dirigeant¹⁶⁵.

Les associés visés par la mesure d'exclusion, en plus d'avoir refusé la modification de capital prévue par le plan de redressement, doivent détenir, « directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage dans les assemblées générales de cette société ou qui disposent seuls de la majorité des droits de vote dans cette société en application d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société »¹⁶⁶. Autrement dit, ne peuvent être exclus les associés ne détenant pas suffisamment de droits de vote pour bloquer une décision. Tous les associés ne remplissant pas ces conditions pourront tout de même se retirer volontairement de la société, ce droit leur étant expressément reconnu par le texte.

Les associés concernés pourront quant à eux, relève un auteur, interjeter appel de la décision prononçant leur exclusion sur le fondement de l'article L. 661-1, 6° du Code de commerce¹⁶⁷.

¹⁶¹ Ibid., n°8.

¹⁶² Ibid., n°4.

¹⁶³ Cons. Const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC.

¹⁶⁴ Pour Adeline Cerati-Gauthier, le texte a également échappé à l'inconstitutionnalité en raison des « garanties accordées à l'associé dont l'exclusion est envisagée : les débats ont lieu en présence du ministère public, les associés ou actionnaires concernés sont entendus, des voies de recours sont prévues, la détermination du prix se fait par un expert, en l'absence d'accord entre les intéressés... » (A. Cerati-Gauthier, art. cit.).

¹⁶⁵ Un tel mécanisme était prévu dans le projet de texte initial de l'article L. 631-19-2, mais le Conseil d'Etat s'y est opposé, comme le relève Adeline Cerati-Gauthier (Ibid.).

¹⁶⁶ C. Com., art. L. 631-19-2, 2°.

¹⁶⁷ S. Farhi, art. cit., n°14.

Le texte court-circuite, par le réputé non écrit, toute clause d'agrément qui viendrait s'opposer à l'entrée des créanciers dans le capital. Il est regrettable que cette disposition ne s'applique qu'aux stipulations contractuelles, et non aux clauses statutaires, mécanismes légaux d'agrément¹⁶⁸ et autres préférences¹⁶⁹.

Enfin, il est également précisé qu'en l'absence d'accord sur la valeur des titres sociaux de l'associé exclu, celle-ci sera fixée à dire d'expert, ce qui semble indispensable dans la mesure où les associés faisant l'objet d'une cession forcée de leurs titres

33. Sanctions poursuivant un objectif d'intérêt général. Les deux mécanismes d'exclusion-sanction prévus par les articles L. 653-9 et L. 631-19-2 du Code de commerce ont pour but de protéger un intérêt supérieur à celui de l'associé exclu. Cet intérêt supérieur se conçoit de plusieurs manières : on peut y voir l'intérêt commun des associés¹⁷⁰ ou l'intérêt social¹⁷¹ par opposition aux intérêts personnels des associés pris individuellement, mais aussi l'intérêt des salariés, partenaires, créanciers de la société, ainsi que de toutes les personnes qui gravitent autour d'elle.

Les deux cas d'exclusion susvisés tendent à sanctionner l'associé pour un comportement précis – le manque de diligence dans l'exécution d'un plan de redressement, ou les faits ayant conduit à une faillite personnelle ou une interdiction de gérer –, mais ne s'arrêtent pas là, dès lors qu'ils cherchent à sauvegarder cet intérêt supérieur qui dépasse la personne des associés, en éliminant les associés n'ayant pour boussole que leurs intérêts personnels. Ce noble but est toujours plus ou moins poursuivi par les textes prévoyant l'exclusion d'un associé, mais dans le cas d'une exclusion judiciaire, cela est d'autant plus vrai dans la mesure où un juge, et non une assemblée d'associés, est compétent pour prononcer ladite exclusion. Le juge a selon nous plus de recul, et apprécie beaucoup mieux les intérêts dépassant ceux des associés, que ces derniers.

L'exclusion d'un associé peut également s'avérer nécessaire alors même que celui visé par la mesure n'a pas forcément eu un comportement répréhensible.

Chapitre II – L'exclusion légale ne sanctionnant pas nécessairement le comportement de l'associé

34. Adaptabilité de la loi. La loi s'adapte à toutes les formes sociétaires en prévoyant pour certaines d'entre elles – et pour d'autres non¹⁷² – les cas dans lesquels l'exclusion d'un ou plusieurs associés pourra avoir lieu. Parallèlement, elle prévoit également de tels

¹⁶⁸ Par ex., C. Com., art. L. 223-13 et -14 pour les SARL.

¹⁶⁹ S. Farhi, art. cit., n°15.

¹⁷⁰ C. Civ., art. 1833 anc.

¹⁷¹ C. Civ., art. 1833.

¹⁷² Par exemple, aucun mécanisme légal d'exclusion n'est prévu dans les SARL (C. Com., art. L. 223-1 s.).

mécanismes ailleurs qu'en droit spécial des sociétés, dans des textes de portée plus générale¹⁷³ ou réglementant des matières spécifiques ayant trait au droit des sociétés¹⁷⁴.

35. Pluralité d'acceptations. Si l'exclusion d'un associé se conçoit dans son acception la plus évidente comme une sanction du comportement de celui-ci, son champ d'intervention ne s'y limite pas. En effet, une telle mesure peut toucher un associé sans pour autant le sanctionner : la doctrine distingue d'ailleurs deux types d'exclusion, l'exclusion remède et l'exclusion sanction¹⁷⁵. Le mécanisme d'exclusion qui ne sanctionne pas l'associé exclu peut être prévu avec (section 1) ou sans motif précis (section 2).

Section 1 : L'exclusion légale prévue avec un motif précis

36. Faculté. L'exclusion n'étant pas prévue comme une sanction dans le cas présent, il n'existe aucun cas dans lequel elle est obligatoire, contrairement aux cas d'exclusion-sanction pour lesquels il fallait distinguer si la mesure était obligatoire ou facultative. L'exclusion légale qui ne sanctionne pas l'associé exclu s'analyse ainsi comme une faculté qui peut appartenir à différentes personnes, dans différentes situations.

On distingue, dès lors qu'un motif défini d'exclusion est prévu, la faculté découlant d'une situation objective (paragraphe 1) de celle tendant à la préservation de l'intérêt général (paragraphe 2).

§1 : Faculté découlant d'une situation objective

37. Sociétés par actions et droit boursier. Il faut noter que les cas dans lesquels la faculté d'exclure découle d'une situation objective sont prévus exclusivement dans des sociétés par actions, et dans plusieurs cas des sociétés cotées. On a pu observer que les cas d'exclusion-sanction sont prévus, à plusieurs égards, dans des sociétés de personnes¹⁷⁶ dans la mesure où l'*intuitu personae* est fort dans ce type de sociétés. *A contrario*, dans les sociétés de capitaux, de telles formes d'exclusion ne sont pas expressément prévues par la loi, dans la mesure où la personne des associés importe peu. En revanche, les données comptables liées à la composition du capital importent grandement dans ce type de sociétés. C'est pourquoi un élément objectif comme la composition du capital social peut aboutir à l'exclusion d'un actionnaire de société par actions ou de société cotée.

¹⁷³ Comme aux art. 1844-12 C. Civ. et L. 235-6 C. Com. relatifs à la nullité des sociétés de droit commun et des sociétés commerciales, v. infra n°41.

¹⁷⁴ Comme dans les dispositions applicables aux procédures collectives, v. infra n°42 et supra n°s 17 s.

¹⁷⁵ M. Germain, P-L. Pétin et H. Azarian, op. cit., n°15.

¹⁷⁶ Dans les sociétés civiles, SNC ou SCI de construction-vente et d'attribution, v. supra n°28.

38. Exclusion des titulaires de droits formant rompus. Dans les sociétés par actions, en cas de « regroupement, d'échange ou d'émission de valeurs mobilières »¹⁷⁷, l'action nouvelle peut avoir une valeur nominale supérieure à l'action ancienne. Dès lors, le nom de « rompus » est donné aux « titres et droits de souscription ou d'attribution » qui, dans cette hypothèse, « ne permettent pas d'obtenir un titre nouveau parce que leur nombre est insuffisant pour atteindre le rapport arithmétique prévu entre titres anciens et titres nouveaux »¹⁷⁸. Le professeur Gérard Cornu, dans son dictionnaire juridique, donne l'exemple d'une attribution gratuite d'une action nouvelle pour dix actions anciennes : dans ce cas-là, le propriétaire de vingt-trois actions dispose de trois rompus¹⁷⁹.

Aux termes de l'article L. 228-6 du Code de commerce, il est possible pour une société par actions non cotée, sur simple décision du conseil d'administration, du directoire ou des gérants, de vendre les « titres de capital qui n'ont pu être attribués individuellement et correspondant à des droits formant rompus, à la condition d'avoir procédé un an au moins à l'avance à une publicité selon des modalités fixées par ce décret ».

Le même mécanisme est prévu pour les sociétés cotées à l'article L. 228-6-1 du même Code. Les deux textes diffèrent cependant dans la mesure où il est expressément prévu que les statuts peuvent déroger à cette règle dans les sociétés non-cotées¹⁸⁰, ce qui n'est pas prévu dans les sociétés cotées. Il est donc possible dans les sociétés non cotées d'ajouter une touche d'*intuitu personae* en prévoyant un autre sort pour les titulaires de droits formant rompus, ce qui n'est pas possible dans les sociétés cotées.

La vente des droits formant rompus ne pourra avoir lieu qu'après la réalisation d'un certain formalisme, consistant, pour les sociétés non cotées, en la publication dans au moins deux journaux à diffusion nationale d'un avis mettant en demeure les titulaires des droits de faire valoir leurs droits dans un délai d'un an, et les informant « que la société procèdera à la vente à l'expiration de ce délai »¹⁸¹. Le formalisme est plus léger pour les sociétés cotées¹⁸², mais nous n'entrerons pas dans le détail de celui-ci.

A compter de la date de la vente, « les titulaires de droits formant rompus ne peuvent plus prétendre qu'à la répartition en numéraire du produit net de la vente des titres de capital non attribués »¹⁸³. Dans les sociétés non cotées, ce produit net doit être déposé sur un compte bancaire bloqué gardé à la disposition des titulaires pendant dix ans¹⁸⁴.

¹⁷⁷ G. Cornu, op. cit., v. Rompus.

¹⁷⁸ Ibid., op. cit., loc. cit.

¹⁷⁹ Ibid., op. cit., loc. cit.

¹⁸⁰ C. Com., art. L. 228-6, al. 1.

¹⁸¹ C. Com., art. R. 228-11, al. 1.

¹⁸² V. C. Com., art. R. 228-12.

¹⁸³ C. Com., art. L. 228-6, al. 2.

¹⁸⁴ C. Com., art. R. 228-11, al. 2.

L'actionnaire frappé par une telle mesure d'exclusion, portant sur tout ou partie de ses titres, est en l'occurrence totalement passif. Le législateur ne fait que tirer les conséquences pratiques de la modification du capital opérée, à partir d'un constat simple : les rompus ne forment pas des actions, mais ont malgré cela une valeur qui doit être payée à leurs titulaires. Ces derniers, en effet, ne peuvent demeurer actionnaires, simplement en raison de la valeur de leurs titres.

39. « Squeeze-out ». Il existe en droit des sociétés cotées, aussi appelé « droit boursier », toute une réglementation autour des offres publiques. Parmi ces offres publiques, il existe l'offre publique d'achat (OPA), qui consiste, « pour un initiateur, [...] à indiquer publiquement aux actionnaires d'une société qu'il est prêt, pendant une période déterminée, à acheter leurs titres à un prix supérieur au cours coté en bourse, en vue de s'assurer le contrôle ou la majorité de la société sans avoir recours à des achats successifs en bourse ou à une cession directe d'actions »¹⁸⁵.

Suite à la clôture d'une offre publique telle que celle-ci, une procédure dite de retrait obligatoire ou de « squeeze out », régie par les articles 237-1 et 237-14 du règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF)¹⁸⁶ peut être mise en mouvement. Il est prévu, d'une part, que l'initiateur d'une offre publique peut, dans un délai de trois mois suivant la clôture de l'offre, « se voir transférer les titres non présentés par les actionnaires minoritaires dès lors qu'ils ne représentent pas plus de 10 % du capital et des droits de vote moyennant indemnisation de ces derniers »¹⁸⁷.

D'autre part, il est également prévu que « Dans les mêmes conditions, l'initiateur de l'offre publique peut se voir transférer les titres donnant ou pouvant donner accès au capital, dès lors que les titres de capital susceptibles d'être créés par conversion, souscription, échange, remboursement, ou de toute autre manière, des titres donnant ou pouvant donner accès au capital non présentés, une fois additionnés avec les titres de capital existants non présentés, ne représentent pas plus de 10 % de la somme des titres de capital existants et susceptibles d'être créés »¹⁸⁸.

Le seuil de détention, en capital et en droits de vote, nécessaire au groupe d'actionnaires majoritaire pour enclencher la procédure de *squeeze-out* a été abaissé de 95% à 90% par la loi « PACTE » du 22 mai 2019¹⁸⁹. Le nouveau seuil s'aligne avec celui, en droits de vote, déjà nécessaire pour qu'un actionnaire, agissant seul ou de concert, puisse obtenir la radiation des actions de la société, sous certaines conditions¹⁹⁰. Un tel abaissement est de nature à créer des controverses, lesquelles existaient déjà à l'époque où le seuil de détention

¹⁸⁵ G. Cornu, op. cit., v. Offre.

¹⁸⁶ Pris en application, C. mon. fin., art. L. 433-4, II.

¹⁸⁷ Règl. gén. AMF, art. 237-1, al. 1.

¹⁸⁸ Règl. gén. AMF, art. 237-1, al. 2.

¹⁸⁹ L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

¹⁹⁰ F. Martin Laprade, *Action de concert*, Fasc. 2135, JCl Banque – Crédit – Bourse, 27 nov. 2019, n°362.

nécessaire était de 95%, dans la mesure où le *squeeze out* prive les actionnaires minoritaires de la propriété de leurs actions. Le dispositif, à sa création, avait déjà été comparé à une « expropriation des actionnaires minoritaires »¹⁹¹. Sa constitutionnalité avait ainsi fait l'objet de débats doctrinaux¹⁹², mais celle-ci n'a finalement jamais été discutée devant le Conseil Constitutionnel, faute de saisine de celui-ci. C'est donc la Cour de cassation qui, en 1997, est venue déclarer le *squeeze out* conforme à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹³, et en particulier l'article premier de son premier protocole, selon lequel « Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

La procédure de *squeeze out* permet, il faut le signaler, un meilleur fonctionnement du marché boursier. En effet, pour certains auteurs, le *squeeze out* se justifie dans les sociétés cotées, dans la mesure où la dilution d'une faible participation capitalistique engendre pour la société un coût important, « qui semble disproportionné par rapport au faible avantage patrimonial accordé aux minoritaires »¹⁹⁴. Partant, une telle procédure de retrait forcé permet aux actionnaires majoritaires de mieux valoriser leurs titres de capital – c'est d'ailleurs souvent le but d'une offre publique de rachat d'actions (OPR) – et ainsi de mieux les revendre. Il peut donc être très intéressant pour le groupe d'actionnaires majoritaire d'une société cotée de procéder à une OPR ou une OPA, puis à un *squeeze out* avant une cession de contrôle de la société à un tiers, par exemple.

Le retrait obligatoire trouve ainsi sa légitimité dans les sociétés cotées, alors qu'il ne semble pas envisageable que la loi le prévoie dans les sociétés non cotées, où « une participation même symbolique dans le capital peut avoir un intérêt distinct de sa valeur patrimoniale »¹⁹⁵. Cependant, il est certain qu'une telle mesure puisse être stipulée dans les statuts de sociétés non cotées¹⁹⁶.

40. Exclusion de l'associé personne morale de société par actions simplifiée (SAS). Si l'on évoque souvent, en matière de SAS, l'article L. 227-16 du Code de commerce qui permet expressément la stipulation de clauses statutaires d'exclusion dans cette forme sociale¹⁹⁷, il existe également une autre disposition qui permet l'exclusion d'un actionnaire, dans une hypothèse bien plus restreinte mais non moins importante. L'article L. 227-17 du même Code permet en effet d'exclure, dans les conditions prévues par les statuts, l'associé

¹⁹¹ C. Leroy, *Le retrait obligatoire ou l'expropriation des actionnaires minoritaires à la suite d'une offre publique de retrait*, BJB n° 6, 1^{er} nov. 1994, p. 567.

¹⁹² Ibid. ; M-A. Frison-Roche et M. Nussenbaum, *Les méthodes d'évaluation financière dans les offres publiques de retrait et les retraits obligatoires - d'Avenir - Havas - Media à Sogéna*, RD bancaire et bourse 1995, p. 56 ; A. Viandier, *Le retrait obligatoire*, RJDA 1994, p. 783, etc.

¹⁹³ Cass. Com., 29 avr. 1997, n°95-15.220, BJB 1997, p. 391, note L. Faugérolas.

¹⁹⁴ S. Schiller, *Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires*, Rép. soc. Dalloz, oct. 2020, n°154.

¹⁹⁵ Ibid., loc. cit.

¹⁹⁶ Ibid., loc. cit.

¹⁹⁷ V. infra n°s 44 s.

personne morale dont le contrôle a changé au sens de l'article L. 233-3, ou ayant « acquis cette qualité à la suite d'une opération de fusion, scission ou dissolution ».

Il est dans un premier temps évoqué la possibilité pour les statuts de prévoir une obligation d'information incombant à tout associé personne morale dont le contrôle a changé, le second alinéa prévoyant la même possibilité concernant l'actionnaire personne morale ayant acquis cette qualité via une fusion, scission ou dissolution. Aucun délai n'étant prescrit pour délivrer cette information, il revient aux statuts de le faire – comme il leur revient de préciser l'ensemble des modalités de délivrance de ladite information¹⁹⁸ –, sans quoi l'information semble être due sans délai.

Ensuite, il est précisé qu'une fois l'information reçue, la société « peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure ». La doctrine estime que les deux mesures sont indépendantes l'une de l'autre, bien qu'elles soient souvent prononcées l'une après l'autre¹⁹⁹.

L'exclusion prévue à l'article L. 227-17 du Code de commerce trouve son fondement dans un évènement objectif. D'une part, il s'agit du changement de contrôle d'une personne morale au sens de l'article L. 233-3 du même Code, qui prévoit plusieurs moyens par lesquels le contrôle peut être acquis : détention capitalistique, majorité des droits de vote, conclusion de pactes d'associés, poids dans les décisions de la société ou encore pouvoir de révocation des dirigeants. Ce contrôle est présumé dès lors que la personne morale contrôlante détient plus de 40% des droits de vote et qu'aucun autre associé ne détient une fraction aussi importante en droits de vote²⁰⁰. Il semblerait que seuls les cas visés par l'article L. 233-3 puissent permettre l'exclusion d'un associé personne morale pour changement de contrôle, mais rien n'empêche les statuts d'une SAS de stipuler, sur le fondement de l'article L. 227-16, une clause d'exclusion fondée sur n'importe quelle définition du contrôle²⁰¹. D'autre part, l'évènement qui fonde l'exclusion d'un associé personne morale de SAS peut être la disparition d'un associé suite à une absorption, une scission ou une dissolution.

Il appartient aux rédacteurs des statuts de rédiger la clause le plus efficacement possible. Dans une affaire portée devant la Cour de cassation en 2008²⁰², les statuts d'une SAS prévoyaient que l'associé personne morale qui n'informerait pas la société de son changement de contrôle serait exclu. Suite au changement de contrôle de cet associé personne morale, les autres associés ont tenté de l'exclure sur le fondement de l'article L. 227-17 du Code de commerce. Cependant, en l'espèce la clause ne sanctionnait que le non-respect de la procédure d'information, et ne tirait pas les conséquences de la teneur de ladite

¹⁹⁸ M. Germain, P-L. Périn et H. Azarian, op. cit., n°30.

¹⁹⁹ Ibid., n°31.

²⁰⁰ H. Azarian, *Sociétés par actions simplifiées. – Création et statut des associés*, Fasc. 1532, JCl. Commercial, 10 avr. 2018 (màj. 10 avr. 2020), n°133.

²⁰¹ M. Germain, P-L. Périn et H. Azarian, op. cit., n°28.

²⁰² Cass. Com., 29 janv. 2008, n° 07-10.797.

information. Il faut bien garder à l'esprit que le texte de l'article L. 227-17 ne fait que permettre la stipulation d'un certain type de clauses, et ne permet pas à lui seul d'exclure un associé.

En définitive, la possibilité prévue par l'article L. 227-17 du Code de commerce fait partie de ces libertés qui favorisent l'attractivité de la SAS. En effet, le changement de contrôle des personnes morales associées ou actionnaires est une problématique qui s'est longtemps posée dans les SA, sans qu'une véritable solution ne se dessine en raison de la limitation de l'arsenal juridique de ce type de sociétés²⁰³. On notera enfin qu'il est également possible dans une société européenne (SE) d'exclure un actionnaire personne morale dans les mêmes conditions qu'au sein d'une SAS²⁰⁴

§2 : Faculté tendant à la préservation de l'intérêt général

41. Exclusion de l'associé demandeur en nullité. Aux termes de l'article 1844-10 du Code civil²⁰⁵, « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1er, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ». Les actes et délibérations pris par la société ne pourront quant à eux être annulés qu'en cas de « violation d'une disposition impérative du présent titre²⁰⁶ [...] ou de l'une des causes de nullité des contrats en général »²⁰⁷. Afin d'éviter de désastreuses conséquences pour la société et ses partenaires, il est prévu que toutes les nullités pourront être régularisées, à l'exception de celles fondées sur l'illicéité de l'objet social²⁰⁸. La plupart des nullités sont ainsi des nullités relatives²⁰⁹.

Une action en nullité est ainsi ouverte à toute personne ayant un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention²¹⁰. Parallèlement, il est également possible, en cas de nullité relative d'une société ou d'actes et délibérations pris par celle-ci causée par un vice du consentement ou une incapacité, pour toute personne y ayant intérêt, de mettre en demeure « celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion », sur le fondement des articles 1844-12 du Code civil et L. 235-6 du Code de commerce.

Dès lors que la personne mise en demeure opte pour l'action en nullité et non la régularisation, « La société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le délai prévu

²⁰³ Ibid., n°27.

²⁰⁴ V. C. Com., art. L. 229-13.

²⁰⁵ La nullité des sociétés commerciales est, elle, envisagée aux art. L. 235-1 s. C. Com.

²⁰⁶ Art. 1832 à 1873 C. Civ. pour les sociétés civiles. Pour les sociétés commerciales, il s'agit des « dispositions impératives du présent livre » (C. Com., art. L. 235-1 al. 2), soit le livre II du C. Com. relatif aux sociétés commerciales.

²⁰⁷ C. Civ., art. 1844-10 al. 3, repris en substance par C. Com., art. L. 235-1 al. 2.

²⁰⁸ C. Civ., art. 1844-11 et C. Com., art. L. 235-3.

²⁰⁹ V. C. Civ., art. 1179 pour la distinction entre nullité relative et nullité absolue.

²¹⁰ CPC, art. 31.

à l'alinéa précédent, toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur notamment par le rachat de ses droits sociaux »²¹¹. Le tribunal dispose alors de deux options : soit prononcer tout de même la nullité, soit « rendre obligatoires les mesures proposées si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires »²¹². Le vote de l'associé dont l'exclusion est envisagée n'est pas pris en compte. Enfin, il est précisé qu'en cas de contestation, la valeur des droits sociaux de l'associé exclu sera déterminée en application de l'article 1843-4 du Code civil²¹³.

Le mécanisme en question consiste, concrètement, à exclure un associé incapable ou ayant subi un vice du consentement, de manière à supprimer son intérêt à agir et échapper au prononcé d'une nullité. La doctrine, à ce titre, parle d'une « véritable exclusion judiciaire dirigée contre l'associé demandeur en nullité »²¹⁴. Notons que l'exclusion, en théorie, n'est pas la seule mesure qui peut être prononcée dans cet objectif-là²¹⁵.

L'exclusion de l'associé demandeur en nullité est mise en œuvre à l'initiative de la société ou d'un associé, mais en fin de compte il appartient au tribunal de décider de la prononcer ou non. Il ne s'agit pas d'une sanction, dans la mesure où l'associé demandeur n'est pas sanctionné pour avoir agi en nullité ; il est en effet légitime à le faire. Le législateur a simplement prévu une alternative à la nullité de la société ou d'actes et délibérations pris par elle, de nature à préserver la société des conséquences d'une telle sanction, tout en indemnisant justement l'associé exclu dans le processus. L'exclusion prévue est donc prononcée dans un objectif de préservation, d'une part, de l'intérêt social, et d'autre part, par extension, de l'intérêt de tous les créanciers, partenaires, et autres tiers de bonne foi avec lesquels traite la société, que le prononcé de la nullité pourrait pénaliser. Il s'agit donc également de la préservation d'une certaine forme d'intérêt général.

42. Exclusion de l'associé dirigeant d'une société en redressement judiciaire.

Dans le cadre d'une procédure collective, la sauvegarde de l'intérêt de l'entreprise sujette à la procédure peut impliquer la sortie de son dirigeant, s'il apparaît que ce dernier a concouru à la faillite de ladite entreprise. C'est à cette idée que répond l'article L. 631-19-1 du Code de commerce, applicable à la procédure de redressement judiciaire, qui prévoit que le tribunal compétent pour connaître d'une telle procédure pourra, sur demande du ministère public et « lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, [...] subordonner l'adoption du plan [de redressement] au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise ».

²¹¹ C. Civ., art. 1844-12 al. 2 et C. Com., art. L. 235-6 al. 2.

²¹² Ibid.

²¹³ C. Civ., art. 1844-12 al. 3 et C. Com., art. L. 235-6 al. 3.

²¹⁴ C. Champaud, Rev. trim. dr. com. 1967 n° 11, p. 182 et Rev. trim. dr. com. 1976, n° 10, p. 375, cités dans J.-M. de Bermond de Vaulx, *La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?*, JCP E n°48, 29 nov. 1990, 15921, n°4.

²¹⁵ Cela se déduit de l'emploi de l'adverbe « notamment ».

A cette fin, le tribunal peut, soit prononcer l'incessibilité des droits sociaux des associés dirigeants tout en paralysant leur droit de vote en l'attribuant à un mandataire, soit ordonner la cession des droits sociaux desdits associés dirigeants, « le prix de cession étant fixé à dire d'expert »²¹⁶. Il est enfin précisé que le tribunal « statue après avoir entendu ou dûment appelé les dirigeants et les représentants du comité d'entreprise²¹⁷ ou, à défaut, des délégués du personnel »²¹⁸, et que le texte n'est pas applicable aux débiteurs exerçant une « activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire »²¹⁹.

L'exclusion de l'associé dirigeant est ici prévue comme une mesure distincte de la désignation d'un mandataire chargé d'exercer le droit de vote de celui-ci. Pour autant, la doctrine s'accorde à dire que l'exclusion ne peut être efficace que dès lors qu'elle s'accompagne d'une paralysie des droits sociaux de l'intéressé jusqu'à la cession effective de ses titres²²⁰. En effet, un associé dirigeant qui conserve son droit de vote jusqu'à la cession peut s'opposer au redressement de l'entreprise. Dans un affaire portée devant la Cour de cassation en 2016²²¹, le tribunal en charge d'une procédure de redressement judiciaire avait prononcé l'exclusion de l'associé dirigeant de la société sujette à ladite procédure, tout en désignant un mandataire *ad hoc* chargé d'exercer le droit de vote de l'intéressé. La Haute Juridiction a validé les mesures prises par le tribunal, consacrant par là même la possibilité de combiner les deux mesures. Une partie de la doctrine n'a pas manqué de saluer cette solution²²², alors qu'une autre partie estime que l'exclusion prévue par l'article L. 631-19-1 du Code de commerce « reste une atteinte au droit de propriété à travers une “expropriation sans utilité publique” »²²³.

Il n'en reste pas moins que, selon nous, l'atteinte au droit de propriété engendrée par l'application de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce est justifiée par la préservation d'une certaine forme d'intérêt général, et que la conformité du texte à la Constitution n'est plus à débattre, dans la mesure où elle a déjà été consacrée par une décision du Conseil constitutionnel de 2015, prise à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)²²⁴. Dans cette décision, il avait justement été considéré que l'objectif d'intérêt général poursuivi par le texte, ainsi que le redressement et la poursuite de l'activité de l'entreprise justifiaient l'atteinte portée au droit de propriété des associés. Pour Emmanuel Brocard, c'est aussi « le caractère impératif de la procédure de redressement judiciaire » qui légitime

²¹⁶ C. Com., art. L. 631-19-1, al. 2.

²¹⁷ Devenu le comité social et économique (CSE) depuis l'ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

²¹⁸ C. Com., art. L. 631-19-1, al. 3.

²¹⁹ C. Com., art. L. 631-19-1, al. 4.

²²⁰ F. Maury, art. cit. ; A. Cerati-Gauthier, art. cit.

²²¹ Cass. Com., 26 janv. 2016, n° 14-14.742.

²²² V. not. J-P. Dom, *L'assouplissement procédural de la cession forcée des droits sociaux des dirigeants*, BJS n°5, 2 mai 2016, p. 287 ; A. Cerati-Gauthier, art. cit.

²²³ L-C. Henry, *Cessions de parts sociales subordonnées à l'adoption du plan de cession : modalités de la cession*, Rev. sociétés 2016, p. 195.

²²⁴ Cons. const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 QPC.

« l'éviction des associés au profit de tiers jugés plus aptes à pérenniser l'activité »²²⁵. On y retrouve donc l'idée selon laquelle le juge n'a plus d'autre choix, pour assurer – ou tenter d'assurer – le redressement de l'entreprise en difficulté, que d'évincer les personnes susceptibles de nuire audit redressement, voire de l'empêcher. A ce titre, nous pouvons regretter que l'exclusion prévue par l'article L. 631-19-1 du Code de commerce ne s'applique qu'aux associés dirigeants, et non aux associés non dirigeants, fussent-ils majoritaires²²⁶.

On remarquera enfin que le prix de la cession forcée des titres du dirigeant associé exclu se fera nécessairement « à dire d'expert », ce qui exclut tout accord entre les parties sur ce point. Cela diffère de la plupart des autres textes relatifs à l'exclusion dans lesquels en cas de désaccord sur le prix, un expert mandaté en application de l'article 1843-4 du Code civil est chargé de le déterminer.

43. Conception de l'intérêt général. Dans les deux cas présentement étudiés, le juge peut prendre des mesures de nature à préserver l'intérêt de la société, dans la mesure où l'exclusion d'un associé aura normalement, dans ces cas-là, pour conséquence d'améliorer la situation de la société. Cependant, les bienfaits de ces exclusions judiciaires ne s'arrêtent pas là, dès lors que celles-ci tendent à préserver, comme nous avons pu le voir, l'intérêt de l'ensemble des agents économiques gravitant autour de la société : salariés, créanciers, fournisseurs, clients, tiers de bonne foi, partenaires divers...

Ainsi, bien que ces textes ne sanctionnent aucunement le comportement d'un associé, ils permettent la sauvegarde de l'intérêt général, entendu au sens de « ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous »²²⁷, et ce, que la société soit une PME ou une multinationale.

Section 2 : L'exclusion légale prévue sans motif précis

44. Associés. – Liberté d'exclure. Dans quatre formes sociétaires, que sont les sociétés par actions simplifiées (SAS), les sociétés à capital variable (SCV), les sociétés coopératives de commerçants détaillants et les groupements agricoles d'exploitation en commun (GAEC), le législateur a expressément prévu – indépendamment du fait que les clauses statutaires d'exclusion aient été validées de manière générale par la jurisprudence sous certaines conditions²²⁸ – que l'exclusion d'un associé pourra être prononcée, sans qu'un motif précis ne soit donné – et dans certains cas sans qu'aucun motif ne soit donné – pour cette exclusion. L'objet de la présente section sera d'étudier de manière groupée les quatre textes ayant pour effet de laisser la détermination des motifs d'exclusion à l'appréciation des associés.

²²⁵ E. Brocard, art. cit., loc. cit.

²²⁶ C'est aussi l'avis d'Adeline Cerati-Gauthier : v. A. Cerati-Gauthier, art. cit.

²²⁷ G. Cornu, op. cit., v. Intérêt public, général.

²²⁸ V. infra, n°s 99 s.

45. Formes sociales. Si la SAS, régie par les articles L. 227-1 et suivants du Code de commerce, est une forme sociale bien connue du grand public – il s'agit de la forme sociale choisie le plus souvent depuis 2016, devant la SARL²²⁹ – et n'est plus à présenter, les trois autres formes sociales dont il est question présentement sont plus méconnues.

La SCV, régie par les articles L. 231-1 et suivants du Code de commerce, est un type particulier de société dont les statuts stipulent que le capital est « susceptible d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués »²³⁰. Une SCV, à l'instar d'une SEL, n'est pas une société en tant que telle puisqu'elle doit prendre la forme d'une autre société : il peut s'agir de n'importe quel type de société, sauf d'une SA²³¹.

La société coopérative de commerçants détaillants – ou simplement « coopérative » –, régie par les articles L. 124-1 et suivants du Code de commerce, est une SA ou une SARL à capital variable²³² particulière, dans la mesure où elle a pour objet « d'améliorer par l'effort commun de leurs associés les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité commerciale »²³³. Cela implique un certain nombre d'activités, limitativement énumérées à l'article L. 124-1 du Code de commerce : achats en communs, actions en matière de financement, gestion de magasins collectifs, coopération financière, vente sur Internet²³⁴...

Enfin, le GAEC, régi par les articles L. 323-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime, est une société civile²³⁵ dans laquelle des agriculteurs peuvent mettre en commun tout ou partie de leurs activités agricoles²³⁶, dans le but d'exercer une activité agricole en commun. Il s'agit d'une société d'exploitation agricole qui se distingue notamment des coopératives, et s'apparente à une exploitation familiale, tout en étant plus élaborée²³⁷.

46. Sources de l'exclusion. Si la faculté d'exclusion étudiée présentement est nécessairement de nature légale, deux cas se distinguent. D'une part, il est prévu pour les SAS à l'article L. 227-16 du Code de commerce, pour les SCV à l'article L. 231-6 du même Code et pour les GAEC à l'article L. 323-38 du Code rural et de la pêche maritime, que les statuts peuvent stipuler ce que l'on appellera des clauses d'exclusion. Dans ces trois cas, la loi ne fait que permettre, expressément, au rédacteur des statuts d'insérer une telle clause. On peut donc considérer que le « droit d'exclusion [...] n'existe que si les statuts l'ont prévu »²³⁸, la loi

²²⁹ J. Heinich, *La SAS, plus fort que la SARL !*, Dr. sociétés n°6, juin 2017, repère 6.

²³⁰ C. Com., art. L. 231-1, al. 1.

²³¹ Ibid.

²³² C. Com., art. L. 124-3, al. 1.

²³³ C. Com., art. L. 124-1.

²³⁴ Pour de plus amples développements concernant l'objet des sociétés coopératives, v. Y. Guyon, *Sociétés coopératives de commerçants détaillants*, Fasc. 170-70, JCl. Sociétés Traité, 18 sept. 2019.

²³⁵ C. rur., art. L. 323-1.

²³⁶ Le groupement est alors soit « total », soit « partiel » : C. rur., art. L. 323-2, al. 1.

²³⁷ C. Dupeyron et F. Roussel, *Groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC)*, Fasc. 12, JCl Rural, 10 mai 2019, n°1.

²³⁸ Ibid., n°135.

ne permettant pas, à elle seule, de mettre en œuvre l'exclusion, mais garantissant seulement la liberté de la prévoir.

D'autre part, l'article L. 124-10 du Code de commerce applicable aux sociétés coopératives ne fait pas mention d'une quelconque possibilité pour les rédacteurs des statuts de stipuler des clauses d'exclusion. Dans ce cas-là, l'exclusion pourra ainsi être prononcée indépendamment de toute clause statutaire, dans la mesure où la règle est d'ordre public²³⁹. Il est néanmoins possible, par l'effet de la loi, de stipuler des clauses d'exclusion dans une coopérative, dans la mesure où une telle société est nécessairement à capital variable²⁴⁰ ; la règle prévue à l'article L. 231-6 du Code de commerce y est donc applicable. On peut dès lors valablement affirmer que la loi permet de stipuler des clauses d'exclusion dans les quatre formes sociales étudiées.

47. Motifs de l'exclusion. Si la loi prévoit expressément à trois reprises la libre stipulation de clauses statutaires d'exclusion, elle ne prévoit cependant pas les motifs de ladite exclusion, ou tout au moins ne prévoit-elle pas de motif suffisamment précis. Pour autant, cela ne signifie pas nécessairement que le choix d'un motif statutaire d'exclusion soit libre : en effet, en matière d'exclusion statutaire, la question du motif n'a pas connu de véritable réponse. On peut valablement considérer qu'un motif statutaire d'exclusion doit être conforme à l'intérêt social et à l'ordre public, bien que la Cour de cassation n'ait pas directement énoncé ce critère, mais seulement repris les propos d'une cour d'appel²⁴¹ dans un arrêt de 2005²⁴². Assez logiquement, l'exclusion ne doit pas non plus être abusive, et doit pouvoir être contrôlée par un juge ; cela ressort de deux arrêts de 1997²⁴³.

Il est moins aisé de considérer que l'exclusion doive nécessairement reposer sur un motif d'une certaine gravité²⁴⁴ : tout dépend, selon nous, de ce que l'on entend par « gravité ». Si rien n'est précisé à l'article L. 231-6 du Code de commerce concernant les motifs de l'exclusion prévue dans les SCV, on notera qu'un arrêt de 2018 relatif à cette forme sociale semble imposer que le motif d'exclusion soit « grave » pour que l'exclusion soit valide²⁴⁵. Cette solution a néanmoins été vertement critiquée par la doctrine en ce qu'elle semble contraire à l'esprit du texte de l'article L. 231-6 du Code de commerce²⁴⁶. Nous rejoignons cette analyse : l'exigence d'un motif grave réduit grandement la liberté d'exclure des associés, et la Haute juridiction aurait pu utiliser un autre critère moins contraignant, en exigeant

²³⁹ Y. Guyon, op. cit., n°107.

²⁴⁰ C. Com., art. L. 124-3 al. 1.

²⁴¹ D. Gallois-Cochet, *L'obscurité du régime de l'exclusion statutaire*, Dr. sociétés n°12, déc. 2014, étude 23, n°12 ; D. Randoux, *La mise en redressement judiciaire d'un associé d'une société en nom collectif entraîne de plein droit la perte de sa qualité d'associé*, Rev. sociétés 2005, p. 618, n°3.

²⁴² Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, BJS 2005, p. 995, obs. P. Le Cannu, préc.

²⁴³ Cass. Com., 21 oct. 1997, n° 95-13.891, RTD Com. 1998, p. 169, obs. B. Petit et Y. Reinhard, et Cass. Com., 21 oct. 1997, n° 95-13.892, BJS 1998, p. 40, note P. Le Cannu.

²⁴⁴ D. Gallois-Cochet, *L'obscurité du régime de l'exclusion statutaire*, art. cit., n°13.

²⁴⁵ Cass. Com., 14 nov. 2018, n° 16-24.532.

²⁴⁶ E. Casimir, *Exclusion d'un associé : nécessité de rapporter la preuve d'un « motif grave »*, Gaz. Pal. n°12, 26 mars 2019, p. 57, n°3.

simplement un motif sérieux par exemple. Rappelons cependant que cet arrêt, non publié au Bulletin, est relativement isolé.

Il faut également noter que l'article R. 323-38 du Code rural et de la pêche maritime prévoit que l'exclusion d'un associé – prévue par les statuts – devra être prononcée pour un motif « grave et légitime », à l'instar du retrait d'un associé. Si cette formulation n'a rien de précis, il faut souligner que les statuts-types de GAEC, qui n'ont aucune valeur législative ni réglementaire et ne constituent qu'un modèle auquel les rédacteurs peuvent déroger dans une certaine mesure²⁴⁷, prévoient que « La faillite personnelle, la liquidation des biens d'un associé entraînent son exclusion », ainsi que tout autre motif grave et légitime²⁴⁸. Cela étant, il est évidemment possible pour les rédacteurs de stipuler d'autres motifs d'exclusion, dès lors que ceux-ci sont graves et légitimes. A titre d'exemple, l'exclusion d'un GAEC peut résulter « d'un refus de travailler, d'une mauvaise exécution du travail, ou d'une attitude incompatible avec l'*affectio societatis* »²⁴⁹. L'exclusion pourra alors revêtir la qualification de sanction, ou simplement venir tirer les conséquences d'une situation objective suffisamment grave, comme dans le cas où une clause prévoit l'exclusion d'un associé demandeur en dissolution²⁵⁰. Dans les GAEC, cette exigence de gravité et de légitimité des motifs vient donc s'ajouter aux exigences susmentionnées relatives aux motifs contenus dans les clauses statutaires d'exclusion.

L'article L. 124-10 alinéa 4 du Code de commerce relatif aux sociétés coopératives dispose quant à lui que l'exclusion devra être « justifiée par un motif sérieux et légitime ». Il s'agit de la seule exigence relative aux motifs de l'exclusion d'un associé de coopérative, dans la mesure où ladite exclusion prend sa source dans la loi et non dans une clause statutaire. En pratique, il a été jugé que la perte de la qualité de commerçant d'une société associée causée par la cession totale de ses actifs constituait un motif sérieux et légitime pour l'exclure²⁵¹. Pour le professeur Yves Guyon, le motif d'exclusion doit être « grave et légitime, comme le défaut de solvabilité, les violations graves ou renouvelées des statuts ou du règlement intérieur ou encore la non-libération des parts »²⁵². D'autres auteurs reprennent cette idée de gravité en estimant que l'exclusion d'un associé peut avoir lieu « notamment s'il a été condamné à une peine criminelle, s'il a nui sérieusement ou tenté de nuire à la société par des actes injustifiés ou s'il a falsifié les produits qu'il a apportés à la coopérative »²⁵³. Cependant, la loi n'utilise pas le terme « grave » et lui préfère le terme « sérieux ».

²⁴⁷ C. Dupeyron et F. Roussel, op. cit., n°72.

²⁴⁸ *Modèle de statuts types des groupements agricoles d'exploitation en commun*, Ministère de l'Agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, 24 avr. 2015, art. 22.

²⁴⁹ C. Dupeyron et F. Roussel, op. cit., n°135.

²⁵⁰ Consacrant la validité d'une telle clause, v. CA Dijon, 7 avr. 1998.

²⁵¹ CA Paris, 30 oct. 1998 : Dr. sociétés 1999, comm. n° 27, note D. Vidal.

²⁵² Y. Guyon, op. cit., loc. cit.

²⁵³ G. Gourlay et H. Azarian, *Sociétés coopératives agricoles. – Commentaires*, Fasc. S-1175, JCl. Notarial Formulaire, 20 sept. 2009 (maj. 13 avr. 2018), n°35.

48. Localisation des motifs d'exclusion. La question s'est posée de savoir si les motifs précis d'exclusion doivent se trouver dans les statuts ou si la décision d'exclusion doit simplement être motivée, eu égard des circonstances. Au sujet des SCV, Pierre Le Vey a estimé qu'« il serait erroné d'envisager que les statuts puissent définir les motifs d'exclusion », et que ceux-ci peuvent simplement « se borner à fixer le principe en rappelant le texte de la loi »²⁵⁴. Or, nous estimons, et ce de manière générale, qu'en l'absence de prescriptions légales contraires, il est tout à fait possible pour les associés rédacteurs d'inscrire un certain nombre de motifs d'exclusion dans les statuts, tout y ajoutant une formule laissant comprendre que la liste en question n'est pas exhaustive. Par exemple : « L'exclusion pourra également être prononcée pour tout autre motif sérieux et légitime ». Le professeur Deen Gibirila va également dans ce sens ; celui-ci estime en effet que « la clause des statuts peut ne pas préciser les causes pour lesquelles un associé peut être écarté, tout comme elle peut les déterminer »²⁵⁵.

S'est également posée la question de savoir si les motifs de l'exclusion peuvent se trouver dans un pacte extrastatutaire. Il a été jugé par la Cour d'appel de Paris, à propos d'une SAS, qu'une telle chose est possible, dans le cas où la clause d'exclusion en elle-même se trouve dans les statuts²⁵⁶. Cette solution a été vivement critiquée par la doctrine, dans la mesure où les motifs de l'exclusion font partie des conditions de celle-ci, et que l'article L. 227-16 du Code de commerce prévoit expressément que les statuts déterminent les conditions dans lesquelles un associé peut être tenu de céder ses actions²⁵⁷. Nous estimons cependant qu'il demeure plus sage, pour des associés de SAS – bien que ce raisonnement soit transposable à d'autres formes sociétaires –, de stipuler les motifs de l'exclusion directement dans les statuts, dès lors que l'arrêt susvisé n'est qu'un arrêt de Cour d'appel. En effet, la stipulation de clauses d'exclusion extrastatutaires a été invalidée par la jurisprudence²⁵⁸. La doctrine semble également être de cet avis²⁵⁹.

L'appréciation du motif, qu'il soit expressément prévu ou non, appartient alors à l'organe social compétent pour prononcer l'exclusion.

49. Organe compétent. Dans les cas prévus aux articles L. 231-6 du Code de commerce et R. 323-38 du Code rural et de la pêche maritime relatifs aux SCV et aux GAEC, l'assemblée générale est compétente pour prononcer l'exclusion d'un associé. L'assemblée dispose d'une plus grande latitude dans les GAEC, dès lors que la majorité exigée est celle

²⁵⁴ P. Le Vey, *Le statut des associés dans les sociétés à capital variable non coopératives*, Dr. sociétés n°7, juill. 2008, étude 7, n°14.

²⁵⁵ D. Gibirila, *Sociétés à capital variable*, Fasc. 1014, JCl. Commercial, 24 sept. 2019, n°27.

²⁵⁶ CA Paris, pôle 5, 9e ch., 20 juin 2013, n° 13/03892 ; Dr. sociétés 2013, comm. 203, note D. Gallois-Cochet ; BJS 2013, p. 733, note P-L. Périn.

²⁵⁷ D. Gallois-Cochet, *Localisation de la stipulation relative au motif de l'exclusion d'un associé et notion de dirigeant*, Dr. sociétés n°12, déc. 2013, comm. 203.

²⁵⁸ Cass. Com., 8 févr. 1982, BJS 1982. 970.

²⁵⁹ M. Germain, P-L. Périn et H. Azarian, op. cit., n°16. V. en ce sens : CA Rouen, 8 févr. 1974, préc., imposant que les cas d'exclusion soient énumérés limitativement par les statuts.

fixée par les statuts, alors que la majorité nécessaire au prononcé de l'exclusion d'une SCV est celle fixée pour la modification des statuts.

L'exclusion d'un associé de société coopérative est prononcée par l'organe de direction de la société, c'est-à-dire « selon les cas, par le conseil d'administration ou par le conseil de surveillance si la société coopérative est constituée sous forme de société anonyme, ou par la gérance s'il s'agit d'une société à responsabilité limitée »²⁶⁰.

Le cas de la SAS est particulier, et propre à cette forme sociale qui se caractérise par sa grande liberté contractuelle. En effet, l'article L. 227-16 du Code de commerce dispose que « Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions ». Si aucun organe compétent pour connaître de l'exclusion d'un associé n'est précisé, c'est parce qu'il revient aux statuts de fixer les conditions dans lesquelles la société est dirigée, en application de l'article L. 227-5 du Code de commerce. Partant, il appartient aux rédacteurs des statuts de déterminer quel organe sera compétent pour connaître de l'exclusion d'un associé. Il peut s'agir du président de la SAS, de l'assemblée des associés, ou de tout autre organe *ad hoc* que les statuts auraient créé, tel qu'un « comité de surveillance », qui a pu être reconnu comme organe de direction par la jurisprudence²⁶¹.

50. Garanties procédurales. – Associé exclu. Si les clauses statutaires dont l'existence est prévue par la loi dans les SAS, les SCV et les GAEC doivent garantir à l'associé un certain nombre de droits, tels le respect du principe du contradictoire ou encore le droit d'être présent, le cas échéant, lors du vote de son exclusion, en application de la jurisprudence relative aux clauses statutaires d'exclusion²⁶², l'exclusion prévue dans les sociétés coopératives par l'article L. 124-10 du Code de commerce dispose de son propre régime juridique²⁶³. Il est tout d'abord prévu que l'associé dont l'exclusion est envisagée sera « dûment entendu »²⁶⁴.

Suite à la décision rendue par l'organe de direction de la coopérative, l'intéressé dispose de la possibilité de « faire appel de cette décision devant l'assemblée générale ou l'assemblée des associés qui statue sur son recours lors de la première réunion ordinaire qui suit la notification de l'exclusion »²⁶⁵. L'appel comporte un effet suspensif : en effet, il est prévu que l'exclusion ne prendra effet qu'au jour de la notification de la décision de l'assemblée confirmant celle de l'organe de direction.

On notera que lorsque la coopérative prend la forme d'une SA, « le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, selon le cas » peut suspendre l'exercice des

²⁶⁰ C. Com., art. L. 124-10, al. 1.

²⁶¹ Cass. Com., 20 déc. 2017, n° 16-16.015.

²⁶² V. infra n°s 99 s.

²⁶³ On notera qu'un régime juridique particulier est applicable aux sociétés coopératives exerçant l'activité de galerie commerciale : C. Com., art. L. 125-1 s. (v. B. Dondero, *La procédure d'exclusion d'un associé dans les coopératives de commerçants*, Gaz. Pal. n°26, 26 janv. 2013).

²⁶⁴ C. Com., art. L. 124-10, al. 1.

²⁶⁵ C. Com., art. L. 124-10, al. 2.

droits sociaux de l'associé exclu « jusqu'à notification à ce dernier de la décision de l'assemblée générale » dans une limite d'un an, dès lors que l'intérêt de la société l'exige²⁶⁶. Hormis dans ce cas précis, l'associé dont l'exclusion est envisagée gardera donc l'exercice de ses droits sociaux jusqu'à la décision de l'organe de direction de la coopérative ou, s'il y a lieu, jusqu'à la décision de l'assemblée générale statuant en appel. Cette possibilité de suspension des droits de l'associé exclu est également prévue, expressément, dans les SAS à l'alinéa 2 de l'article L. 227-16 du Code de commerce, lequel dispose que les statuts « peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession ». Il ne faut pas pour autant déduire de ceci que le droit de vote de l'associé ne pourra pas être exercé, dès lors qu'il est de jurisprudence constante qu'aucune suppression du droit de vote, non prescrite par la loi, ne peut être prévue par les statuts²⁶⁷. Cet écueil peut cependant être évité en confiant, par exemple, le soin de l'exclusion à un organe de direction²⁶⁸.

Enfin, il est prévu que si l'exclusion n'est pas prononcée pour un motif sérieux et légitime, l'associé exclu pourra agir en justice dans un délai d'un mois pour demander soit à être réintégré dans la société, soit à se voir allouer des dommages et intérêts, soit les deux²⁶⁹. La question de la sanction d'un recours réalisé en dehors du délai légal prévu à cet alinéa s'est posée, et il a été jugé que ledit recours ne peut être considéré comme prescrit après un tel délai, au vu de l'absence de précisions légales sur ce point²⁷⁰. Il faudrait semble-t-il en déduire que seuls la réintégration et le versement de dommages-intérêts, visés par le texte, ne puissent plus être obtenus suite à ce délai d'un mois. Nous estimons qu'un tel délai, bien que relativement court, se justifie par la préservation de l'intérêt de la société, du moins dès lors que l'associé exclu a bien été informé de ses droits. De plus, le champ d'application de ce délai, qui apparaît donc relativement restreint, le rend plus acceptable dans la mesure où l'associé exclu pourrait demander, même après l'écoulement d'un mois, une autre mesure telle que l'annulation de la décision.

Le régime juridique prévu à l'article L. 124-10 du Code de commerce a ainsi pu être précisé à plusieurs occasions par la jurisprudence, et notamment sur la question de l'annulation de la décision d'exclusion. Il a notamment été jugé que l'associé ayant voté en faveur de sa propre exclusion peut malgré cela demander en justice l'annulation de la décision l'ayant exclu²⁷¹, ou encore que le non-respect des droits de la défense de l'associé exclu peut engager la responsabilité civile de la société ou de ses dirigeants²⁷². Selon le professeur Bruno

²⁶⁶ C. Com., art. L. 124-10, al. 3.

²⁶⁷ Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661, Rev. sociétés 1999, p. 81, note P. Le Cannu ; RTD Com. 1999, p. 902, obs. Y. Reinhard. ; Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537, Dr. sociétés 2007, n°12, comm. H. Hovasse ; D. 2008, p. 47, note Y. Paclot.

²⁶⁸ M. Germain, P-L. Périn et H. Azarian, op. cit., n°20.

²⁶⁹ C. Com., art. L. 124-10, al. 4.

²⁷⁰ Cass. Com., 4 déc. 2012, n° 11-27.667.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Cass. Com., 21 juin 1994, n° 92-16.985.

Dondero, l'annulation de la décision semble être plus difficile à obtenir, dans la mesure où le régime des nullités des sociétés commerciales²⁷³, lequel est très restrictif, tend à s'appliquer²⁷⁴. Il a en effet été jugé en 2010 que l'absence de contradiction dans la procédure d'exclusion d'une coopérative n'est pas une cause de nullité au sens de l'article L. 235-1 du Code de commerce²⁷⁵.

51. Effets de l'exclusion. Classiquement, l'exclusion entraîne le remboursement des droits sociaux et la perte de la qualité d'associé de l'intéressé. Ce dernier conserve en principe sa qualité jusqu'au remboursement de ses droits sociaux²⁷⁶, bien que dans une SAS ou dans une coopérative constituée sous forme de SA, ses droits non-pécuniaires puissent être, en attendant, paralysés²⁷⁷. Cette conservation de principe de la qualité d'associé a pour finalité de protéger l'associé exclu « en incitant la société, par l'inconfort de la situation qu'elle crée, à le rembourser le plus rapidement possible »²⁷⁸.

L'exclusion d'un associé de GAEC entraînera la reprise de ses apports en nature en application de l'alinéa 2 de l'article R. 323-38 du Code rural et de la pêche maritime. Cependant, il peut en être autrement dès lors que l'associé et le groupement s'accordent pour écarter cette reprise ou si les statuts y mettent obstacle. Il est alors prévu que « Dans ce dernier cas, l'associé peut néanmoins obtenir du tribunal cette reprise si son départ résulte d'une faute ou d'une manœuvre des autres associés »²⁷⁹. L'impossibilité de procéder à la reprise des apports en nature de l'associé exclu peut résulter, par exemple, du fait que ladite reprise fasse baisser le capital de la société en-dessous du minimum légal de 1 500 €²⁸⁰. Si un tel blocage survient, le remboursement de l'associé exclu interviendra en numéraire, et en justice s'il y a lieu, le juge étant compétent pour assortir la reprise ou le remboursement de délais raisonnables²⁸¹.

En matière de SCV, et c'est spécifique à ce type de sociétés, il est prévu que l'associé retrayant ou exclu « reste tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de sa retraite »²⁸². Il s'agit d'une responsabilité particulière, *sui generis*²⁸³, pouvant être mise en œuvre par des associés ou des tiers créanciers de la société, dès lors que ceux-ci démontrent que la créance dont ils se prévalent est antérieure au retrait ou à l'exclusion de l'intéressé²⁸⁴. L'étendue de la responsabilité variera en

²⁷³ C. Com., art. L. 235-1 s.

²⁷⁴ B. Dondero, *La procédure d'exclusion d'un associé dans les coopératives de commerçants*, art. cit.

²⁷⁵ Cass. Com., 13 juill. 2010, n° 09-16.156, BJS 2010, p. 990, note P. Le Cannu ; Dr. sociétés 2011, n°11, comm. H. Hovasse.

²⁷⁶ Cass. Com., 17 juin 2008, n° 07-14.965 ; Cass. 3^e civ., 9 sept. 2014, n° 13-19.345.

²⁷⁷ C. Com., art. L. 124-10, al. 3 et L. 227-16, al. 2.

²⁷⁸ M. Germain, P-L. Périn et H. Azarian, op. cit., n°15.

²⁷⁹ C. rur., art. R. 323-38, al. 2.

²⁸⁰ C. rur., art. R. 323-27.

²⁸¹ C. Dupeyron et F. Roussel, op. cit., n°134.

²⁸² C. Com., art. L. 231-6, al. 3.

²⁸³ P. Le Vey, art. cit., n°24.

²⁸⁴ CA Riom, 1^{er} juill. 1897, Jour. Sociétés 1898, p. 74.

fonction de la forme sociale choisie : ainsi, l'ancien associé d'une SCV constituée sous la forme d'une société à risque limité ne sera tenu qu'à concurrence de ses apports²⁸⁵. On notera que les associés de coopérative sont également tenus par cette responsabilité, dans la mesure où une coopérative est nécessairement une SCV. Pour le professeur Deen Gibirila, le délai de cinq ans prévu par la loi a un caractère impératif dans la mesure où toute clause stipulant un délai plus court devrait être réputée non écrite, sans pour autant entraîner la nullité de la société²⁸⁶.

52. Exclusion légale et conventionnelle. La validité de clauses statutaires d'exclusion est ainsi expressément prévue par la loi dans trois formes sociales différentes. Si ce procédé législatif est assez rare pour être souligné, son « originalité » est moins marquante²⁸⁷ lorsque l'on sait que la validité des clauses d'exclusion, indépendamment de toute prescription légale, a été consacrée par la jurisprudence.

²⁸⁵ Cass. com., 26 juin 1984, Bull. Joly 1984, p. 1000.

²⁸⁶ D. Gibirila, *Sociétés à capital variable*, op. cit., n°32.

²⁸⁷ P. Pallier, *Sociétés à capital variable. – Règles communes à toutes les sociétés à capital variable*, Fasc. 167-10, JCl. Sociétés Traité, 14 févr. 2018, n°51.

TITRE II – L'exclusion d'origine conventionnelle

53. Pluralité de formes. L'exclusion d'un associé, en l'absence de toute disposition légale, peut être prévue contractuellement par les différentes parties au pacte social. Si les stipulations contractuelles d'exclusion ont leur place, en toute logique, dans le contrat de société²⁸⁸ et donc dans ce que l'on appelle les statuts, la question de leur localisation dans d'autres conventions est grandement discutée.

On distinguera ainsi les formes statutaires d'exclusion (Chapitre I) des formes extrastatutaires d'exclusion (Chapitre II), ces dernières étant entendues comme les formes contractuelles d'exclusion ne se situant pas dans les statuts.

Chapitre I – Les formes statutaires d'exclusion

54. Sémantique. Si le présent mémoire est intitulé « L'exclusion de l'associé », le terme d'exclusion pourrait être remplacé par d'autres, sans que le propos ne s'en trouve changé. On pourrait ainsi parler de « cession forcée », de « sortie forcée », voire utiliser des termes anglo-saxons... Finalement, ce ne sont que des mots que l'on appose sur une réalité concrète, laquelle étant que l'associé d'une société, par la volonté de la loi, d'un contrat, de ses pairs ou d'un organe de ladite société, se trouve contraint de ne plus en faire partie. Peu important donc les termes utilisés, la finalité reste la même ; la loi utilise d'ailleurs différents vocables pour désigner l'exclusion d'un associé²⁸⁹ sans qu'il n'y ait lieu à distinction.

55. Clarté. Pour autant, pour des raisons de clarté – et l'on sait que le thème de l'exclusion en manque cruellement²⁹⁰ – il est de bon aloi de se cantonner à l'utilisation d'un seul terme générique, en l'occurrence le terme « exclusion », afin de pouvoir éventuellement dissocier le concept y attaché d'un autre concept voisin.

La jurisprudence a ainsi consacré la validité des clauses statutaires d'exclusion (Section 1) avant de consacrer celle de « clauses d'éviction » prévues par les statuts (Section 2).

Section 1 : Consécration de la validité de clauses statutaires d'exclusion

56. Notion d'exclusion et droit français. Si l'exclusion statutaire, non prévue par la loi, fait aujourd'hui entièrement partie du paysage juridique français et est acceptée par l'ensemble de la communauté juridique, cela n'a pas toujours été le cas. Son intégration a été

²⁸⁸ C. Civ., art. 1832 s.

²⁸⁹ V. supra n°s 12 s.

²⁹⁰ V. D. Gallois-Cochet, *L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire*, art. cit., n°s 1 à 3.

lente, et cela se comprend dans la mesure où exclure un associé revient à porter atteinte à son droit de propriété ; cela n'a rien d'anodin. C'est ainsi que la jurisprudence de la Cour de cassation et des Cours d'appel, en un peu plus d'une centaine d'années, s'est employée à intégrer les stipulations statutaires d'exclusion dans l'ingénierie sociétaire, pour le résultat que nous connaissons aujourd'hui.

57. Repère temporel. La loi du 24 juillet 1966²⁹¹ est venue réformer en profondeur le droit des sociétés commerciales. Cette intervention du législateur, si elle n'a introduit aucune règle de portée générale en matière d'exclusion d'associé, a pu laisser penser que la jurisprudence antérieure sur cette question ne serait pas retenue. Notre analyse de la consécration jurisprudentielle des clauses statutaires d'exclusion portera dans un premier temps sur la jurisprudence antérieure (paragraphe 1), puis dans un second temps sur la jurisprudence postérieure à l'adoption de cette loi (paragraphe 2).

§1 : Avant la loi du 24 juillet 1966

58. Cours d'appel. La première décision de justice connue s'étant montrée favorable aux clauses statutaires d'exclusion remonte à la fin du dix-neuvième siècle. Il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en 1893²⁹² qui, en l'absence de toute prescription légale, a reconnu la validité d'une clause d'exclusion. D'autres décisions de Cours d'appel ont suivi celle-ci, puisqu'en 1912, la Cour d'appel de Rennes estimait que si, en principe, l'exclusion d'un associé n'est pas prévue par la loi, il est loisible aux associés de régler cette faculté dans le pacte social²⁹³. Quelques années plus tard, en 1927, la Cour d'appel de Caen validait une clause statutaire d'exclusion au motif que les associés avaient licitement accepté le contrat de société les liant, que la clause en question n'était aucunement illicite ou contraire à l'ordre public, et qu'aucun texte n'interdisait une telle stipulation²⁹⁴.

59. Absence de texte applicable. Toute l'ambiguïté, en matière d'exclusion statutaire, réside dans le fait que la loi n'en fait pas mention, du moins pas dans un texte de portée générale. Cela signifie que de telles stipulations ne sont pas interdites par la loi ; il serait plus douteux d'affirmer qu'elles ne sont, de ce fait, pas autorisées. En l'absence de toute prescription légale au sujet des clauses d'exclusion, les juges ont toujours utilisé de grands principes tels que le respect de l'ordre public, de l'intérêt social ou encore la force obligatoire du contrat pour justifier la validité de ces stipulations statutaires. Invoquer de tels principes sert à canaliser la volonté humaine lorsque la loi ne le fait pas.

60. Cour de cassation. Une autre difficulté rencontrée en matière d'exclusion statutaire réside dans le fait que pendant un certain temps, aucun arrêt de la Cour de cassation

²⁹¹ L. n° n°66-537 du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales.

²⁹² CA Paris, 18 nov. 1893.

²⁹³ CA Rennes, 12 juill. 1912.

²⁹⁴ CA Caen, 11 avr. 1927.

n'est venu confirmer la position des différentes Cours d'appel sur le sujet. La validité des clauses d'exclusion statutaires n'a été unifiée par la Haute juridiction qu'au milieu du siècle, en 1943, par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation²⁹⁵, une ancienne formation de celle-ci qui n'existe plus depuis 1947²⁹⁶ et qui avait pour fonction de filtrer les pourvois devant être jugés par la chambre civile en fonction de leur pertinence. C'est ainsi que la chambre des requêtes a rejeté un pourvoi invoquant l'illicéité d'une clause d'exclusion.

61. Avenir de cette jurisprudence. En 1943, pour la première fois la Haute juridiction a consacré la validité de clauses statutaires d'exclusion. Une telle consécration n'avait alors rien de surprenant dans la mesure où plusieurs Cours d'appel avaient déjà statué en ce sens. Un nouvel évènement est cependant venu remettre en question la portée de cette jurisprudence : en 1966, le droit des sociétés a été profondément réformé. Alors même que la notion d'exclusion statutaire n'était aucunement abordée par la loi du 24 juillet 1966, les observateurs ont été extrêmement attentifs aux décisions prises à la suite de cette loi ; la validité des clauses statutaires d'exclusion allait-elle prospérer ?

§2 : Après la loi du 24 juillet 1966

62. « Monstruosité juridique ». C'est en 1974, à l'occasion d'un arrêt de la Cour d'appel de Rouen²⁹⁷, qu'a été réaffirmée la validité des clauses statutaires d'exclusion sous l'empire de la loi de 1966, du moins par les juges du fond. C'est aussi à cette occasion que le doyen René Rodière a clamé que les clauses d'exclusion constituent une « monstruosité juridique » dès lors qu'elles ne sont pas expressément autorisées par la loi²⁹⁸. On déduit de l'usage de cette formule que l'existence de clauses statutaires d'exclusion était à l'époque encore loin d'être acceptée par la doctrine. Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, en 1978, est pourtant allé dans le même sens que la décision prise par la juridiction rouennaise²⁹⁹.

63. Validité admise *a contrario*. La première décision de la Haute juridiction rendue après 1966 en la matière n'a reconnu la validité des clauses statutaires d'exclusion qu'implicitement. En l'espèce, une clause d'exclusion se situait dans un pacte extrastatutaire, et l'associé exclu sur le fondement de cette stipulation avait agi en justice pour contester la licéité de son exclusion. Les juges du fond ayant accueilli favorablement ses demandes, ses associés avaient formé un pourvoi en cassation. L'arrêt, inédit, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 8 février 1982³⁰⁰, a approuvé le raisonnement des juges du fond en constatant que la clause litigieuse avait été stipulée dans une convention

²⁹⁵ Cass. Req., 16 nov. 1943.

²⁹⁶ L. n° 47-1366 du 22 juill. 1947 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation.

²⁹⁷ CA Rouen, 8 févr. 1974.

²⁹⁸ R. Rodière, art. cit., loc. cit.

²⁹⁹ CA Aix-en-Provence, 13 juill. 1978.

³⁰⁰ Cass. Com., 8 févr. 1982, BJS 1982, p. 970, préc.

« distincte du contrat de société liant par ailleurs les parties », et qu'elle « n'avait pas été signée par un représentant de la société ». Il s'agit là, il faut le souligner, d'un arrêt extrêmement important en matière de localisation des clauses d'exclusion puisque l'invalidité de principe de l'exclusion extrastatutaire y trouve son origine.

Si la localisation de la clause ayant prononcé l'exclusion d'un associé était en l'espèce la seule raison d'invalider cette dernière, il faut en déduire, *a contrario*, qu'une stipulation contractuelle de même nature située dans le pacte social est, quant à elle, valide. Suite à cette décision, d'autres arrêts de Cours d'appel ont réaffirmé la validité des clauses statutaires d'exclusion³⁰¹. Mais la décision la plus marquante en matière de clauses d'exclusion a été rendue en 1994 par la Cour de cassation dans l'affaire du journal du « Midi Libre », dans laquelle plusieurs sociétés actionnaires d'une société de presse avaient changé de contrôle au profit d'une société de presse concurrente³⁰². Dans cet arrêt publié, cette fois, au Bulletin, la chambre commerciale de la Haute juridiction a estimé que les statuts de la SA du journal du Midi Libre ne contenant pas de stipulations prévoyant la possibilité d'exclure un actionnaire, ladite société ne pouvait pas contraindre l'un d'entre eux à céder ses titres.

La validité des clauses statutaires d'exclusion a donc une nouvelle fois été reconnue, *a contrario*, mais de manière incontestable. L'arrêt « Midi Libre » constitue également un apport important en matière de SA, puisque la validité de telles clauses dans ce type de sociétés a longtemps été discutée en raison de la fixité de leur capital. Suite à cette décision, on relèvera une décision de la Cour d'appel de Paris de 1996 donnant plein effet à la clause statutaire d'une SA prévoyant que la perte définitive de la qualité de salarié d'un actionnaire lui fait perdre également cette dernière qualité³⁰³. A la fin du siècle dernier, la validité des clauses statutaires d'exclusion était donc, de manière générale, tout à fait avérée.

64. Reconnaissance pleine et entière. On remarque que parmi toutes les décisions de la Cour de cassation citées ci-dessus, aucune n'a positivement reconnu la validité des clauses statutaires d'exclusion. Il aura fallu attendre 2005 pour qu'une telle chose ait lieu, dans le cadre d'une affaire portée jusque devant la chambre commerciale de la Cour de cassation³⁰⁴. En l'espèce les statuts d'une SNC prévoyaient que les parts d'un associé seraient annulées dès lors que celui-ci serait placé en redressement ou en liquidation judiciaire, alors que le cas légal d'exclusion en matière de SNC ne concerne pas le redressement judiciaire d'un associé³⁰⁵. Classiquement, l'associé dont l'exclusion avait été prononcée avait contesté la validité de cette clause, mais ni les juges du fond ni la Haute juridiction n'ont fait droit à ses demandes. Cette dernière a pu constater « qu'il résulte de la clause litigieuse [...] que les parts de l'associé admis au redressement judiciaire sont de plein droit annulées », et « que cette

³⁰¹ CA Paris, 3^e ch. A, 7 juin 1988 ; CA Orléans, ch. civ., sect. 2, 26 sept. 1989.

³⁰² Cass. Com., 13 déc. 1994, n° 93-11.569 et 93-12.349, JCP E 1995, p. 705, note Y. Paclot.

³⁰³ CA Paris, 25^e ch. B, 12 avr. 1996.

³⁰⁴ Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, BJS 2005, p. 995, obs. P. Le Cannu, préc.

³⁰⁵ C. Com., art. L. 221-16, v. supra n°19.

stipulation ajoutait valablement [ce cas-là] aux dispositions de l'article L. 221-16 du Code de commerce ».

Cette fois-ci, aucun doute n'est plus permis, la Cour de cassation a pleinement consacré la validité des clauses statutaires d'exclusion. Il reste désormais à déterminer si ce type de clause peut exister sous d'autres variantes.

Section 2 : Consécration de la validité de « clauses d'éviction » statutaires

65. Nouvelle pierre à l'édifice de l'exclusion. Dans les années 2010, l'exclusion statutaire n'a plus rien de nouveau. Alors que la jurisprudence s'échine alors à préciser le régime de l'exclusion, la chambre commerciale de la Cour de cassation vient pourtant, en 2015, apporter une nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel de l'exclusion, en consacrant la validité de « clauses d'éviction »³⁰⁶. La Haute juridiction a réitéré sa position en 2017, par le biais de sa chambre sociale³⁰⁷. Entretemps, il a également été jugé par la Cour d'appel de Versailles, en 2016, qu'une clause d'exclusion ne confère pas à l'associé concerné un droit de retrait de la société³⁰⁸. La notion d'exclusion a donc largement été précisée entre 2015 et 2017.

Si le terme était alors jusque-là utilisé comme un synonyme du mot « exclusion », il ne constituait pas pour autant une « figure distincte de la perte de qualité d'actionnaire »³⁰⁹. L'institution d'une telle distinction (paragraphe 1) nous amène ainsi à questionner son opportunité (paragraphe 2).

§1 : Distinction de la clause d'exclusion

66. Contexte. L'arrêt, inédit, ayant donné naissance au concept d'éviction est relatif à la SA Socotec, dont les statuts stipulaient que tout actionnaire perdant la qualité de salarié perdait immédiatement, par là même, la qualité d'actionnaire. Cette perte automatique de la qualité d'actionnaire pouvait cependant être évitée par une décision expresse du conseil d'administration autorisant l'actionnaire concerné à rester dans la société.

En l'espèce, à l'occasion du départ à la retraite d'un ancien salarié actionnaire de la société, ce dernier s'était vu notifier, sans autre forme de procès, le contenu des statuts et la perte de sa qualité d'actionnaire. Après que le conseil d'administration de la société lui a eu refusé l'autorisation de conserver ses titres, le jeune retraité a alors décidé d'agir en justice pour contester la licéité de la clause statutaire l'ayant dépossédé de ses actions. Ses demandes incluaient, à titre principal, l'annulation de la délibération du conseil d'administration, le rétablissement dans ses droits ainsi que la restitution de ses titres et, à titre subsidiaire, la

³⁰⁶ Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, préc.

³⁰⁷ Cass. Soc., 9 mars 2017, n° 15-14.416.

³⁰⁸ CA Versailles, ch. 12, 24 mai 2016, n° 14/03646, Dr. sociétés 2016, comm. 161, note R. Mortier, préc.

³⁰⁹ B. Dondero, *L'actionnaire précaire, et l'éviction qui n'est pas une exclusion*, BJS n°12, 2 déc. 2015, p. 629.

désignation d'un expert afin que soient évalués ses préjudices. Débouté de ses demandes par la Cour d'appel de Versailles³¹⁰, l'actionnaire exclu a alors formé un pourvoi devant la chambre commerciale de la Cour de cassation.

67. Solution. La Haute juridiction a cependant confirmé la solution retenue par la Cour d'appel, en considérant que cette dernière « retient, par motifs propres et adoptés, que M. X ne pouvait ignorer la précarité de sa qualité d'actionnaire et avait, en conséquence, accepté le principe de son éviction à son départ de la société ». En effet, « en devenant actionnaire de la société Socotec, M. X s'est engagé à respecter la règle selon laquelle la propriété des actions de cette société est indissociable de la qualité de salarié ».

Si cette formulation est intéressante en ce qu'elle rappelle le principe de la force obligatoire du contrat³¹¹, la partie des motifs qui nous intéresse le plus est celle qui approuve la Cour d'appel d'avoir retenu « que cette éviction, qui présente un caractère automatique, ne peut être confondue avec la clause d'exclusion telle qu'elle est prévue à l'article 15-III [des statuts] ». Une autre clause statutaire prévoyait en effet une exclusion, non automatique, de l'actionnaire pour d'autres motifs. Enfin, au sujet de la possibilité conférée par les statuts au conseil d'administration d'autoriser ou non le maintien de l'ancien salarié dans le capital, la Cour a estimé que cela ne constituait pas pour cet organe un « pouvoir discrétionnaire d'exclusion, mais seulement la faculté d'autoriser, s'il le juge opportun, un salarié actionnaire à demeurer actionnaire lorsqu'il quitte la société ».

L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation ayant confirmé cette solution en 2017 était une nouvelle fois inédit. Les faits d'espèce, quasiment identiques, mettaient aux prises la même société et un autre de ses anciens actionnaires salariés³¹². On notera que ce qu'il faut désormais appeler « clauses d'éviction » avait déjà été admis en jurisprudence, sans pour autant qu'une dénomination particulière ni un régime distinct de l'exclusion n'aient lieu d'être appliqués³¹³.

68. Distinction globale. L'existence, en l'espèce, de deux clauses statutaires distinctes organisant la sortie de l'actionnariat, semble avoir incité les magistrats du Quai de l'Horloge à distinguer les clauses d'exclusion des clauses d'éviction³¹⁴. Il apparaît donc, à la lecture de l'arrêt, que les deux critères majeurs de distinction entre les deux types de clauses soient le caractère automatique de la sortie de l'actionnariat, et l'objectivité des motifs. Une clause d'éviction se définirait alors comme une stipulation statutaire prévoyant la sortie immédiate du capital d'un associé ou actionnaire dès la réalisation d'un événement objectif donné, alors qu'une clause d'exclusion, en plus de devoir respecter un certain formalisme

³¹⁰ CA Versailles, 14 janv. 2014.

³¹¹ C. Civ., art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

³¹² Cass. Soc., 9 mars 2017, n° 15-14.416, préc.

³¹³ Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, BJS 2005, p. 995, obs. P. Le Cannu, préc. ; Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855, Dr. sociétés 2012, comm. 77, note H. Hovasse.

³¹⁴ B. Dondero, *L'actionnaire précaire, et l'éviction qui n'est pas une exclusion*, art. cit.

processuel, serait fondée sur une appréciation plus subjective du comportement de l'associé³¹⁵. La doctrine, avant même la publication des deux arrêts susvisés, distinguait déjà l'« élimination » et l'« exclusion » d'un associé³¹⁶, l'« exclusion-sauvegarde » et l'« exclusion-sanction »³¹⁷, ou encore « l'exclusion régularisation » et l'« exclusion sanction »³¹⁸.

69. Distinction point par point. – Automaticité. Selon les mots de la Cour d'appel de Versailles approuvés par la Cour de cassation, « [la clause d']éviction, qui présente un caractère automatique, ne peut être confondue avec la clause d'exclusion [...] ». On a pu observer que dans le cas d'espèce, était dévolue au conseil d'administration de la SA « la faculté d'autoriser, s'il le juge opportun, un salarié actionnaire à demeurer actionnaire lorsqu'il quitte la société ». Partant, le caractère automatique de l'éviction ne semble pas aussi évident qu'il en a l'air dans la mesure où cette faculté du conseil d'administration semble pouvoir y faire échec³¹⁹. En effet, que se passe-t-il dans le laps de temps situé entre la perte de qualité de salarié et la décision du conseil d'administration ? Le salarié perd-il sa qualité pour éventuellement la récupérer en cas de décision favorable du conseil d'administration, ou bien la garde-t-il jusqu'à ce que le conseil d'administration confirme son éviction ? Dans la seconde hypothèse, toute automaticité semble avoir disparu, et la clause redevient une clause d'exclusion des plus classiques³²⁰, comme le relève le professeur Bruno Dondero³²¹. Or, la rédaction de la clause, en l'espèce, laisse à penser que la seconde hypothèse est la bonne³²².

Cette critique étant à notre avis fort bien fondée, il aurait pu être plus pertinent, pour la Cour de cassation, de ne pas retenir en l'espèce la qualification de clause d'éviction, dès lors que la stipulation litigieuse ne revêtait pas véritablement de caractère automatique, et de cantonner cette qualification aux clauses privant réellement de manière automatique un associé de cette qualité. Selon nous, seule une telle clause peut remplir le critère d'automaticité, semble-t-il propre aux stipulations statutaires d'éviction.

– **Objectivité des motifs.** L'éviction étant fondée sur un événement objectif, elle ne nécessiterait pas l'exercice du pouvoir décisionnel d'un quelconque organe social compétent

³¹⁵ J.-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, Rev. sociétés 2016, p. 228, n°2.

³¹⁶ F.-X. Lucas, *Qualification d'exclusion du rachat forcé des droits sociaux d'un associé salarié licencié*, BJS 2012, p. 538, cité in Ibid, note de bas de page n°6.

³¹⁷ P. Mousseron, *Les conventions sociétaires*, op. cit., spéc. n° 386 s., cité in J.-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, art. cit., note de bas de page n°6.

³¹⁸ Y. Guyon, *Les sociétés*, LGDJ, 5^e éd., spéc. n° 49, cité in J.-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, art. cit., note de bas de page n°6.

³¹⁹ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, op. cit., n°886.

³²⁰ Notons alors que si la stipulation devait revêtir la qualification de clause d'exclusion, elle serait invalide ne serait-ce que dans la mesure où le prononcé de l'exclusion reviendrait ultimement au conseil d'administration qui, quoi que la Cour de cassation en dise, dispose selon nous d'un véritable pouvoir discrétionnaire de décision quant à la conservation ou non des anciens salariés dans l'actionnariat. Or, l'exclusion ne peut pas être arbitraire dès lors que les droits de la défense de l'associé exclu doivent être respectés.

³²¹ B. Dondero, *L'actionnaire précaire, et l'éviction qui n'est pas une exclusion*, art. cit.

³²² Aux termes de ladite clause, « le conseil d'administration, s'il le juge opportun, pourra permettre à l'actionnaire cessant définitivement son activité professionnelle, de **conserver** sa qualité d'actionnaire ». Il n'est nullement question de regagner une qualité perdue.

pour apprécier la situation de l'associé visé par la mesure³²³. La survenance d'une telle décision serait alors propre à l'exclusion, laquelle nécessiterait une appréciation plus ou moins subjective et potentiellement arbitraire³²⁴ impliquant notamment l'application du principe du contradictoire de sorte à garantir l'équité de ladite décision. Le professeur Yann Paclot, qui considère que le critère d'automatisme n'est pas rempli dans l'espèce des arrêts référencés, refuse de parler de clause d'éviction et qualifie la stipulation litigieuse de « clause d'exclusion de plein droit »³²⁵. Cette qualification semble plus appropriée au cas d'espèce : la clause d'exclusion de plein droit serait alors une stipulation statutaire basée sur un motif tout à fait objectif, mais dont la mise en œuvre ne serait pas automatique.

De nombreux motifs semblent pouvoir donner lieu à une éviction, ou une « exclusion de plein droit » : le dépassement d'un certain âge, l'ouverture d'une procédure collective, la perte d'une autorisation administrative, le changement de contrôle d'un associé personne morale... Systématiquement, ces événements sont très objectifs et leur réalité semble indiscutable. Il est cependant nécessaire que les motifs soient aussi précis que possible afin que la clause puisse être efficace, et de surcroît, valide. Par exemple, si l'on ne précise pas ce que l'on entend par « changement de contrôle » d'un associé personne morale, la réalité dudit changement peut éventuellement être discutée. Or, si une discussion est possible, il s'agit d'une clause d'exclusion, et le principe du contradictoire, notamment, doit être respecté. Nous estimons donc que pour rendre pertinente la distinction entre exclusion et éviction, cette dernière doit être fondée sur un motif à la fois objectif et totalement indiscutable, afin de ne laisser aucune marge de manœuvre à un quelconque abus.

Il existe une théorie selon laquelle les statuts d'une société, en prévoyant des cas « d'éviction », déterminent en réalité des conditions ou éléments essentiels au maintien d'un associé dans la société³²⁶. Dès lors, mettre en œuvre une clause d'éviction reviendrait à constater, simplement, qu'un associé ne remplit plus lesdites conditions. Cela n'est pas sans rappeler la nature avant tout contractuelle de la société. La solution retenue par la Cour de cassation y fait d'ailleurs écho en retenant que « M. X s'est engagé à respecter la règle selon laquelle la propriété des actions de cette société est indissociable de la qualité de salarié ».

Que l'on parle de clause d'éviction ou de clause d'exclusion de plein droit, l'enjeu principal reste la distinction du régime juridique de l'un et de l'autre.

– **Régime juridique.** Il semblerait qu'il ne soit pas nécessaire, pour mettre en œuvre une clause d'éviction, d'appliquer le régime juridique de l'exclusion. Avant même la publication des deux arrêts consacrant l'existence et la validité des clauses d'éviction, la

³²³ A. Rabreau *in Sociétés et groupements*, D. 2016, p. 2365, II. B.

³²⁴ J.-M. Moulin, *L'éviction statutaire d'un actionnaire ne saurait être confondue avec une procédure d'exclusion*, Gaz. Pal. n°19, 24 mai 2016, p. 63.

³²⁵ Y. Paclot, *Validation judiciaire de la clause statutaire d'exclusion de plein droit*, JCP E n°23, 9 juin 2016, 1341.

³²⁶ V. J.-M. Moulin, *L'éviction statutaire d'un actionnaire ne saurait être confondue avec une procédure d'exclusion*, art. cit. ; et J.-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, art. cit., n°3.

question de l'application du principe du contradictoire à une clause de cession forcée liant la qualité de salarié à celle d'associé avait été discutée par la doctrine, à l'occasion d'un arrêt de 2012³²⁷. Il avait en effet été jugé qu'une telle clause, stipulée dans une société civile, était licite dès lors que le gérant, compétent en l'espèce pour prononcer la cession forcée, avait notifié à l'associé concerné les motifs de sa sortie ainsi que ses modalités³²⁸.

La Cour de cassation, à l'occasion des deux arrêts référencés, va plus loin encore en déclarant la clause litigieuse licite sans relever que le principe du contradictoire n'avait pas été respecté. Dès lors, aucune procédure, aucun « mini-procès »³²⁹ n'est nécessaire pour que la clause d'éviction soit licite. Cela peut se comprendre dans la mesure où il n'y a pas lieu de discuter ce qui est indiscutable. On retiendra la belle formule du professeur Henri Hovasse qui, au sujet de l'arrêt du 20 mars 2012, estimait déjà que « le temps est trop précieux pour être perdu à discuter des évidences »³³⁰. Suite à la publication de l'arrêt du 29 septembre 2015, d'autres auteurs se sont ralliés à ce postulat³³¹. Insistons bien sur le fait que l'actionnaire exclu n'a fait l'objet d'aucune forme de procès suite à la perte de sa qualité de salarié ; si la Cour de cassation a consacré à deux reprises la licéité d'un procédé aussi expéditif, il faut en déduire que l'éviction, nouvellement consacrée, n'obéit pas aux mêmes règles que l'exclusion.

Si l'éviction fait incontestablement l'objet d'un traitement juridique allégé en comparaison de celui de l'exclusion, on rappellera néanmoins que la licéité de ces deux formes de sortie du capital pourra être contrôlée par un juge. Plus spécifiquement, ce dernier pourra vérifier si la clause a été régulièrement insérée dans les statuts, si elle n'est pas discriminatoire, et si l'évènement, objectif ou subjectif, donnant lieu à la sortie de l'associé est avéré³³². Un autre auteur relève que la conformité à l'intérêt social et l'existence d'une contrepartie pécuniaire réelle à la cession forcée pourront également être contrôlés³³³. On constate donc que les clauses d'éviction ne court-circuitent qu'une partie du régime juridique des clauses d'éviction, et non l'intégralité de celui-ci.

70. Portée de la distinction. Avant de nous lancer dans l'analyse de l'opportunité de la distinction opérée par la Cour de cassation entre exclusion et éviction, la question de la portée de ces décisions doit être clarifiée. Premièrement, les deux décisions Socotec ne sont pas des arrêts de principe : comme le relève le professeur Dorothée Gallois-Cochet, « leur motivation est dépourvue d'énoncé de principe, factuelle, et s'appuie largement sur les

³²⁷ Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855, Dr. sociétés 2012, comm. 77, note H. Hovasse, préc.

³²⁸ V. Ibid.

³²⁹ R. Mortier, *Ne pas confondre exclusion et éviction de l'associé*, Dr. sociétés n°3, mars 2016, comm. 43.

³³⁰ H. Hovasse, *Exclusion d'un associé d'une société civile pour perte d'une qualité objective*, Dr. sociétés n°5, mai 2012, comm. 77.

³³¹ V. not. J.-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, art. cit., n°4 ; R. Mortier, *Ne pas confondre exclusion et éviction de l'associé*, art. cit. ; et D. Gallois-Cochet, *Clause d'éviction et clause d'exclusion : faut-il distinguer ?*, Gaz. Pal. n°32, 25 sept. 2018, p. 50, n°5.

³³² Y. Paclot, *Validation judiciaire de la clause statutaire d'exclusion de plein droit*, art. cit.

³³³ J.-J. Ansault, *Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle*, art. cit.

constatations des juges du fond »³³⁴. Il est vrai que la Haute juridiction ne fait qu'approuver la Cour d'appel de Versailles dans son raisonnement, sans le reprendre réellement à son compte : il ne s'agit là que de « la technique de rédaction de ses arrêts »³³⁵. La Cour de cassation n'utilise donc le mot « éviction » que pour citer la Cour d'appel, et se contente par ailleurs de parler de « stipulations statutaires licites »³³⁶. Deuxièmement, rappelons que les deux décisions Socotec sont des arrêts inédits, et n'ont donc pas été publiés au Bulletin de la Cour de cassation. Troisièmement, à l'occasion d'un arrêt de 2019, la Cour unificatrice a eu l'occasion de recourir à la notion de clause d'éviction pour en dégager un élément de régime, relatif à la date de la perte de la qualité d'associé ; pour autant, elle ne l'a pas fait³³⁷, preuve que la consécration pleine et entière de la notion d'éviction n'a pas encore eu lieu.

Si la distinction entre exclusion et éviction ne nous semble pas dénuée de sens, nous regrettons que la Cour de cassation l'ait retenue dans les deux arrêts Socotec, dès lors que la mise en œuvre de la clause litigieuse n'était pas réellement automatique, contrairement à ce qui a pourtant été retenu. Désormais, au-delà des faits de l'espèce, il nous faut interroger l'opportunité d'une telle distinction.

§2 : Opportunité de la distinction

71. Un semblant de clarté. A première vue, la distinction entre clauses d'exclusion et d'éviction semble simple et claire : l'éviction est automatique et objective, alors que l'exclusion est processuelle et plus subjective. Pour autant, dans la pratique, certaines situations peuvent combiner des éléments objectifs et d'autres plus subjectifs, rendant la distinction entre exclusion et éviction relativement poreuse, comme le relève le professeur Jean-Jacques Ansault³³⁸. Par exemple, lorsqu'une clause impose « l'éviction » d'un associé dans une situation de blocage ou de mésententes entre associés, s'agit-il là d'une condition objective ou faut-il apprécier le comportement des autres protagonistes ?³³⁹ La supposée clarté de la distinction dégagée par les arrêts Socotec se trouve battue en brèche.

72. Complexification du droit de l'exclusion. Si une majorité d'auteurs a favorablement accueilli les arrêts Socotec, le professeur Dorothee Gallois-Cochet a, quant à elle, vu d'un œil méfiant la consécration des clauses d'éviction en droit français, d'abord en nuanciant, à juste titre, la portée de cette consécration³⁴⁰, puis en questionnant l'intérêt de la

³³⁴ D. Gallois-Cochet, *Clause d'éviction et clause d'exclusion : faut-il distinguer ?*, art. cit., n°2.

³³⁵ Ibid., n°4.

³³⁶ « La cour d'appel a déduit à bon droit que M. X avait, en application d'une clause statutaire licite, perdu sa qualité d'actionnaire par suite de la perte de la qualité de salarié » (Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, préc.) ; « La cour d'appel [...], a déduit à bon droit que l'intéressé avait, en application d'une clause statutaire licite, perdu sa qualité d'actionnaire par suite de la perte de la qualité de salarié » (Cass. Soc., 9 mars 2017, n° 15-14.416, préc.).

³³⁷ Cass. Com., 13 mars 2019, n° 17-28.504, RTD Com. 2019, p. 419, note J. Moury ; Rev. sociétés 2019, p. 669, note G. Grundeler. Sur la question de la date de la perte de la qualité d'associé en matière d'éviction, v. supra n°s 65 s.

³³⁸ J-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, art. cit., n°5.

³³⁹ Ibid., loc. cit.

³⁴⁰ V. supra n°70.

distinction au vu de la complexité qu'elle pourrait engendrer³⁴¹. Il ressort de ses propos que la notion d'exclusion englobe déjà un certain nombre de choses différentes, et qu'il n'est pas forcément utile d'établir une typologie plus vaste encore. Cependant, la Cour de cassation semble tendre vers une diversification plutôt qu'une unification de la notion d'exclusion, et cette complexification du droit de l'exclusion pourrait porter atteinte à la lisibilité du droit positif.

Les arrêts Socotec soulèvent une question importante : les clauses d'exclusion et d'éviction ont-elles une nature distincte l'une de l'autre ? S'il ne fait aucun doute que les deux clauses n'obéissent pas au même régime, la Cour de cassation n'établit pas clairement la nature des clauses d'éviction. Etant donné que la portée de ces jurisprudences n'est pas absolue, on peut légitimement douter que l'éviction revête une nature différente de l'exclusion³⁴². Mais à l'avenir, serait-il opportun que la Cour de cassation poursuive dans cette voie-là en consacrant une clause d'éviction totalement distincte de la clause d'exclusion ? A l'instar du professeur Dorothee Gallois-Cochet, nous ne sommes pas favorables à ce que les deux types de clauses revêtent des natures différentes, la véritable valeur ajoutée des arrêts Socotec consistant, selon nous, en la non-application du régime juridique classique de l'exclusion aux clauses dites « d'éviction ».

73. Précarité de l'associé évincé. Selon la formulation employée par la Cour d'appel de Versailles et approuvée par la Cour de cassation dans le premier arrêt Socotec, « M. X ne pouvait ignorer la précarité de sa qualité d'actionnaire [...] ». L'emploi du terme « précarité » a fait froncer les sourcils de certains auteurs³⁴³ : le droit de propriété que détient l'associé ou l'actionnaire sur ses titres sociaux ne saurait être qualifié de précaire ! Y aurait-il matière à considérer que la Cour de cassation est allée un peu trop loin en permettant à une société de se débarrasser aussi facilement de l'un de ses membres ? Ce qui est certain, c'est que le terme « précarité » a été quelque peu dévoyé, car comme le relève le professeur Yann Paclot, l'emploi d'un tel terme présuppose « que l'octroi d'une telle qualité [celle d'actionnaire] pourrait être révoqué par celui qui l'aurait accordée »³⁴⁴. Or, ce n'est pas le cas en l'espèce.

Les deux décisions Socotec rendent-elles alors la situation de l'associé plus fragile qu'elle ne l'était ? Certes, elles permettent à l'organe social compétent pour prononcer la sortie du capital d'un associé ou actionnaire d'outrepasser le principe du contradictoire dès lors que les motifs donnant lieu à cette mesure sont suffisamment objectifs – et indiscutables, selon notre propre terminologie³⁴⁵. Cependant, à quoi pourrait bien servir le principe du

³⁴¹ D. Gallois-Cochet, *Clause d'éviction et clause d'exclusion : faut-il distinguer ?*, art. cit., n°s 6 à 8.

³⁴² Ibid., n°s 5 et 7.

³⁴³ V. not. B. Dondero, *L'actionnaire précaire, et l'éviction qui n'est pas une exclusion*, art. cit. ; et J.-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, art. cit., n°1.

³⁴⁴ Y. Paclot, *Validation judiciaire de la clause statutaire d'exclusion de plein droit*, art. cit. ; V. aussi G. Cornu, op. cit., v. Précarité.

³⁴⁵ V. supra n°69.

contradictoire à un associé dont la sortie du capital ne trouve son fondement que dans la constatation d'une situation objective ? Comme le martèle la Cour de cassation, l'ancien actionnaire ayant perdu cette qualité savait, lors de son entrée dans le capital, ce qui se passerait lorsqu'il perdrait la qualité de salarié. Dès lors, nous ne saurions nous émouvoir du fait que les mêmes droits ne soient pas garantis à un associé exclu et à un associé « évincé ». Ce qui doit nous inquiéter, en revanche, est l'éventualité que de véritables clauses d'exclusion, en pratique, soient « déguisées » en clauses d'éviction, afin justement de contourner le régime de l'exclusion³⁴⁶.

74. Champ de la notion d'éviction. A bien des égards, les arrêts Socotec sont intéressants, mais imparfaits. Un point, en particulier, de ces arrêts retient notre attention : la faculté laissée au conseil d'administration de décider si un ancien salarié actionnaire pourra conserver sa qualité d'actionnaire malgré la perte de sa qualité de salarié. Cette faculté peut s'analyser en une faculté de « repêchage » de l'actionnaire déchu.

Revenons quelques instants sur la notion d'éviction, telle que nous la concevons³⁴⁷ : celle-ci doit être totalement automatique et fondée sur un événement objectif et absolument indiscutable. Nous concevons donc l'éviction de manière restrictive, afin d'empêcher qu'un quelconque abus de cette notion ne puisse survenir.

Concernant la faculté de repêchage dévolue au conseil d'administration dans la société Socotec, en plus de retirer toute automaticité au mécanisme d'éviction prévu par les statuts, elle confère à son détenteur le pouvoir d'inférer sur le sort de l'actionnaire évincé. Autrement dit, ce n'est pas réellement la perte de sa qualité de salarié qui permet d'évincer l'actionnaire, mais bel et bien la décision, pour le moins discrétionnaire, du conseil d'administration, de ne pas l'autoriser à conserver ses titres. Ainsi, le rôle prétendument mineur du conseil d'administration, en l'espèce, peut en réalité tout changer. L'exercice de cette faculté de repêchage pourrait même faire l'objet d'un chantage, ou d'une mesure de rétorsion³⁴⁸. Cette supposition n'est pas anodine lorsque l'on sait que dans le cas d'espèce ayant donné lieu au premier arrêt Socotec, l'ancien actionnaire évincé poursuivait, par ailleurs, la société devant les juridictions prud'homales³⁴⁹.

Nous regrettons donc que le champ de la notion d'éviction ne soit pas plus restreint. En effet, les arrêts Socotec ont pour conséquence d'autoriser, en pratique – jusqu'à un éventuel revirement de jurisprudence bien sûr –, les rédacteurs de clauses statutaires d'éviction à accorder à un organe de la société un pouvoir discrétionnaire de nature à lui permettre de repêcher un associé ayant perdu cette qualité en raison d'un motif objectif, et donc de décider, *in fine*, de l'éviction de celui-ci.

³⁴⁶ J-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, art. cit., n°5.

³⁴⁷ V. supra n°69.

³⁴⁸ J-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, art. cit., n°5.

³⁴⁹ Ibid., loc. cit.

Chapitre II – Les formes extrastatutaires d'exclusion

75. *Intuitu personae.* Les statuts d'une société se définissent comme « l'acte qui matérialise le contrat de société et qui en précise les caractéristiques ainsi que les règles de fonctionnement »³⁵⁰. Cependant, l'acte statutaire n'est pas la seule convention susceptible de régir les relations entre associés ou actionnaires. Ainsi, un pacte extrastatutaire d'associés ou d'actionnaires peut apporter une touche supplémentaire d'*intuitu personae* aux relations entretenues par les associés. Il arrive également parfois que le contrat de société ne soit qu'une convention accessoire au contrat principal, comme dans le secteur de la distribution, en cas de conclusion d'un contrat-cadre tel qu'un contrat de franchise par exemple.

76. Contrats distincts du pacte social. On s'interrogera sur la validité de l'exclusion d'origine contractuelle lorsqu'elle est stipulée dans un pacte extrastatutaire d'associés d'une part (Section 1), et lorsqu'elle n'est pas explicitement prévue par une convention d'autre part (Section 2).

Section 1 : L'exclusion stipulée dans un pacte extrastatutaire d'associés

77. Pactes d'associés ou d'actionnaires. Les pactes d'associés ou d'actionnaires se définissent comme « les conventions extrastatutaires destinées à régler, parfois pour une longue période, le contrôle de la conduite des affaires et de la composition du capital de la société », et peuvent être conclus par l'ensemble des associés ou actionnaires, ou, plus fréquemment, certains d'entre eux³⁵¹. Ces contrats sont de plus en plus prisés dans l'ingénierie sociétaire ; le législateur leur donne d'ailleurs une place de plus en plus importante. Par exemple, depuis 2014, ces pactes peuvent prévoir la méthode de valorisation des droits sociaux d'un associé qui sera utilisée pour déterminer la valeur de ceux-ci en cas de recours à l'article 1843-4 du Code civil³⁵².

78. Contenu des pactes extrastatutaires d'associés. Si les pactes extrastatutaires d'associés contiennent généralement et valablement des clauses de non-concurrence, d'inaliénabilité, de préemption ou encore de rupture³⁵³, qu'en est-il des clauses qui, explicitement ou non, entraînent l'exclusion d'un associé ? Nous verrons qu'en principe, de telles clauses sont invalides lorsque stipulées dans un pacte d'associés (paragraphe 1), mais qu'il est néanmoins possible qu'une promesse de cession de titres stipulée dans un tel pacte aboutisse à l'exclusion d'un associé (paragraphe 2).

³⁵⁰ B. Dondero et *alii*, op. cit., n° 1600.

³⁵¹ Ibid., n° 69100.

³⁵² Ord. n° 2014-863 du 31 juill. 2014, art. 37 modifiant C. Civ., art 1843-4, al. 2.

³⁵³ B. Dondero et *alii*, op. cit., n° 69105 s.

§1 : Invalidité de principe des conventions extrastatutaires d'exclusion

79. Fondement jurisprudentiel. Le principe de l'invalidité des clauses d'exclusion situées dans un pacte extrastatutaire d'associés prend son origine dans l'arrêt, célèbre bien qu'inédit, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 8 février 1982³⁵⁴. Dans cette affaire que nous avons déjà évoquée³⁵⁵, une clause prévoyant la sortie forcée d'un des actionnaires d'une SA par décision prise à l'unanimité des actionnaires se situait dans un pacte extrastatutaire. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de Paris, cette dernière ayant déclaré la clause inopposable à la société et réputé celle-ci non écrite. Pour confirmer cette solution, la Haute juridiction a constaté que la clause litigieuse avait été stipulée dans une convention « distincte du contrat de société liant par ailleurs les parties », et qu'elle « n'avait pas été signée par un représentant de la société ».

80. Portée. Les interprétations doctrinales quant à la portée de cet arrêt ont largement divergé. Si une partie de la doctrine déduit tout simplement de cet arrêt l'invalidité de principe des clauses extrastatutaires d'exclusion³⁵⁶, pour d'autres auteurs les choses sont plus complexes. Selon le professeur Bruno Dondero, l'arrêt du 8 février 1982 se contente en réalité de « rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel »³⁵⁷, lequel avait jugé que la clause d'exclusion contenue dans un pacte extrastatutaire, en l'espèce, « n'était pas opposable à la société et devait à l'égard de celle-ci être réputée non écrite ». Selon d'autres auteurs, interpréter cet arrêt est « malaisé » en ce que la solution aurait été rendue en l'espèce « parce que la convention [extrastatutaire d'exclusion] avait vocation à se substituer aux statuts concernant l'ensemble des actionnaires »³⁵⁸. Ainsi, *a contrario*, dès lors que le contenu d'un pacte extrastatutaire n'a pas vocation à se substituer aux statuts, il pourrait être valide.

S'il est plus qu'évident que le contenu d'un pacte extrastatutaire doit respecter la loi, il semble également ne pas devoir empiéter sur les statuts. Les stipulations extrastatutaires semblent ainsi subir « l'influence plus ou moins forte des statuts »³⁵⁹. Mais à quel point ?

81. Pacte extrastatutaire incluant tous les associés. Dans une affaire portée jusque devant la Cour d'appel de Paris en 1983³⁶⁰, le « règlement intérieur » d'un groupement d'achat, signé par l'ensemble des membres de ce dernier, contenait une clause d'exclusion. L'un des associés du groupement dont l'exclusion avait été prononcée par l'assemblée

³⁵⁴ Cass. Com., 8 févr. 1982, BJS 1982, p. 970, préc.

³⁵⁵ V. supra n°63.

³⁵⁶ V. not. R. Besnard Goudet, *Clauses statutaires d'agrément, de préemption et d'exclusion dans les cessions d'actions*, Fasc. 1792, JCl. Banque – Crédit – Bourse, 17 avr. 2017 (màj. 30 nov. 2018), n°62 ; J.-J. Daigre et *alii*, *Clauses d'exclusion dans les sociétés anonymes non cotées. – Commentaires*, Fasc. P-240, JCl. Notarial Formulaire, 7 avr. 2016 (màj. 20 juin 2017), n°11 ; J.-J. Daigre, *La perte de la qualité d'actionnaire*, art. cit.

³⁵⁷ B. Dondero, *Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations*, BJS n°3, 1^{er} mars 2008, p. 245, note 10.

³⁵⁸ S. Dariosecq et N. Metais, *Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés*, BJS n°9, 1^{er} sept. 1998, p. 908.

³⁵⁹ Y. Guyon, *Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 1993, éd. L.G.D.J., n° 198, cité in G. Durand-Lepine, art. cit.

³⁶⁰ CA Paris, ch. A, 21 déc. 1983.

générale en vertu de cette clause extrastatutaire a alors agi en annulation contre cette résolution. Les juges du fond ont fait droit à sa demande, la Cour d'appel de Paris considérant que « la décision de l'assemblée générale était entachée de nullité comme contraire au principe d'ordre public de l'égalité des associés qui s'opposait à ce que l'un d'entre eux puisse être exclu du profit en vue duquel la société a été constituée ». Pour énoncer cette solution, la Cour d'appel a relevé que le règlement intérieur tendait à se substituer aux statuts. Or, en l'espèce, les statuts ne prévoyaient pas de clause d'exclusion. Une telle clause devrait ainsi « s'analyser comme une clause essentielle, de la seule compétence des statuts »³⁶¹.

Le professeur Jean-Marc Moulin estime en ce sens que seule la société peut détenir le pouvoir de retirer la qualité d'associé à l'un de ses membres, et qu'« il ne pourrait, le cas échéant, en aller autrement, que si la société, par l'intermédiaire de son représentant légal, participait à un tel pacte qui, par ailleurs, devrait satisfaire à l'ensemble des conditions de validité exigées par la jurisprudence »³⁶². Si cela semble possible en théorie, nous doutons qu'une société ait en pratique un quelconque intérêt à s'engager dans une telle convention indépendante des statuts. Les représentants de la société préféreront localiser la clause d'exclusion dans les statuts, ou le cas échéant procéder par renvoi des statuts à un pacte extrastatutaire distinct. Dans tous les cas, un lien devra exister entre les deux.

La compétence unique des statuts en matière d'exclusion nous semble amplement justifiée. Admettons qu'une clause d'exclusion extrastatutaire ratifiée par l'ensemble des associés soit valide, et que l'associé exclu refuse de l'exécuter ; dès lors, comment la mettre en œuvre ? D'une part, la clause serait inopposable à la société en vertu du principe de l'effet relatif des contrats³⁶³. D'autre part, la question de la sanction de cette inexécution se poserait : avant la réforme du droit des contrats intervenue en 2016³⁶⁴, l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire se résolvait uniquement en dommages et intérêts³⁶⁵. Désormais on pourrait imaginer une exécution forcée en nature³⁶⁶, mais la question n'a pas lieu d'être.

Il faut donc déduire de cet arrêt qu'une clause d'exclusion contenue dans un pacte extrastatutaire conclu par l'ensemble des associés a pour vocation de se substituer aux statuts, et par conséquent est invalide. *A contrario*, un tel pacte n'incluant pas l'ensemble des associés n'empêcherait pas sur le « domaine réservé » des statuts.

82. Théorie du « domaine réservé » des statuts. Selon le professeur Jean-Patrice Strock, la clause d'exclusion fait partie du « domaine réservé des statuts », lequel comprend « des hypothèses non visées par la loi lorsque la clause, affectant le fonctionnement de la

³⁶¹ G. Durand-Lepine, art. cit.

³⁶² J.-M. Moulin, *Sociétés anonymes. – Pactes d'actionnaires*, Fasc. 1486, JCl. Commercial, 16 févr. 2018, n°59.

³⁶³ C. Civ., art. 1199.

³⁶⁴ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³⁶⁵ C. Civ. anc., art. 1142.

³⁶⁶ C. Civ., art. 1221.

société, [est] essentielle »³⁶⁷. A l'instar de la distinction entre les domaines de la loi et du règlement³⁶⁸, il existerait également une distinction entre le domaine des statuts et le domaine des pactes extrastatutaires. Une « hiérarchie des dispositions réglementant le fonctionnement des sociétés » serait alors en vigueur³⁶⁹. Plusieurs auteurs, par leurs propres termes, rejoignent cette analyse : selon le professeur Hervé Le Nabasque, la « qualité d'associé est née, pour chaque associé signataire, du contrat de société : en conséquence, il est exclu qu'un pacte d'actionnaires, distinct du contrat de société, puisse avoir pour objet de retirer cette qualité à l'un de ses signataires »³⁷⁰. Le professeur Jean-Jacques Daigre estime quant à lui que même en voyant dans les clauses extrastatutaires d'exclusion une stipulation pour autrui, « elles ne peuvent avoir d'effet sur le fonctionnement interne des organes sociaux, seuls les statuts ayant compétence à cet effet »³⁷¹, et nous pourrions en citer encore³⁷².

C'est dans ce sens que semblent aller la Cour de cassation dans son arrêt du 8 février 1982 et la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 21 décembre 1983.

83. « Flou juridique ». Aujourd'hui encore, un certain « flou juridique » semble continuer à régner en matière d'exclusion extrastatutaire, essentiellement en raison du faible nombre d'affaires de ce genre portées devant les juridictions³⁷³. On s'attardera sur une affaire portée devant la chambre commerciale de la Cour de cassation en 1998³⁷⁴ dans laquelle l'exclusion d'un associé de SARL³⁷⁵ avait été prononcée en vertu d'une disposition du règlement intérieur de ladite société. Derrière cette appellation de « règlement intérieur » se dissimulait un pacte extrastatutaire auquel les statuts de la société conféraient expressément force obligatoire. La Cour unificatrice, malgré le caractère extrastatutaire de la stipulation litigieuse, a confirmé dans un arrêt inédit la décision de la Cour d'appel de Montpellier ayant validé l'exclusion de l'associé prononcée en vertu du règlement intérieur.

La clause d'exclusion située en dehors des statuts mais avalisée par ces derniers semble, à la lecture de cet arrêt, parfaitement valide. Mieux encore, la Cour de cassation, comme a pu le relever le professeur Paul Le Cannu, a intégré au « pacte social » – expression largement usitée en doctrine et en jurisprudence – le règlement intérieur de la société dès lors que celui-ci était visé par les statuts³⁷⁶. Cependant, « il serait plus difficile d'avaliser un règlement intérieur qui poserait lui-même, seul, le principe de l'exclusion des associés » selon

³⁶⁷ J-P. Storck, *La validité des conventions extra-statutaires*, D. 1989, chron. p. 287.

³⁶⁸ Const., art. 34 et 37.

³⁶⁹ J-P. Storck, art. cit. Ce concept a largement été repris par d'autres auteurs, v. G. Durand-Lepine, art. cit., qui estime que les pactes extrastatutaires sont « par essence infra-statutaires ».

³⁷⁰ H. Le Nabasque, P. Dunaud et P. Elsen, *Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires*, Act. prat. et Ing. Sociétaire, oct. 1992, n°52.

³⁷¹ J-J. Daigre, *La perte de la qualité d'actionnaire*, art. cit.

³⁷² V. not. J-M. Moulin, *Sociétés anonymes. – Pactes d'actionnaires*, op. cit., loc. cit. ; G. Durand-Lepine, art. cit.

³⁷³ S. Schiller, op. cit., n°147.

³⁷⁴ Cass. Com., 20 oct. 1998, n° 96-20.819.

³⁷⁵ Il s'agissait plus précisément d'une société d'intérêt collectif agricole (SICA) ayant pris la forme d'une SARL.

³⁷⁶ P. Le Cannu, *Périmètre du « pacte social » et règlement intérieur*, BJS n°3, 1^{er} mars 1999, p. 381.

le même auteur³⁷⁷, et nous rejoignons cette analyse. Nous considérons que la clause d'exclusion, en l'espèce, doit sa validité au fait que les statuts lui conféraient force obligatoire. De plus, avec plusieurs années de recul cette décision semble « isolée », d'autant plus qu'elle n'a pas été publiée au Bulletin³⁷⁸. La portée de cet arrêt est donc limitée ; celui-ci nous permet tout au moins d'envisager l'hypothèse dans laquelle les statuts renverraient à un pacte extrastatutaire.

84. Conclusion. – Clarification. Les conventions extrastatutaires d'exclusion demeurent en principe, selon nous, invalides et inopposables à la société lorsqu'elles engagent l'ensemble des associés. En effet, de telles conventions seraient susceptibles d'empiéter sur la compétence des statuts, et cela n'est nullement envisageable. A titre d'exceptions, une convention de ce type peut éventuellement être valide si le représentant de la société l'a ratifiée ou si les statuts lui confèrent force obligatoire. Cependant, ces hypothèses demeurent marginales et la Cour de cassation n'a toujours pas tranché en haut lieu sur ces questions.

Nous considérons donc qu'au vu de cette incertitude, il demeure plus prudent pour les rédacteurs de pactes extrastatutaires incluant l'ensemble des associés de ne pas y inclure de clauses d'exclusion. En revanche, il est semble-t-il tout à fait possible pour les rédacteurs de pactes extrastatutaires incluant une partie des associés seulement, de stipuler des clauses ayant pour conséquence d'aboutir à l'exclusion d'un associé.

§2: Validité des promesses de cession de titres contenues dans un pacte extrastatutaire

85. Technique contractuelle. L'invalidité de principe des clauses extrastatutaires d'exclusion connaît une myriade d'exceptions. En effet, comme nous avons pu l'entrevoir, un pacte extrastatutaire n'engageant pas l'ensemble des associés semble valablement pouvoir prévoir l'exclusion d'un des signataires. La technique contractuelle vient au renfort de cette pratique, puisque c'est essentiellement par le truchement de promesses de cession de titres contenues dans des pactes extrastatutaires que les associés peuvent décider à l'avance de l'exclusion de certains d'entre eux. Comme le relève le professeur Jean-Jacques Daigre, « l'exclusion ou le retrait résultant de la mise en œuvre d'une promesse unilatérale de vente ou d'achat ne forment pas une véritable exclusion ni un véritable retrait, mais n'en sont que la conséquence mécanique »³⁷⁹. Il y a donc une différence de nature entre la clause d'exclusion et les différents types de promesses. Or, cela ne doit pas masquer le fait que les associés qui concluent des promesses entre eux poursuivent bien souvent une finalité d'exclusion ou de

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ S. Schiller, op. cit., loc. cit.

³⁷⁹ J.-J. Daigre, *La perte de la qualité d'actionnaire*, art. cit.

retrait, dans une sorte de « clause shopping » leur permettant d'échapper à l'application du régime soit du retrait, soit de l'exclusion, avec bien sûr un risque de requalification³⁸⁰.

La pratique nous enseigne que les pactes extrastatutaires sont les conventions les plus utilisées pour prévoir l'exclusion d'un associé, devant les statuts³⁸¹. Cela s'explique, pour partie, par le fait que le pacte est confidentiel alors que les statuts ne le sont pas ; de plus, certains praticiens trouvent cela plus naturel de prévoir l'exclusion d'un associé dans un pacte, qui a vocation à régir les relations entre associés, plutôt que dans des statuts, qui régissent le fonctionnement de la société³⁸².

On envisagera donc présentement les différents types de promesses de cession de titres pouvant avoir pour conséquence, notamment, d'exclure un associé, et le régime particulier y attaché.

86. Promesses unilatérales. – Généralités. A l'occasion de la réforme du droit des obligations intervenue en 2016³⁸³, le régime de la promesse unilatérale a été codifié à l'article 1124 du Code Civil. Celui-ci dispose que « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ». Ce texte précise également dans ses deux derniers alinéas que « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis », et que « Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

L'adoption de cet article, et en particulier de son deuxième alinéa, a permis de mettre fin à une jurisprudence constante, longtemps décriée, qui refusait obstinément au bénéficiaire le droit à la formation du contrat promis en cas de rétractation de la promesse par le bénéficiaire, en ne lui accordant que des dommages et intérêts³⁸⁴. La réforme du droit des obligations a donc par là même accordé une efficacité accrue aux promesses unilatérales.

En matière sociétaire, les promesses unilatérales dont la levée de l'option par le bénéficiaire a pour conséquence d'exclure un associé sont principalement des promesses unilatérales de vente (PUV) de titres sociaux. Celles-ci peuvent contenir ou non une condition suspensive.

³⁸⁰ H. Barbier, *Quand la qualification de promesse de vente permet d'échapper aux nullités du droit des sociétés I*, RTD Civ. 2014, p. 642.

³⁸¹ Entretien avec Me D. Ybert de Fontenelle, 12 févr. 2021.

³⁸² Ibid.

³⁸³ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³⁸⁴ Cass. 3^e civ., 15 déc. 1993 ; Cass. 3^e civ., 11 mai 2011 ; Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526. Notons qu'à l'époque de ces arrêts, l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire se résolvait uniquement en dommages et intérêts (C. Civ. anc., art. 1142).

– **PUV simple.** Lorsqu'une PUV est consentie sans conditions par un associé au profit d'un ou plusieurs autres, ces derniers peuvent lever l'option à tout moment pendant le délai contractuellement prévu pour opter. La levée de l'option par l'un des associés bénéficiaires a alors pour conséquence d'exclure l'associé promettant, rendant la situation de ce dernier extrêmement précaire. L'exclusion qui résulte d'une telle PUV peut alors être qualifiée d'arbitraire. Cependant, dès lors que la PUV respecte les conditions de validité du droit des contrats³⁸⁵, il n'y a aucune raison de l'invalider puisque le régime de l'exclusion n'a pas lieu d'être appliqué.

On peut aisément comprendre que peu d'associés consentiraient à de telles promesses. C'est pourquoi il est bien plus fréquent que les PUV consenties par les associés entre eux soient souscrites avec des conditions suspensives.

– **PUV avec condition suspensive.** Aux termes de l'article 1304 du Code civil, une condition est suspensive « lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple ». Lorsqu'une telle condition est stipulée dans une PUV, la cession des titres sociaux de l'un des associés ne peut avoir lieu tant qu'un évènement X n'a pas eu lieu. Bien souvent, l'évènement X est la cessation des fonctions de l'associé au sein de la société³⁸⁶ si celui-ci est associé ou dirigeant, ou son changement de contrôle si celui-ci est une personne morale. On peut aussi imaginer des PUV consenties par les associés minoritaires d'une société par actions non cotée telle qu'une SAS, reproduisant la procédure de *squeeze-out*³⁸⁷ : dans ce cas-là, l'évènement X est le dépassement d'un certain seuil de détention de capital – par exemple, 90% – par l'un des actionnaires de la société³⁸⁸.

Il faut remarquer que les PUV conclues avec une condition suspensive doivent obéir au régime de l'obligation conditionnelle³⁸⁹. A ce titre, la réforme du droit des obligations a favorisé la conclusion de ce type de promesses. En effet, l'ancien article 1179 du Code civil disposait que « la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté », mais cette rétroactivité n'est plus que facultative désormais, puisqu'aux termes du nouvel article 1304-6 du même Code, « les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat ». En matière de cession de droits sociaux, la rétroactivité de la vente pouvait être problématique, notamment sur la question de la répartition des dividendes. Cela n'est plus un problème désormais puisque les parties peuvent simplement convenir de ne pas faire rétroagir l'accomplissement de la condition suspensive.

³⁸⁵ C. Civ., art. 1128.

³⁸⁶ Cela était le cas notamment dans deux arrêts importants en la matière : Cass. Com., 6 mai 2014, n° 13-17.349, préc. et Cass. Com., 7 juin 2016, n° 14-17.978.

³⁸⁷ Règl. gén. AMF, art. 237-1 et 237-14, v. supra, n°39.

³⁸⁸ M. Germain, P-L. Périn et H. Azarian, op. cit., n°36.

³⁸⁹ C. Civ., art. 1304 s.

Notons également que « l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive »³⁹⁰. Ainsi, dès lors que la condition suspensive est réalisée, le bénéficiaire se trouve investi de son droit d'option et peut exclure l'associé promettant s'il le souhaite. La sortie de l'associé en résultant est semblable à une « éviction », si l'on suit la terminologie jurisprudentielle en vigueur³⁹¹. On verrait mal cependant une faute de l'associé être érigée en condition suspensive : en effet, le caractère subjectif d'un tel évènement ferait tomber la promesse sous le coup du régime de l'exclusion, et obligerait notamment les parties à organiser une procédure contradictoire.

Un arrêt inédit de la chambre commerciale de la Cour de cassation est d'ailleurs venu affirmer en 2014 que l'engagement souscrit par un associé conférant à ses coassociés, aux conditions qu'il prévoit, une option d'achat de ses droits sociaux en cas de cessation de ses fonctions est une PUV et non une clause d'exclusion³⁹². Cet arrêt est important dans la mesure où la pratique des PUV à fins d'exclusion n'avait jusqu'alors « reçu de la part des juges ni désaveu ni reconnaissance clairs », comme le relève le professeur Hugo Barbier³⁹³. Cette décision est notable en ce qu'elle exonère clairement les PUV de l'application du lourd régime de l'exclusion. Cela rend les PUV extrastatutaires extrêmement séduisantes pour les praticiens et en particulier les rédacteurs d'actes.

On peut néanmoins regretter le caractère quelque peu artificiel de la distinction entre promesse et clause d'éviction, cette dernière existant³⁹⁴ avant que la jurisprudence ne lui donne un nom un an après cet arrêt³⁹⁵. En effet, les deux ne se distinguent finalement que par leur localisation et le fait générateur de la cession de droits sociaux y attachée³⁹⁶. La clause d'éviction est statutaire alors que la PUV est extrastatutaire, et le fait générateur de la cession est, dans le cadre d'une clause d'éviction qui se veut automatique, la survenance d'un évènement donné, et dans le cadre d'une PUV, la levée d'une option d'achat³⁹⁷. Cela étant, nous remarquons que sur la question du fait générateur, clause d'éviction et PUV ne sont pas si différentes puisque comme nous l'avons vu, l'éviction n'est pas réellement automatique dès lors qu'elle peut dépendre d'une décision plus ou moins arbitraire d'un organe social³⁹⁸, qui dispose alors d'une « option », à l'instar de l'associé bénéficiaire d'une PUV.

³⁹⁰ C. Civ., art. 1304-6, al. 1.

³⁹¹ V. supra n°s 66 s.

³⁹² Cass. com., 6 mai 2014, n° 13-17.349, Dr. sociétés 2014, comm. 182, note R. Mortier ; RTD Civ. 2014, p. 642, obs. H. Barbier ; JCP E 2014, 1317, note B. Dondero, préc.

³⁹³ H. Barbier, art. cit.

³⁹⁴ V. not. Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855, Dr. sociétés 2012, comm. 77, note H. Hovasse, préc.

³⁹⁵ Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, préc.

³⁹⁶ R. Mortier, *De l'art d'expulser un associé sans encombre*, Dr. sociétés n°12, déc. 2014, p. 182. Le professeur Renaud Mortier ne parlait alors pas de « clause d'éviction » puisque celle-ci n'avait pas été nommée.

³⁹⁷ Nous reprenons le raisonnement du professeur Mortier (Ibid.) en l'actualisant : dans le cadre d'une clause d'éviction, le fait générateur de la cession de droits sociaux n'est pas une décision d'exclusion mais la survenance d'un évènement donné, puisque l'éviction est en théorie automatique.

³⁹⁸ V. supra n°74.

Le cloisonnement opéré entre PUV et clause d'exclusion est cependant pertinent et opportun selon nous, dans la mesure où une procédure d'exclusion ne semble pas plus nécessaire dans le cadre de la levée d'une option d'achat que dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause d'éviction. De plus, une telle « processualisation du droit d'option » serait d'une certaine lourdeur en pratique³⁹⁹. L'exonération de l'application du régime de l'exclusion doit toutefois se cantonner à des promesses dont les conditions suspensives ne visent que des événements objectifs, sans quoi de véritables exclusions arbitraires pourraient avoir lieu, ce qui, en plus d'être fondamentalement inéquitable, créerait un véritable nid à contentieux. Il ne faudrait pas, en effet, que soient déguisées en promesses de véritables sanctions disciplinaires⁴⁰⁰.

– **Promesses unilatérales croisées d'achat et de vente de droits sociaux.** Les promesses unilatérales croisées sont nées de la pratique. Cette technique contractuelle consiste à ce que la PUV concédée par l'associé cédant sur ses titres se double d'une promesse unilatérale d'achat (PUA) formulée par un autre associé sur les mêmes titres, les deux promesses étant le plus souvent stipulées dans les mêmes termes. Cet enchevêtrement contractuel a essentiellement pour finalité de contraindre l'associé « à exclure » à céder ses titres.

Toutefois, vouloir trop en faire est parfois contre-productif, et la jurisprudence, à plusieurs reprises, a requalifié des promesses unilatérales croisées en promesse synallagmatique de vente dès lors qu'elles avaient le même objet et étaient rédigées dans les mêmes termes⁴⁰¹. Or, en matière de cession de droits sociaux, il est inévitable que des promesses croisées aient le même objet et soient rédigées dans les mêmes termes. Si la requalification en promesse synallagmatique semble attentatoire à la volonté des parties⁴⁰², elle peut se comprendre si en pratique, il n'existe pas d'« options réciproques, autorisant chaque contractant, par sa seule volonté, à former unilatéralement le contrat de vente conformément à l'avant-contrat »⁴⁰³. En revanche, selon le professeur Renaud Mortier, si les options sont bien réelles, les promesses croisées ne pourraient pas être requalifiées en une promesse synallagmatique⁴⁰⁴. La qualification juridique des promesses croisées dépendrait alors, suggère un autre auteur, de « la bonne rédaction des actes », dans la mesure où le juge recherche systématiquement la volonté des parties⁴⁰⁵.

³⁹⁹ H. Barbier, art. cit.

⁴⁰⁰ P. Le Cannu, J. Heinich et J. Delvallée, *Société par actions simplifiée*, Rép. soc. Dalloz, oct. 2020, n°224.

⁴⁰¹ Cass. Com., 22 nov. 2005, n° 04-12.183 ; Cass. Com., 30 mai 2012, n° 11-19.594 ; Cass. Com., 27 sept. 2017, n° 16-13.112.

⁴⁰² A. Constantin, *Qualification de promesse synallagmatique appliquée à deux promesses croisées de vente et d'achat d'actions*, JCP E n°11, 16 mars 2006, 1463.

⁴⁰³ R. Mortier, *Inefficacité de la résiliation d'une promesse d'achat à durée indéterminée pendant la période de préavis implicite*, Dr. sociétés n°2, févr. 2018, comm. 20.

⁴⁰⁴ Ibid.

⁴⁰⁵ S. Kouhaiz, *L'autonomie des promesses croisées d'achat et de vente*, Rev. sociétés 2018, p. 27, n°14.

Ce courant jurisprudentiel amène à se demander si la pratique des promesses croisées a un avenir, d'autant plus que la réforme du droit des obligations a modifié le régime de la promesse unilatérale, comme nous le savons, en permettant la réalisation du contrat promis en cas de rétractation de la promesse. Nous pensons que la pratique des promesses unilatérales croisées servait justement à s'assurer que la vente ait bien lieu même en cas de récalcitrance du cédant ; une telle crainte n'a plus vraiment lieu d'être sous l'empire de la réforme de 2016. Dès lors, si les promesses croisées n'ont pas été condamnées selon nous par la jurisprudence, les PUV assorties de conditions suspensives nous semblent plus fiables.

87. Promesse synallagmatique de vente avec condition suspensive. On peut également imaginer la conclusion d'une promesse synallagmatique de vente⁴⁰⁶ avec condition suspensive. Cependant, dans le cadre d'une telle promesse, le bénéficiaire est contraint de contracter dès la réalisation de la condition suspensive⁴⁰⁷. Or, il est possible que l'associé bénéficiaire ne dispose pas des fonds ni de la volonté nécessaires au rachat des titres de son coassocié lors de la réalisation de la condition. Dès lors, une PUV est plus avantageuse pour le bénéficiaire dans la mesure où il peut décider de contracter ou de ne pas contracter.

88. Formes particulières de promesses. – La clause *buy or sell*. Aussi appelée « clause omelette », « clause *shotgun* », « clause texane », « clause américaine » ou encore « clause roulette russe », cette stipulation parfois insérée dans des pactes extrastatutaires d'associés se définit comme celle qui « donne à chacun des actionnaires, dans des cas contractuellement désignés, la faculté de déclencher à première demande un mécanisme dont l'issue – acceptée d'avance par les intéressés – conduira inévitablement à la sortie de l'un ou l'autre du capital de la société »⁴⁰⁸. Dès lors, le déclenchement d'une telle clause par l'un des associés contractants conduit son coassocié cocontractant à devoir soit lui acheter ses titres, soit lui vendre les siens, dans les deux cas à un prix déterminé ou déterminable, de manière à se « séparer en douceur »⁴⁰⁹.

La qualification de la clause *buy or sell* au vu du droit des obligations est relativement incertaine. Si l'on peut y voir des promesses unilatérales croisées voire des pactes de préférence⁴¹⁰, le professeur Bertrand Fages préfère y voir un contrat innommé, *sui generis*⁴¹¹. Quoiqu'il en soit, la clause *buy or sell* n'est pas une clause d'exclusion : c'est ce que la Cour d'appel de Paris a jugé en 2006, estimant qu'une telle clause ne constituant pas une sanction, elle ne pouvait pas être qualifiée de clause d'exclusion⁴¹². La ligne de démarcation tracée ici

⁴⁰⁶ V. C. Civ., art. 1589 s.

⁴⁰⁷ En effet, « la promesse [synallagmatique] de vente vaut vente » (C. Civ., art. 1589 al. 1^{er}) et « l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive » (C. Civ., art. 1304-6 al. 1^{er}).

⁴⁰⁸ B. Fages, *L'efficacité de la clause buy or sell*, RTD. Civ. 2009, p. 525.

⁴⁰⁹ R. Mortier, *Mise en œuvre d'une clause de buy or sell*, JCP E n°27, 5 juill. 2012, 1436.

⁴¹⁰ Le professeur Paul Le Cannu envisage l'analogie entre la clause *buy or sell* et le pacte de préférence, mais rappelle que le prix n'a pas nécessairement à être prédéterminé dans un pacte de préférence : P. Le Cannu, *Validation de la clause buy or sell, et durée des pactes d'actionnaires*, RTD Com. 2007, p. 169.

⁴¹¹ B. Fages, *L'efficacité de la clause buy or sell*, art. cit.

⁴¹² CA Paris, 3e ch. B, 15 déc. 2006.

entre *buy or sell* et exclusion nous semble cependant imparfaite : en effet, une clause d'exclusion ne sanctionne pas nécessairement un associé comme nous le savons. La clause *buy or sell* s'apparenterait alors plutôt à une « éviction » extrastatutaire non soumise au régime de l'exclusion, à l'instar de la PUV.

Si la clause *buy or sell* ne constitue pas une clause d'exclusion, elle peut cependant avoir pour conséquence d'exclure un associé. En effet, l'associé ciblé par la clause omelette ne sera pas toujours disposé à racheter les titres de son coassocié et dans ce cas-là, n'aura pas d'autre choix que de céder les siens. Sa validité et son efficacité ont à plusieurs reprises été consacrées par la jurisprudence de la Cour de cassation⁴¹³ ; la clause *buy or sell* est ainsi un autre moyen d'exclure un associé sans être soumis au régime de l'exclusion.

– **La clause de *good leaver* ou de *bad leaver*.** Un mot enfin sur la clause de *good* ou *bad leaver*, qui se définit comme « celle qui tient compte des circonstances de départ de l'associé, soit dans de bonnes conditions soit dans de mauvaises conditions, pour valoriser les droits sociaux »⁴¹⁴. Le prix de revente des droits sociaux de l'associé pourra alors subir une décote, et la validité de cette dernière a longtemps été discutée. Nous ne pensons pas que la clause de *bad leaver* puisse, à elle seule, être assimilée à une clause d'exclusion dans la mesure où elle ne contraint pas l'associé à céder ses titres, mais influe seulement sur le prix de ceux-ci. Cependant, elle est parfois assortie à une PUV sous conditions suspensives, comme c'était le cas dans une affaire portée jusque devant la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2016⁴¹⁵. La validité d'un tel montage contractuel était alors discuté, mais la Haute juridiction a explicitement consacré la licéité des clauses de *bad leaver* tout en les distinguant des clauses d'exclusion. On en déduira qu'une PUV assortie d'une clause de *good* ou *bad leaver* ne constitue pas pour autant une clause d'exclusion dès lors que les conditions suspensives stipulées dans la PUV et les circonstances de départ évoquées dans la clause de *good* ou *bad leaver* sont suffisamment précises et objectives.

89. Recul de la notion d'exclusion. Au fil de notre étude de l'exclusion contractuelle, nous constatons que la notion d'exclusion s'efface petit à petit au profit d'autres notions. Si la consécration de la clause d'éviction est relativement récente, la pratique des différents types de promesses dans les pactes extrastatutaires n'a rien de nouveau. Quoi qu'il en soit, il s'agit là d'autant de façons d'éviter l'application du régime de l'exclusion, tout en poursuivant le même finalité que celle-ci. Mais les dérogations à ce régime se limitent-elles à cela ? N'y aurait-il pas une autre manière, plus audacieuse encore, de mettre en œuvre une exclusion sans que le régime y attaché ne puisse s'appliquer ?

⁴¹³ Cass. Com., 28 avr. 2009, n° 08-13.044 ; Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-27.186.

⁴¹⁴ B. Brignon, *La « vitalité » du droit des sociétés : clauses de good/bad leaver, clauses de buy or sell et SELAS de pharmacies*, Dr. sociétés n°7, juill. 2015, étude 11.

⁴¹⁵ Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17.978, préc. V. déjà : Cass. Soc., 2 févr. 2006, n° 03-47.180

Section 2 : L'exclusion non prévue explicitement par une convention

90. Exclusion judiciaire d'origine contractuelle ? L'exclusion d'un associé est classiquement présentée comme issue de la loi ou d'une convention. Si cette présentation n'est pas à remettre en question, on peut légitimement se demander si l'existence d'une ou plusieurs conventions, bien que ne contenant aucune stipulation relative à l'exclusion d'un groupement, peut malgré tout conduire les juges à prononcer la sortie forcée d'un des membres dudit groupement.

Nous le verrons, la réponse, en principe, est non (paragraphe 1), mais ce principe semble souffrir d'exceptions, comme dans le cadre d'un ensemble contractuel indivisible (paragraphe 2).

§1 : Invalidité de principe de l'exclusion non prévue conventionnellement

91. Exclusion par résolution. Le professeur Jean Lepargneur est le premier auteur à avoir évoqué, en 1928, la possibilité d'exclure judiciairement un associé en l'absence de toute disposition législative et de toute stipulation contractuelle prévoyant cette exclusion. Selon lui, l'ancien article 1184 du Code civil, qui permettait au juge de résoudre un contrat à la demande du contractant envers lequel un engagement n'a pas été exécuté⁴¹⁶, devrait pouvoir permettre de demander en justice l'exclusion un associé dont le comportement paralysait le fonctionnement d'une société⁴¹⁷. La mésentente entre plusieurs associés ou le comportement de l'un d'entre eux serait alors le motif de l'exclusion, et la résolution, l'outil permettant de la mettre en œuvre. Pour soutenir cette théorie, comme le relève Julien Granotier, il faudrait alors considérer que le pacte social lie l'associé et la société, ce qui n'est pourtant pas l'avis de l'immense majorité de la doctrine, que nous rejoignons et qui considère que le contrat de société lie plutôt les associés entre eux⁴¹⁸.

92. Une théorie bancaire ? Nous estimons également que l'application de la résolution judiciaire au contrat de société n'est pas possible, ne serait-ce qu'en raison des conséquences qu'auraient une telle mesure. En effet, la sanction de la résolution vise une relation contractuelle, et en l'occurrence il s'agirait du contrat de société. Dès lors, résoudre le pacte social signifierait mettre fin à la société, et non mettre fin à la participation d'un des associés. Il existe pourtant une disposition légale ayant pour finalité de mettre fin à la société en cas de mésentente entre associés, l'article 1844-7, 5° du Code civil. Le principe *specialia*

⁴¹⁶ V. désormais : C. Civ., art. 1224 et 1227 concernant la résolution judiciaire du contrat.

⁴¹⁷ J. Lepargneur, *L'exclusion d'un associé*, Journ. sociétés 1928, p. 257.

⁴¹⁸ J. Granotier, *L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ?*, JCP E n°22, mai 2012, doct. 653, n°6.

*generalibus derogant*⁴¹⁹ devrait alors permettre d'écarter l'application des dispositions relatives à la résolution existant en droit commun des contrats⁴²⁰.

Un autre obstacle que l'on a pu évoquer pour contrer la théorie de l'exclusion judiciaire par voie de résolution est le caractère nécessairement rétroactif de ladite résolution, du moins avant 2016 et la réforme du droit des obligations⁴²¹. Nous savons que la rétroactivité ne fait pas bon ménage avec le droit des sociétés : les nullités ne sont pas rétroactives⁴²² et la dissolution ne vaut que pour l'avenir. Cependant, depuis la réforme du droit des obligations intervenue en 2016, l'article 1229 alinéa 2 du Code civil dispose que la résolution ne sera rétroactive que « lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu ». Selon le même alinéa, « lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat », la résolution se mue alors en résiliation, qui n'est pas une mesure rétroactive et ne fait pas s'appliquer le régime des restitutions. A la lumière du nouvel article 1229 du Code civil, la théorie du professeur Lepargneur ne se heurte plus vraiment au caractère rétroactif de la résolution dès lors que l'on peut estimer que les prestations échangées dans le cadre du contrat de société ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de son exécution, par exemple via la distribution de dividendes ou de rémunérations.

Malgré ce revirement législatif en faveur de la théorie du professeur Lepargneur, cette dernière se heurte toujours au principe *specialia generalibus derogant* et au fait que la résolution aurait des effets à l'égard de tous les associés et non d'un seul. Il ne nous semble donc pas possible de prononcer la résolution d'un contrat de société.

93. Position de la jurisprudence. – Favorable. Des juridictions du fond ont parfois admis la possibilité qu'un juge puisse, en l'absence de toute disposition législative et toute stipulation statutaire en ce sens, prononcer l'exclusion d'un associé. La Cour d'appel de Reims en 1989 a ainsi considéré qu'il fallait « prendre en considération l'intérêt social et admettre que les associés n'ont pas un droit intangible à faire partie de la société »⁴²³. En 1995, la Cour de cassation a admis qu'une faute grave d'un associé puisse justifier son exclusion « et ce, indépendamment même de la clause des statuts prévoyant cette sanction »⁴²⁴.

⁴¹⁹ L'adage *specialia generalibus derogant* n'était pas un véritable principe avant une décision Cass. 1^{re} Civ., 15 mars 2016, n° 15-18.899, dans laquelle la Cour de cassation a reconnu « le principe selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales ». Il s'agit donc désormais d'un principe prétorien.

⁴²⁰ Ibid., loc. cit. ; Y. Paclot, *Clause d'agrément et clause d'exclusion d'un actionnaire dans les statuts d'une SA*, JCP E n°30, 27 juill. 1995, p. 705.

⁴²¹ Ibid. ; v., sur la rétroactivité de la résolution avant la réforme du droit des obligations : Cass. Com., 12 oct. 1982 et Cass. 3^e Civ., 22 juin 2005, n° 03-18.624.

⁴²² C. Civ., art. 1844-15.

⁴²³ CA Reims, 24 avr. 1989.

⁴²⁴ Cass. 1^{re} Civ., 4 janv. 1995, Rev. sociétés 1995, p. 525, note M. Jeantin.

Cela étant, dans l'espèce de l'arrêt de 1995, l'exclusion de l'associé d'une société civile de moyens (SCM) résultait d'une clause statutaire ; l'admission de la Cour de cassation était dès lors purement théorique. On notera que la « faute grave » dont il était question dans l'arrêt était la violation d'une clause d'exclusivité d'exercice professionnel⁴²⁵. On retrouve dans la solution de cet arrêt l'idée selon laquelle l'exclusion d'un associé pourrait trouver son origine et son fondement dans une stipulation contractuelle qui ne serait pas une clause d'exclusion. Cet aspect de la solution rendue a été chaleureusement accueilli par le professeur Michel Jeantin, pour lequel il est « logique de voir une faute grave justifiant l'exclusion dans la violation d'une clause substantielle du pacte social »⁴²⁶.

A la lecture de ces deux arrêts, nous constatons que l'idée du professeur Lepargneur n'a pas été totalement reprise par la Cour d'appel de Reims et la Cour de cassation, dans la mesure où ce n'est pas la résolution du pacte social qui a permis l'exclusion des associés concernés, mais la prise en compte de l'intérêt social dans le premier cas, et la force d'une clause statutaire d'exclusivité dans l'hypothèse tirée du second cas. Ainsi, même si l'exclusion n'est pas expressément prévue légalement ou contractuellement, une forme d'intérêt supérieur de la société pourrait permettre au juge d'exclure un associé dès lors que ce dernier menacerait le bon fonctionnement de ladite société.

– **Défavorable.** Une pratique courante consistait également, au début des années 1990, à demander en justice l'exclusion d'un associé afin de faire obstacle à l'article 1844-7, 5° du Code civil permettant à tout associé de demander en justice la dissolution de la société en cas de mésentente paralysant son fonctionnement. Diverses juridictions du fond avaient admis cette exclusion judiciaire, permettant par là même d'éviter la dissolution de la société. Cependant, cette perspective d'exclusion judiciaire a été battue en brèche par un arrêt extrêmement important rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 1996. La Haute juridiction a clairement interdit une telle pratique en énonçant « qu'aucune disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d'obliger l'associé qui demande la dissolution de la société par application de l'article 1844-7, 5°, du Code civil à céder ses parts à cette dernière et aux autres associés qui offrent de les racheter »⁴²⁷.

Les diverses décisions de justice ayant permis l'exclusion judiciaire d'un associé, et notamment les arrêts de 1989 et 1995 vus précédemment, n'ont plus été d'actualité à partir de 1996. Dès lors, l'exclusion d'un associé semble ne pouvoir résulter que d'une stipulation contractuelle ou d'une disposition légale la prévoyant, sans quoi la solution à une mésentente entre associés ne pourra constituer qu'en la dissolution de la société sur le fondement de

⁴²⁵ La société était en l'occurrence une SCM de notaires ; les notaires y exerçant ne devaient pas, aux termes de cette clause, exercer leur profession autre part qu'en son sein.

⁴²⁶ M. Jeantin, *Validité et sanction d'une clause d'exclusivité d'exercice professionnel stipulée dans les statuts d'une société civile de moyens*, Rev. sociétés 1995, p. 525, II.

⁴²⁷ Cass. Com., 12 mars 1996, n° 93-17.813, JCP E 1996. II. p. 831, note Y. Paclot, préc.

l'article 1844-7, 5° du Code civil. La solution paraît simple et limpide ; pour autant, 25 ans de jurisprudence ont potentiellement nuancé cette affirmation.

§2 : Validité de l'exclusion d'un ensemble contractuel indivisible

94. Grande distribution. Si l'exclusion d'un associé ne peut intervenir en l'absence de toute stipulation contractuelle ou de toute disposition légale la prévoyant, ce principe connaît au moins une exception. Cette dernière est tirée du droit de la distribution, domaine dans lequel de complexes montages contractuels sont mis en place pour permettre le fonctionnement des réseaux de distribution. Le groupe Edouard Leclerc par exemple, a la particularité de s'organiser comme un réseau de commerçants indépendants. Ceux-ci se fédèrent autour d'une association qui leur concède une enseigne⁴²⁸, prend les grandes décisions stratégiques, et gère en commun les politiques de prix et de communication nationale. Les divers commerçants indépendants, pour appartenir au réseau, doivent également faire partie du groupement d'achats national de Leclerc, qui se constitue sous la forme d'une société coopérative, ainsi que d'une des seize centrales d'achat locales du groupe.

Dans ce contexte, un des commerçants indépendants, membre comme tous les autres de l'association et de deux centrales d'achat, l'une nationale, l'autre locale, avait créé une activité commerciale indépendante en dehors du réseau Leclerc. S'agissant d'un acte de concurrence prohibé par les liens contractuels qui liaient l'adhérent et le groupe, l'association a prononcé, par le biais de son conseil d'administration, la résiliation du contrat de panonceau dudit adhérent ainsi que son exclusion. Suite à ces mesures, les centrales d'achat auxquelles appartenait le membre fautif ont également prononcé son exclusion. L'associé, en l'occurrence également sociétaire, exclu des trois groupements, a alors agi en justice afin de faire annuler les mesures prises à son encontre. Les juges du fond n'ayant pas donné droit à ses demandes, il a alors formé un pourvoi en cassation.

Sur le terrain de l'exclusion, la principale difficulté était qu'aucune clause contractuelle ne la prévoyait expressément. En l'espèce, les différents groupements avaient prononcé cette exclusion à la fois comme une mesure disciplinaire justifiée par la faute de l'adhérent, et comme la conséquence de la résiliation du contrat de panonceau de celui-ci. En effet, l'associé exclu ne pouvait nullement continuer à exploiter les supermarchés Leclerc sans jouir de l'enseigne lui permettant d'utiliser la marque et le logo y attachés.

Malgré cette absence de stipulation contractuelle prévoyant l'exclusion d'un associé, la Cour de cassation, dans un arrêt de 2008, a rejeté le pourvoi formé par l'adhérent déchu et validé son exclusion des différents groupements dont il faisait partie. Cette décision a été prise au motif que les trois structures en question étaient interdépendantes et formaient un ensemble contractuel indivisible, que le contrat de panonceau garantissait la cohésion dudit

⁴²⁸ Il s'agit de ce qui s'appelle un « contrat de panonceau » leur permettant d'utiliser la marque et le logo « Leclerc ».

ensemble, et que la perte du droit d'enseigne, « pivot de l'activité recherchée, avait par lui-même justifié les exclusions ultérieures litigieuses [...] »⁴²⁹.

95. Ensemble contractuel indivisible. On doit déduire de cet arrêt que même en l'absence de toute stipulation contractuelle et de toute disposition légale prévoyant l'exclusion, l'existence d'un ensemble contractuel indivisible doit pouvoir permettre d'exclure celui qui n'a plus de raisons de demeurer au sein dudit ensemble. La qualification d'une telle structure contractuelle doit, selon la Haute juridiction, relever de l'appréciation souveraine des juges du fond⁴³⁰. Ceux-ci devront alors déterminer si les différentes conventions conclues entre les parties sont « interdépendantes » ou non.

A l'instar du professeur Renaud Mortier⁴³¹, nous approuvons la Cour de cassation d'avoir retenu que tel était le cas en l'espèce : en effet, dès lors que le membre des différents groupements ne disposait plus de son droit d'enseigne, son maintien dans lesdits groupements n'était plus justifié. Ses participations dans les trois personnes morales étaient alors liées entre elles, d'où l'enchaînement des exclusions. Parallèlement, sa présence dans les trois groupements dépendait entièrement de sa détention du droit d'enseigne conféré par son contrat de panonceau. On peut donc estimer que la résiliation de ce dernier a entraîné la caducité des autres contrats, et par là même la caducité des qualités de sociétaire et d'associé de l'intéressé⁴³². Cela n'est pas sans rappeler ce qu'avait énoncé en 1989 la Cour d'appel de Reims⁴³³ : il fallait « admettre que les associés n'ont pas un droit intangible à faire partie de la société ». Cette affirmation résonne de nouveau à la lecture de l'arrêt du 13 novembre 2008 : l'associé, bien que n'étant pas visé par une clause d'exclusion, ne pouvait, au vu des circonstances que nous connaissons, jouir d'un droit intangible à faire partie des différents groupements dans lesquels il se trouvait.

La solution rendue par la Cour de cassation est extrêmement opportune et justifiée selon nous, dès lors qu'empêcher l'exclusion d'un associé ou sociétaire dans un tel cas aurait eu des conséquences néfastes pour le groupe Leclerc. La notion d'ensemble contractuel indivisible est ainsi mise au service de la pratique, ce qui est tout à fait louable.

96. Faute de l'associé exclu. Si le contrat de panonceau du commerçant avait été résilié, c'est parce qu'il avait concurrencé le groupe auquel il appartenait et par là même violé une clause de non-concurrence ou d'exclusivité. Cette situation n'est pas sans rappeler celle dans laquelle se trouvait l'associé d'une SCM dans l'arrêt déjà évoqué du 4 janvier 1995⁴³⁴.

⁴²⁹ Cass. 1^{re} Civ., 13 nov. 2008, n° 06-12.920, Dr. sociétés févr. 2009, comm. 25, obs. R. Mortier ; BJS 2009, p. 572, note P. Rubellin.

⁴³⁰ « [...] qu'à partir de ces diverses constatations, dont [la cour d'appel] a souverainement déduit l'existence d'un ensemble contractuel voulu indivisible [...] » (Ibid.).

⁴³¹ R. Mortier, *L'ensemble contractuel indivisible au soutien de l'exclusion d'une association et d'une société*, Dr. sociétés n°2, févr. 2009, comm. 25.

⁴³² Ibid.

⁴³³ CA Reims, 24 avr. 1989, préc., v. supra n°93.

⁴³⁴ Cass. 1^{re} Civ., 4 janv. 1995, Rev. sociétés 1995, p. 525, note M. Jeantin, préc., v. supra n°93.

L'associé en question avait alors violé une clause d'exclusivité, ce qui aurait justifié son exclusion même en l'absence de toute clause en ce sens, selon la Cour de cassation. Dans le cadre d'un réseau de grande distribution comme Leclerc, on verrait mal un membre auteur de tels comportements pouvoir demeurer en cette qualité. Cependant, en dehors d'un ensemble contractuel indivisible, la faute d'un associé peut-elle suffire à l'exclure ? Rien n'en est moins sûr ; et même dans le cadre d'un tel ensemble, ce n'est que la conséquence de cette faute – en l'occurrence la résiliation du contrat de panonceau – qui a permis l'exclusion du membre fautif des différents groupements dont il faisait partie.

97. Volonté implicite. Suite à l'arrêt rendu en 2008 dans l'affaire Leclerc, un autre arrêt relatif à la grande distribution a admis l'exclusion d'un associé en l'absence de toute stipulation contractuelle et de toute disposition législative la prévoyant. En l'espèce, dans le cadre d'un contrat de franchise, le franchiseur détenait une participation minoritaire au capital de la société franchisée. Suite au prononcé de la résiliation du contrat de franchise par une sentence arbitrale en raison d'une faute du franchiseur, le représentant de la société franchisée avait logiquement estimé que son ancien cocontractant n'avait plus rien à faire dans le capital de sa société. Il a donc demandé dans une seconde instance arbitrale la cession forcée des actions que détenait le franchiseur dans sa société, alors même qu'aucune clause d'exclusion n'était prévue à cet effet. Le tribunal arbitral a cependant fait droit à cette demande, et le franchiseur a donc formé un recours en annulation de la sentence rendue devant les juges étatiques au motif que celle-ci violerait une règle d'ordre public.

La Cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt de 2010, a cependant jugé que n'est pas contraire à l'ordre public la sentence arbitrale prononçant l'exclusion d'un actionnaire dès lors que la volonté implicite desdits actionnaires faisait dépendre leur participation dans le capital de la société au maintien de leurs relations contractuelles de distribution⁴³⁵.

On retiendra surtout dans cet arrêt la référence faite à la « volonté implicite » des associés ou actionnaires. Cette volonté ne se traduisant pas par une clause d'exclusion est très présente dans les réseaux de distribution : par exemple, en l'espèce, la participation du franchiseur dans le capital de la société franchisée n'avait plus lieu d'être dès lors que le contrat de franchise avait été résilié. La participation du franchiseur s'analysait alors comme accessoire au contrat principal, qui était le contrat de franchise.

98. Retour à la jurisprudence antérieure à 1996 ? Nous constatons des similitudes entre les arrêts de 2008 et 2010 et les jurisprudences antérieures à 1996 ayant permis l'exclusion judiciaire d'un associé malgré l'absence de clause ou de texte en ce sens. Doit-on alors parler d'un retour à la jurisprudence antérieure ? Selon nous, pas nécessairement : nous estimons que la jurisprudence a surtout adapté sa position en matière d'exclusion afin de faciliter le fonctionnement des réseaux de distribution. La jurisprudence du 12 mars 1996⁴³⁶

⁴³⁵ CA Grenoble, ch. com., 16 sept. 2010, n° 10/00062.

⁴³⁶ Cass. Com., 12 mars 1996, n° 93-17.813, JCP E 1996. II. p. 831, note Y. Paclot, préc., v. supra n°93.

ne nous semble pas surannée ; les arrêts rendus en matière de réseaux de distribution ont simplement dégagé une exception substantielle à la règle alors énoncée.

On remarque que l'arrêt de 2008 a validé des exclusions prononcées par des organes sociaux, alors que l'arrêt de 2010 est allé encore plus loin, en admettant qu'un tribunal arbitral puisse prononcer une exclusion à la demande d'un associé. Le second arrêt a été rendu par une Cour d'appel ; il aurait été intéressant de voir quelle aurait été la position de la Cour de cassation si un pourvoi avait été formé. Aurait-elle cassé l'arrêt d'appel en application de la jurisprudence du 12 mars 1996 ou aurait-elle élargi le champ de l'exception créé par l'arrêt du 13 novembre 2008 ? Le doute est permis, mais il est possible que le caractère judiciaire⁴³⁷ de l'exclusion aurait pu refroidir la Haute juridiction. Quoi qu'il en soit, nous retiendrons que dans le cadre d'un réseau de distribution, l'exclusion d'un associé peut intervenir sans qu'une clause ou une disposition légale ne l'ait prévue, dès lors que le maintien de la qualité d'associé est lié à un ensemble contractuel indivisible ou à la volonté implicite des parties.

Enfin, les visas des arrêts de 2008 et 2010 méritent que l'on s'y attarde. En effet, l'arrêt de 2008 n'a aucun visa, et l'arrêt de 2010 a été rendu au visa des « usages en vigueur dans les réseaux de distribution ». Si l'absence de visa révèle simplement le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi et permet au juge d'user de son pouvoir créateur⁴³⁸, le visa des usages est extrêmement intéressant, et nous amène à nous questionner sur la portée desdits usages⁴³⁹. Quoi qu'il en soit, l'évocation de ces usages nous permet de constater que la solution est spécifique aux réseaux de distribution, et ne serait pas forcément la même dans un autre cadre, où les usages pourraient être différents.

Après avoir pu constater que l'exclusion est une notion prenant des formes nombreuses et différentes, il s'agit désormais d'étudier le régime qui y est attaché.

⁴³⁷ Arbitral, en l'occurrence ; mais valider une exclusion prononcée par un arbitre reviendrait à valider une exclusion prononcée par un juge.

⁴³⁸ C. Civ., art. 4.

⁴³⁹ V. P. Mousseron, *Les vigoureux usages des réseaux de distribution*, JCP E n°13, 31 mars 2011, 1267.

SECONDE PARTIE : L'EXCLUSION, UNE PRATIQUE ENCADREE

99. Régime strict de l'exclusion. L'exclusion a parfois pu être assimilée à une expropriation à usage privé du droit de propriété que l'associé détient sur ses titres. Pour nuancer une telle critique, il faut rappeler que l'exclusion obéit à un régime strict, qui permet de garantir à l'associé exclu qu'il n'a pas été abusé ni contraint illégitimement. Ce régime, lorsque la loi ne le prévoit pas⁴⁴⁰, a dû être précisé par la jurisprudence.

L'étude du régime de l'exclusion permet d'une part, et ce n'est pas négligeable, de le clarifier. En effet, un régime totalement jurisprudentiel est source de confusion ; c'est par exemple la raison pour laquelle il est prévu de codifier le droit de la responsabilité civile⁴⁴¹. D'autre part, étudier le régime de l'exclusion permet de comprendre pourquoi l'on essaie autant de l'éviter. On a pu voir, en effet, que la pratique des promesses extrastatutaires de cessions de titres a pour principale finalité d'éviter l'application du régime de l'exclusion⁴⁴². Dans le sens inverse, le régime de l'exclusion est souvent invoqué devant les juridictions par les associés exclus afin de faire invalider les mesures prises à leur encontre⁴⁴³.

100. Contours du régime de l'exclusion. Il sera question dans cette seconde partie, uniquement du régime de ce que la jurisprudence et la doctrine appellent « exclusion ». Notre étude ne portera donc pas sur le régime de l'« éviction » – qui reste d'ailleurs à préciser –, ni sur celui des promesses, les deux ayant déjà été abordés. L'exclusion étant la plupart du temps prévue par une clause statutaire, notre étude en épousera la forme. Cependant, on pourra à certaines occasions faire référence aux textes prévoyant la possibilité d'une exclusion dans certaines formes sociales.

101. Chronologie de l'exclusion. L'exclusion suit plusieurs étapes, de l'insertion de la clause la prévoyant dans les statuts d'une société jusqu'au remboursement de la valeur des titres de l'associé exclu. L'analyse portera en premier lieu sur les conditions de validité du mécanisme d'exclusion (Titre I), et en second lieu sur les conséquences d'une telle mesure (Titre II).

⁴⁴⁰ Le législateur édicte parfois expressément le régime applicable à l'exclusion qui est prévue dans certaines formes sociales, v. supra n°s 12 s.

⁴⁴¹ V. *Projet de réforme de la responsabilité civile*, Ministère de la Justice, 13 mars 2017.

⁴⁴² V. supra n°s 85 s.

⁴⁴³ V. not. Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855, préc. ; Cass. com., 6 mai 2014, n° 13-17.349, préc. ; Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, préc.

TITRE I – Conditions de validité du mécanisme d'exclusion

102. Clause et procédure d'exclusion. Si l'on considère qu'une clause d'exclusion se base, contrairement à une clause d'éviction, sur des motifs pouvant être discutés contradictoirement avec l'associé exclu, il faut que ladite clause prévoie une procédure permettant une telle discussion.

Dès lors, on doit distinguer les conditions relatives à la clause elle-même (Chapitre I) et les conditions relatives à la procédure d'exclusion prévue par ladite clause (Chapitre II).

Chapitre I – Les conditions relatives à la clause d'exclusion

103. Engagement. Pour des associés, stipuler une clause d'exclusion est un acte qui peut emporter de lourdes conséquences sur leur avenir au sein d'une société. En effet, ceux-ci acceptent par avance que la qualité d'associé pourra leur être retirée si certains événements survenaient. Parfois, l'évènement en question est inéluctable, comme lorsqu'il s'agit de la perte de la qualité de salarié⁴⁴⁴. L'associé personne physique perdra forcément cette dernière qualité lors de son départ à la retraite, à moins qu'il ne décède avant. Consentir par avance à son exclusion est donc un engagement important qui ne doit pas être pris à la légère.

Cela explique qu'une clause d'exclusion ne puisse pas être insérée ou modifiée librement dans les statuts (Section 1), et que les motifs prévus par ladite clause ne puissent pas être n'importe lesquels (Section 2).

Section 1 : Les conditions d'insertion et de modification d'une clause d'exclusion

104. Unanimité : absence de réponse claire. En matière de clauses d'exclusion, une question brûlante taraude encore aujourd'hui la doctrine : l'unanimité des associés est-elle nécessaire pour insérer ou modifier une clause d'exclusion ? En l'absence de toute disposition législative de portée générale répondant, directement du moins, à cette question, le doute peut être permis.

De manière générale, une clause d'exclusion semble devoir être insérée ou modifiée à l'unanimité des associés (paragraphe 1). Cependant, dans les SAS, cette exigence d'unanimité a été supprimée par la loi « PACTE » en 2019 (paragraphe 2).

⁴⁴⁴ Il s'agit alors d'une clause d'éviction, selon la terminologie dégagée par la jurisprudence (v. supra n°s 66 s.). Les conditions relatives à la clause d'exclusion (Chapitre I) tendent à s'appliquer à ce type de stipulation, contrairement aux conditions relatives à la procédure d'exclusion (Chapitre II).

§1 : L'unanimité comme exigence de principe

105. Augmentation des engagements des associés – Généralités. Aux termes du second alinéa de l'article 1836 du Code civil, « En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci ». La question de l'application de cette règle aux clauses d'exclusion a été grandement discutée : une telle clause augmente-t-elle nécessairement les engagements des associés ? L'enjeu de cette question est important, car l'article 1836 du Code civil est d'ordre public, et un manquement à cette disposition peut par conséquent engendrer la nullité absolue d'une délibération prise sans le consentement d'un associé dès lors qu'elle augmente les engagements de ce dernier⁴⁴⁵.

– **Motif d'exclusion lié au changement de contrôle d'un associé personne morale.** Il a par exemple été jugé par le tribunal de commerce de Versailles en 1989 que l'insertion ou la modification d'une clause prévoyant le « rachat forcé » des titres d'un associé personne morale dont le contrôle aurait été modifié ne nécessite pas une décision unanime dès lors que la clause en question n'augmente pas les engagements des associés⁴⁴⁶. Cependant, comme le relève le professeur Fabrice Rizzo⁴⁴⁷, à l'époque de ce jugement, la notion d'engagement était alors entendue de manière restrictive : les engagements des associés n'étaient considérés comme augmentés que lorsqu'ils entraînaient « une aggravation de la dette contractée par eux envers la société ou envers les tiers » en application d'un arrêt de 1937⁴⁴⁸ ; n'étaient alors concernés par l'exigence d'unanimité que les engagements financiers⁴⁴⁹. Or, la jurisprudence a peu à peu étendu cette notion d'engagement à des obligations comportementales⁴⁵⁰, comme des obligations de non-concurrence, réduisant par là même à peau de chagrin la portée du jugement rendu en 1989 par le tribunal de commerce de Versailles.

– **Engagement de non-concurrence.** Les clauses interdisant à un associé d'une société toute concurrence envers celle-ci constituent une augmentation de ses engagements. Cela résulte de trois arrêts : dans le premier arrêt rendu en 1996 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, il a été jugé qu'une clause de non-concurrence visant les actionnaires sortants d'une SA constituait une augmentation des engagements de ceux-ci et nécessitait donc d'être insérée dans les statuts à l'unanimité des voix⁴⁵¹. Les deux autres arrêts, rendus en 2001 et 2015 par la Cour d'appel de Paris⁴⁵², nous intéressent davantage en ce qu'ils concernent directement des clauses d'exclusion : dans les deux cas, un nouveau motif avait

⁴⁴⁵ Cass. Com., 13 nov. 2003, n° 00-20.646.

⁴⁴⁶ T. com. Versailles, 26 avr. 1989.

⁴⁴⁷ F. Rizzo, *Le principe d'intangibilité des engagements des associés*, RTD Com. 2000, p. 27, n°18.

⁴⁴⁸ Cass. civ., 9 févr. 1937.

⁴⁴⁹ La Cour de cassation a par exemple jugé que le blocage des comptes courants par l'assemblée générale constitue une augmentation des engagements des associés : Cass. Com., 24 juin 1997, n° 95-20.056.

⁴⁵⁰ V. F. Rizzo, art. cit., n°s 12 s.

⁴⁵¹ Cass. Com., 26 mars 1996, n° 93-21.250.

⁴⁵² CA Paris, ch. 3, sect. A, 27 mai 2001 ; CA Paris, pôle 5, ch. 8, 17 févr. 2015, n° 14/00358.

été inséré dans une clause statutaire d'exclusion. Il s'agissait, dans le premier cas, de « l'exercice d'une activité concurrente et déloyale » et dans le second cas, de « l'exercice d'une activité professionnelle directement concurrente ». Systématiquement, la Cour d'appel de Paris a jugé que l'insertion de ce motif d'exclusion en cours de vie sociale portait atteinte à la liberté de commerce et de travail de l'associé exclu. Dès lors, il s'agissait d'une augmentation des engagements des associés et la clause devait être modifiée à l'unanimité des voix.

– **Autres engagements.** Si la solution dégagée par les différents arrêts rendus en matière d'engagements de non-concurrence nous semble tout à fait pertinente, elle doit être limitée à ce type particulier de motifs d'exclusion, comme le pensent certains auteurs⁴⁵³. En effet, nous estimons que le caractère attentatoire à la liberté de commerce et de travail, inhérent à l'engagement de non-concurrence, a largement pesé dans les décisions prises par la Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris. Quid alors d'une clause prévoyant d'autres motifs d'exclusion : doit-elle nécessairement être insérée ou modifiée à l'unanimité des associés ? Il est intéressant de remarquer que la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt rendu en 2015⁴⁵⁴, était confrontée à l'insertion de plusieurs motifs d'exclusion différents, parmi lesquels le fait pour l'associé de concurrencer la société ; pourtant, elle n'a statué que sur ce dernier, laissant planer le doute sur les autres motifs. Serait-il possible d'adopter une clause d'exclusion basée sur certains motifs sans que l'unanimité des associés ne soit nécessaire ?

A notre connaissance, la jurisprudence n'a donc pas encore apporté de réponse claire aux questions susvisées. On notera simplement un arrêt de 2017 relatif à une association – et non une société – dont il ressort qu'une modification des statuts instaurant un renouvellement annuel de l'admission des sociétaires ne constitue pas une augmentation des engagements de ceux-ci, alors même que ladite modification a conduit à leur exclusion⁴⁵⁵. On en retiendra surtout que l'intangibilité des engagements des associés est « source de discussions infinies »⁴⁵⁶ et que la jurisprudence est difficilement lisible sur cette question. Parallèlement à cette inextricabilité des décisions de justice prises en la matière, de nombreux avis se sont fait entendre en doctrine.

106. Insertion dans les statuts d'origine ou en cours de vie sociale. On a pu se poser la question de savoir si une clause d'exclusion doit nécessairement être insérée dans les statuts d'origine ou si elle peut être adoptée en cours de vie sociale. Nous rejoignons l'avis du professeur Yann Paclot, lequel estime « qu'il n'y a pas lieu [...] d'exiger par exemple que la clause ait été insérée dans les statuts d'origine, car ce serait une singulière dérogation au

⁴⁵³ V. not. D. Gallois-Cochet, *Conditions du vote pour modifier une clause d'exclusion*, Dr. sociétés n°6, juin 2015, comm. 108 ; R. Besnard-Goudet, op. cit., n°64. V. cependant, estimant que la solution rendue en 2001 valait pour toutes les clauses d'exclusion, peu importe le motif : F-X. Lucas, *Exercice du droit de vote attaché à des actions indivises et insertion dans les statuts d'une clause d'exclusion*, Dr. sociétés n°1, janv. 2002, comm. 14.

⁴⁵⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 8, 17 févr. 2015, n° 14/00358, préc.

⁴⁵⁵ Cass. 1^{re} Civ., 1^{er} févr. 2017, n° 16-11.979.

⁴⁵⁶ L. Godon, *SAS : les incidences de la loi du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés*, Rev. sociétés 2019, p. 723, n°19.

principe selon lequel les modifications statutaires légalement adoptées s'imposent à tous les associés »⁴⁵⁷. A fortiori, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de traiter différemment une clause sur le seul critère du moment de son insertion dans les statuts. Dès lors, que l'unanimité soit exigée ou non, nous pouvons affirmer que la règle en vigueur – que nous ne connaissons donc pas avec certitude – sera la même, que la clause soit insérée dans les statuts d'origine ou en cours de vie sociale.

107. Modification en cours de vie sociale. On a également pu se demander si la simple modification d'une clause statutaire d'exclusion doit être traitée différemment de son adoption. Pour le professeur Dorothée Gallois-Cochet, tout dépend du contenu de la modification en question⁴⁵⁸ : par exemple, la suppression d'un motif d'exclusion n'augmente pas les engagements des associés, mais les diminue. Dès lors, dans ce cas précis, l'unanimité n'est pas nécessaire ; de cela au moins, nous pouvons être certains.

108. Arguments en faveur de l'unanimité. De nombreux auteurs sont favorables à ce que l'unanimité soit exigée pour l'insertion et la modification d'une clause d'exclusion. Si certains considèrent déjà cette exigence d'unanimité comme acquise au vu des arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris en 2001 et 2015⁴⁵⁹, d'autres ont avancé différents arguments pour la justifier dans l'ensemble des formes sociales. Selon le professeur Hervé Le Nabasque, l'exigence d'unanimité est justifiée, non pas parce qu'une clause d'exclusion augmente les engagements des associés, mais parce que chaque associé doit, individuellement, accepter par avance d'être exclu, et que c'est à ce prix que la liberté contractuelle peut venir relayer la force et la vigueur de son droit de propriété⁴⁶⁰. En effet, la cession des droits sociaux de l'associé exclu résultant de la mise en œuvre d'une clause d'exclusion pourrait être juridiquement vulnérable si le cédant n'y a jamais consenti : on pourrait alors reprocher à cette cession de ne pas respecter les conditions de validité d'un contrat et en particulier l'exigence liée au consentement des parties⁴⁶¹.

Le professeur Dorothée Gallois-Cochet estime quant à elle que « l'introduction dans les statuts d'un nouveau motif d'exclusion crée à la charge de l'associé une obligation nouvelle et conditionnelle de vendre ses parts ou actions, quel que soit le motif de cette obligation », et que dès lors, l'unanimité doit systématiquement être requise pour l'adoption d'une clause d'exclusion⁴⁶². D'autres auteurs pourraient encore être cités, mais on retiendra que de manière générale, la doctrine majoritaire est en faveur de l'exigence d'unanimité. De manière

⁴⁵⁷ Y. Paclot, *Clause d'agrément et clause d'exclusion d'un actionnaire dans les statuts d'une SA*, art. cit.

⁴⁵⁸ D. Gallois-Cochet, *L'obscurité du régime de l'exclusion statutaire*, art. cit., n°6.

⁴⁵⁹ V. not. B. Dondero et *alii*, op. cit., n°8100 ; F-X. Lucas, *Exercice du droit de vote attaché à des actions indivises et insertion dans les statuts d'une clause d'exclusion*, art. cit. ; H. Azarian, *Synthèse - Sociétés civiles de droit commun*, JCl. Notarial Formulaire, 15 oct. 2020, n°22.

⁴⁶⁰ H. Le Nabasque, *Agrement de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires*, RJDA 3/1995, p. 200 ; H. Le Nabasque, P. Dunand et P. Elsen, art. cit., cités in J.-J. Daigre et *alii*, op. cit., n°9.

⁴⁶¹ C. Civ., art. 1128, 1°.

⁴⁶² D. Gallois-Cochet, *Conditions du vote pour modifier une clause d'exclusion*, art. cit.

marginale, le professeur Yann Paclot estime cependant qu'il n'y a pas lieu d'exiger l'unanimité pour l'adoption ou la modification d'une clause d'exclusion dans la mesure où cette dernière n'augmente pas selon lui les engagements des associés⁴⁶³.

Bien sûr, dans la pratique du droit des sociétés, on conseillera aux associés de n'adopter de clauses statutaires d'exclusion qu'à l'unanimité, de sorte à ne pas prendre de risques inutiles. Mais en théorie, une réponse claire fait cruellement défaut.

109. Indices tirés de dispositions légales. Bien que sur le principe, nous estimons qu'une clause d'exclusion augmente bel et bien les engagements des associés dès lors qu'en ratifiant ladite clause, ceux-ci s'engagent par avance à céder leurs titres, il nous semble inconfortable de soutenir qu'une telle stipulation statutaire doit nécessairement être insérée ou modifiée à l'unanimité des associés. Premièrement, parce que comme nous l'avons vu, la jurisprudence n'a jamais consacré cette exigence de manière claire et générale ; et deuxièmement, parce que le législateur est venu abolir l'exigence d'unanimité qui existait dans les SAS. En effet, avant 2019 et l'adoption de la loi « Soilihi »⁴⁶⁴, l'article L. 227-19 du Code de commerce, applicable aux SAS, disposait que « Les clauses statutaires visées aux articles L. 227-13, L. 227-16⁴⁶⁵ et L. 227-17 ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés ». On avait alors pu estimer que si l'unanimité était exigée pour l'insertion et la modification de clauses statutaires d'exclusion dans les SAS – forme sociale qui se caractérise par sa grande liberté contractuelle –, cette exigence devrait s'imposer, *a fortiori*, dans toutes les autres formes sociales⁴⁶⁶.

Si ce raisonnement nous semble tout à fait pertinent, il n'est plus d'actualité aujourd'hui car la loi « Soilihi » est venue « remettre en question »⁴⁶⁷ le courant jurisprudentiel qui semblait tendre vers une exigence d'unanimité.

§2 : Droit de la SAS et relâchement de l'exigence d'unanimité

110. Majorité prévue par les statuts. Aux termes du second alinéa de l'article L. 227-19 du Code de commerce tel que modifié par la loi « Soilihi », « Les clauses statutaires mentionnées aux articles L. 227-14 et L. 227-16 ne peuvent être adoptées ou modifiées que par une décision prise collectivement par les associés dans les conditions et formes prévues par les statuts ». L'exigence d'unanimité pour l'adoption et la modification des clauses d'exclusion dans les SAS a donc été supprimée. Désormais, les associés d'une SAS pourront insérer ou modifier une clause d'exclusion à la majorité prévue par les statuts. Cette

⁴⁶³ Y. Paclot, *Clause d'agrément et clause d'exclusion d'un actionnaire dans les statuts d'une SA*, art. cit.

⁴⁶⁴ L. n° 2019-744 du 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés.

⁴⁶⁵ C. Com., art. L. 227-16 : « Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Ils peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession ».

⁴⁶⁶ R. Besnard-Goudet, op. cit., loc. cit.

⁴⁶⁷ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, op. cit., n° 887.

modification législative soulève de nombreuses questions, comme les conséquences qu'elle emporte, son articulation avec l'article 1836 du Code civil, ou encore les intentions du législateur concernant le régime de l'exclusion dans d'autres formes sociales.

111. Conséquences directes. De manière concrète, la modification de l'article L. 227-19 du Code de commerce emporte un certain nombre de conséquences. Le nouveau texte étend en effet de manière significative le règne de la liberté statutaire dans cette forme sociale, à travers une forme de « favoritisme législatif »⁴⁶⁸. Mais à quel prix ? On anticipe facilement les répercussions découlant de la nouvelle rédaction de cette disposition législative. En premier lieu, la suppression de l'exigence d'unanimité pour l'insertion ou la modification de clauses d'exclusion conduit les associés majoritaires de SAS à détenir un pouvoir accru à l'encontre des minoritaires. En effet, dès lors que les majoritaires détiennent suffisamment de voix au regard des exigences statutaires pour adopter une clause d'exclusion, ils peuvent imposer celle-ci aux minoritaires sans que ces derniers n'y aient consenti. Les associés minoritaires se retrouvent alors « à la merci » des majoritaires, et ne manqueront pas de contester les exclusions prononcées à leur encontre sans qu'ils n'y aient consenti à l'origine⁴⁶⁹.

En sus des arguments juridiques que nous développerons ci-après, les minoritaires pourront s'appuyer sur la notion d'abus de majorité pour demander l'annulation d'une résolution ayant adopté ou modifié d'une clause d'exclusion. Pour un auteur, « la contrariété à l'intérêt social ne devrait pas être trop difficile à démontrer en présence d'une clause dont la rédaction attesterait d'une volonté ciblée de nuire à tel ou tel minoritaire ou groupe d'associés »⁴⁷⁰. Quoi qu'il en soit, les praticiens du droit des sociétés devront veiller à ne pas tomber dans ce piège lorsqu'ils se placeront du côté des majoritaires.

On peut également anticiper que les associés de SAS préféreront désormais stipuler des clauses d'exclusion situées dans les statuts plutôt que de des promesses de cession situées dans des pactes extrastatutaires. En effet, si les promesses sont vues, de manière générale, comme plus avantageuses en ce qu'elles permettent d'échapper au régime de l'exclusion⁴⁷¹, cela n'est plus vraiment le cas dans les SAS depuis la loi « Soilhi ». En effet, il est désormais plus facile d'adopter ou d'amender une clause statutaire d'exclusion qu'un pacte extrastatutaire, ce dernier nécessitant l'unanimité des signataires pour être modifié⁴⁷².

Enfin, l'article L. 227-19 alinéa 2 du Code de commerce, en n'exigeant plus l'unanimité pour l'adoption et la modification des clauses d'exclusion et en laissant aux statuts le soin de traiter cette question, a perdu, comme le relève le professeur Laurent Godon, son

⁴⁶⁸ A. Lecourt, *Simplifier, clarifier et actualiser le droit des sociétés : les minoritaires sacrifiés sur l'autel du libéralisme ?*, RTD Com. 2019, p. 903.

⁴⁶⁹ L. Godon, art. cit., loc. cit.

⁴⁷⁰ A. Lecourt, art. cit.

⁴⁷¹ V. supra n°85 s.

⁴⁷² C. Civ., art. 1128, 1°.

caractère impératif⁴⁷³. Cela a pour conséquence que la nullité de la délibération ayant adopté ou modifié une clause d'exclusion ne pourra plus être demandée, ce qui constitue un recul du régime de l'exclusion⁴⁷⁴ ; la nullité ne pourra alors être demandée qu'en cas d'abus de majorité.

112. Articulation avec l'article 1836, alinéa 2 du Code civil – Contrariété. La grande question que pose la modification de l'article L. 227-19 du Code de commerce est l'articulation, voire la conformité, de ce dernier avec l'article 1836 alinéa 2 du Code civil. Le premier texte semble dire l'exact contraire du second, comme le relève le professeur Hervé le Nabasque⁴⁷⁵. Ce dernier se place parmi la doctrine majoritaire qui considère que l'article L. 227-19 du Code de commerce contrevient directement à l'article 1836 alinéa 2 du Code civil. Il a été soulevé par de nombreux auteurs qu'une clause d'exclusion peut prévoir la méthode de valorisation des droits sociaux de l'associé exclu⁴⁷⁶, et que dès lors, laisser un groupe majoritaire d'associés insérer une telle clause revient à laisser ce groupe décider arbitrairement de la valeur des droits sociaux de leurs coassociés minoritaires⁴⁷⁷. Au surplus, il ne s'agit là que d'un exemple de ce que les associés majoritaires pourraient décider en fraude du consentement des minoritaires ! Le spectre de l'abus de droit semble donc largement peser sur les clauses d'exclusion stipulées dans les SAS.

Un autre argument consiste à trouver dans le droit commun des contrats l'impossibilité concrète d'adopter ou modifier une clause d'exclusion à la majorité prévue par les statuts. Aux termes de l'article 1193 du Code civil, en effet, « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Cette règle universelle du droit des contrats pourrait potentiellement trouver une résonance particulière dans le cadre de la SAS, vue comme une « société-contrat »⁴⁷⁸.

Enfin, on peut également considérer que les clauses d'exclusion augmentent nécessairement les engagements des associés en ce qu'elles créent nécessairement pour ces derniers des obligations nouvelles, soit de faire, soit de ne pas faire⁴⁷⁹. Une obligation de ne pas faire, en premier lieu : l'associé ne doit pas se retrouver dans la situation qui conduirait à son exclusion. Une obligation de faire, en second lieu : céder ses titres, au cas où il se retrouverait dans la situation visée par les motifs d'exclusion

⁴⁷³ L. Godon, art. cit., n°22.

⁴⁷⁴ Ibid.

⁴⁷⁵ H. Le Nabasque, *À propos des clauses d'exclusion dans la SAS après la loi de simplification du droit des sociétés du 19 juillet 2019*, BJS n°01, 1^{er} janv. 2020, p. 60.

⁴⁷⁶ V. C. Com., art. L. 227-18.

⁴⁷⁷ V. not. H. Le Nabasque, *À propos des clauses d'exclusion dans la SAS après la loi de simplification du droit des sociétés du 19 juillet 2019*, art. cit. ; A. Lecourt, art. cit. ; L. Godon, art. cit., n°20 ; M. Caffin-Moi, *Fin de l'exigence d'unanimité pour l'adoption ou la modification de la clause d'exclusion dans la SAS ?*, Gaz. Pal. n°23, 25 juin 2019, p. 45.

⁴⁷⁸ L. Godon, Ibid., n°19.

⁴⁷⁹ H. Le Nabasque, *À propos des clauses d'exclusion dans la SAS après la loi de simplification du droit des sociétés du 19 juillet 2019*, art. cit.

On peut voir que les arguments ne manquent pas pour considérer que le droit spécial de la SAS est en totale contrariété avec le principe d'intangibilité des engagements des associés. Nous ne pouvons que nous rallier à ces arguments. Toutefois, il faut rappeler d'une part que la Cour de cassation n'a jamais énoncé de manière générale que l'insertion ou la modification d'une clause d'exclusion est de nature à augmenter les engagements des associés. Et d'autre part, que la contrariété manifeste d'un texte de droit spécial à un texte de droit commun n'est pas une curiosité juridique.

– **Justification de la contrariété.** Admettons alors que le droit de la SAS soit en totale contrariété avec l'article 1836 alinéa 2 du Code civil : une majorité de la doctrine le pense, nous le pensons également, considérons cela comme acquis. Cette contrariété manifeste se justifierait-elle toutefois par le principe *specialia generalibus derogant* ? Aux termes de l'article 1834 du Code civil, « Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés s'il n'en est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet ». On peut ainsi considérer, à l'instar de certains auteurs, que l'article L. 227-19 du Code de commerce constitue un texte spécial dérogeant à l'article 1836 du Code civil⁴⁸⁰. Prudence, cependant : l'article 1836 alinéa 2 du Code civil dispose que les engagements des associés ne pourront « en aucun cas » être augmentés sans leur consentement. Que faut-il alors déduire de la formule « en aucun cas » ? Le législateur n'a jamais hésité à déroger à des dispositions communes comportant cette formule, comme le relève le professeur Hervé Le Nabasque⁴⁸¹. On peut dès lors valablement considérer que l'article L. 227-19 du Code de commerce trouve sa légitimité dans le principe *specialia generalibus derogant*, et plus particulièrement dans les dispositions de l'article 1834 du Code civil.

113. Intentions du législateur. Les travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi « Soilihi » nous permettent de mieux comprendre l'esprit de l'article L. 227-19 du Code de commerce. Le législateur a souhaité offrir aux associés d'une SAS « la possibilité d'évincer un associé faisant obstacle au bon fonctionnement de la société mais refusant de voter sa propre exclusion, lorsque les statuts ne comportent pas de clause d'exclusion ». A cette fin, il fallait donc « permettre aux associés de mettre en place une clause d'exclusion à la majorité, pour pouvoir ensuite la faire jouer contre l'associé récalcitrant, dans l'intérêt de la société »⁴⁸². Nous y voyons, sans grande surprise, une certaine libéralisation du droit des sociétés, et la sanctification de l'intérêt de la société. Cette fin semble justifier les

⁴⁸⁰ V. not. D. Martin et M. Carosso, *L'exclusion d'un associé d'une SAS après la loi de simplification du droit des sociétés*, JCP E n°10, 5 mars 2020, 1091, n°10 ; B. Saintourens, *Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés : dispositions relatives aux sociétés par actions simplifiées (SAS)*, Hebdo, La lettre juridique Édition, n° 794, 12 sept. 2019.

⁴⁸¹ H. Le Nabasque, *A propos des clauses d'exclusion dans la SAS après la loi de simplification du droit des sociétés du 19 juillet 2019*, art. cit.

⁴⁸² Sénat, rapp. n° 657, 1^{er} juin 2016, relatif à la proposition de loi de simplification, de clarification et d'actualisation du code de commerce, art. 38 (supprimé). – Suppression maintenue AN, rapp. n° 1771, 20 mars 2019.

moyens mis en place pour permettre aux associés d'exclure l'un d'entre eux sans son consentement.

Certains auteurs se sont également intéressés aux travaux parlementaires ayant précédé la promulgation de l'article 1834 du Code civil, afin de déterminer si le texte de l'article L. 227-19 du Code de commerce constitue bel et bien une disposition spéciale dérogeant au droit commun des sociétés⁴⁸³. Il apparaît que le législateur a souhaité « respecter l'originalité » des différentes formes sociales en faisant primer les dispositions de droit spécial des sociétés sur les dispositions du droit commun⁴⁸⁴ : en effet, l'adoption de l'article 1834 du Code civil « n'a [eu] d'autre but que d'alléger en définitive une rédaction qui [...] est apparue beaucoup trop complexe »⁴⁸⁵. Dès lors, on peut raisonnablement estimer que l'article L. 227-19 du Code de commerce est une disposition spéciale qui déroge au droit commun des sociétés et en particulier au principe d'intangibilité des engagements des associés.

Enfin, les travaux parlementaires laissent apparaître que le législateur a souhaité harmoniser le régime des clauses d'exclusion et celui des clauses d'agrément, en permettant « de façon symétrique et cohérente [...] aux associés de statuer à la majorité sur les clauses concernant le retrait forcé d'un associé et l'accueil d'un nouvel associé »⁴⁸⁶. Ce raisonnement a cependant été largement critiqué par certains auteurs, qui ont pointé du doigt, à juste titre, que la clause d'exclusion, aux effets très radicaux pour les associés, est très différente de la clause d'agrément⁴⁸⁷. On constate par ailleurs que les objectifs de symétrie et de cohérence, fixés par le législateur, ne sont pas vraiment atteints : en effet, l'article L. 227-17 du Code de commerce, qui prévoit la possibilité d'exclure un associé personne morale dont le contrôle aurait été modifié⁴⁸⁸ n'est pas concerné par l'article L. 227-19 du Code de commerce. Dès lors, l'unanimité semble toujours requise pour insérer une telle clause, ce qui manque de cohérence eu égard aux objectifs fixés par le législateur.

114. Notre analyse. La suppression de l'exigence d'unanimité pour l'insertion et la modification des clauses d'exclusion dans les SAS nous semble, en premier lieu, en totale contradiction avec le principe d'intangibilité des engagements des associés, dans la mesure où elle augmente, selon nous, les engagements des associés. Cependant, cette contrariété à l'article 1836 du Code civil nous semble justifiée par le principe *specialia generalibus derogant*, expressément consacré en droit des sociétés par l'article 1834 du même Code. Malgré cette justification, nous pouvons craindre que de nombreux contentieux surviennent dans la mesure où certains associés minoritaires vont nécessairement être désavantagés par la

⁴⁸³ D. Martin et M. Carosso, art. cit., loc. cit.

⁴⁸⁴ Y. Guyon, *Les dispositions générales de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés*, Rev. sociétés 1979, p. 14, cité *in* Ibid.

⁴⁸⁵ Sénat, CR, 9^e séance, 10 mai 1973 : JO Sénat 11 mai 1973, p. 332, propos de E. Dailly, rapporteur.

⁴⁸⁶ Sénat, rapp. n° 657, 1^{er} juin 2016, p. 77.

⁴⁸⁷ V. not. D. Poracchia, *Observations sur les clauses d'exclusion dans les SAS après la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019*, RTDF 2019, n° 3 ; L. Godon, art. cit., n°18.

⁴⁸⁸ V. supra n°40.

nouvelle règle en vigueur. Toutefois, nous estimons que la prohibition de l'abus de majorité, qui découle de l'article 1833 du Code civil, constitue un garde-fou qui permettra aux associés minoritaires en question de défendre efficacement leurs intérêts.

Par ailleurs, l'avantage accordé aux associés majoritaires par le nouvel article L. 227-19 du Code de commerce est à double-tranchant : les praticiens qui les conseillent devront être particulièrement attentifs à ne pas tomber dans le piège de l'abus de majorité. On peut considérer qu'ils opéreront donc « dans une zone d'insécurité »⁴⁸⁹.

Notons que la conformité de l'article L. 227-19 du Code de commerce au droit de propriété tel que consacré par la convention européenne des droits de l'Homme et le Code civil⁴⁹⁰ a été discutée. Nous estimons cependant, à l'instar de certains auteurs⁴⁹¹, que la règle consacrée à l'article L. 227-19 du Code de commerce n'est pas contraire au droit de propriété, dans la mesure où certains textes législatifs prévoient déjà une exclusion de l'associé sans son consentement⁴⁹², et que ceux-ci ne souffrent point de cette critique⁴⁹³.

Enfin, doit-on s'attendre à ce que le législateur étende le régime des clauses d'exclusions prévu dans les SAS à toutes les autres formes sociales ? De manière pragmatique, la règle prévue à l'article L. 227-19 du Code de commerce concerne d'ores et déjà une majorité des sociétés françaises, puisque la SAS est la forme sociale la plus utilisée en France depuis 2016⁴⁹⁴. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la modification de l'article L. 227-19 du Code de commerce a suscité autant d'émoi : un tel amendement n'aurait pas été aussi discuté s'il avait concerné les SNC ou les sociétés en commandite, par exemple. Il est cependant difficile d'envisager que le législateur étende à l'avenir ce régime à d'autres formes sociales, tant la solution est propre à la SAS et à la liberté statutaire qui la caractérise. Néanmoins, on peut imaginer que la réforme apportée par la loi « Soilihi » incite la jurisprudence à adopter pour d'autres formes sociales une conception plus restrictive du principe d'intangibilité des engagements des associés.

L'argumentation de certains auteurs, qui estimaient que l'exigence l'unanimité en matière d'insertion et de modification de clauses d'exclusion devait s'appliquer à toutes les formes sociales, se trouve donc remise en question par le législateur. Il s'agit maintenant de déterminer quelles conditions sont applicables aux motifs d'exclusion prévus par une clause.

⁴⁸⁹ A. Couret et C. Barrillon, *La loi Soilihi et les maladroites du législateur*, D. 2019, p. 1717.

⁴⁹⁰ Conv. EDH, prot. 1^{er}, art. 1^{er} ; C. Civ., art. 544.

⁴⁹¹ D. Martín et M. Carosso, art. cit., n^{os} 15 s.

⁴⁹² V. supra n^{os} 12 s.

⁴⁹³ Les art. L. 631-19-1 et L. 631-19-2 C. Com. ont été par exemple reconnus conformes à la Constitution, v. supra n^{os} 32 et 42.

⁴⁹⁴ J. Heinich, art. cit.

Section 2 : Les conditions de validité des motifs d'exclusion

115. Prohibition d'une exclusion *ad nutum*. En amont de tout questionnement relatif à la validité des différents motifs d'exclusion, une problématique plus générale se pose : une clause d'exclusion peut-elle ne prévoir aucun motif ? Unanimentement, la doctrine estime que ce n'est pas possible : l'exclusion ne peut intervenir *ad nutum*, ou pour perte de confiance, car il faut qu'un juste motif vienne justifier l'atteinte au droit de propriété de l'associé qu'elle occasionne⁴⁹⁵. La seule forme contractuelle permettant d'exclure un associé sans motif est la promesse extrastatutaire de cession de titres conclue sans condition suspensive⁴⁹⁶. Or, cette hypothèse reste marginale dans la mesure où peu d'associés consentiraient une telle promesse sur leurs droits sociaux.

Alors que certains dirigeants sociaux, comme les administrateurs de SA, peuvent être révoqués *ad nutum*⁴⁹⁷, cela ne peut donc pas être le cas d'un associé, qui est le propriétaire de ses titres et non un mandataire⁴⁹⁸. Partant, une clause d'exclusion doit nécessairement prévoir un ou plusieurs motifs, qui constituent des hypothèses dans lesquelles le mécanisme de sortie forcée pourra être mis en œuvre. Ces motifs d'exclusion doivent être suffisamment précis (paragraphe 1), justes, et conformes à l'ordre public (paragraphe 2).

§1 : Des motifs suffisamment précis et déterminés

116. Objectivité ou subjectivité des motifs d'exclusion. Alors que certains auteurs estiment que les motifs contenus dans une clause d'exclusion doivent être précis et objectifs⁴⁹⁹, nous préférons parler de motifs suffisamment précis et déterminés, à l'instar d'autres⁵⁰⁰. En effet, l'adjectif « objectif » crée selon nous une certaine confusion, dans la mesure où il est acquis que des clauses d'exclusion peuvent prévoir un motif objectif, tel que la perte de la qualité de salarié, ou subjectif, tel que le manquement à une obligation de non-concurrence. Si l'on se fie à deux jurisprudences récentes, une clause d'exclusion comportant un motif objectif peut, à certaines conditions, être qualifiée de clause d'éviction⁵⁰¹. Dans ce cas, certaines exigences inhérentes au régime de l'exclusion ne s'appliqueront pas, comme le respect du principe du contradictoire. Il est tout à fait possible de prévoir une procédure

⁴⁹⁵ V. not. J-J. Daigre, *La perte de la qualité d'actionnaire*, art. cit. ; M. Strock, *Les associés de la S.A.S.*, LPA n°185, 15 sept. 2000, p. 42 ; Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd. 2002, n°99 ; H. Azarian, *Sociétés par actions simplifiées. – Création et statut des associés*, op. cit., n°134 ; G. Durand-Lepine, art. cit.

⁴⁹⁶ V. supra n°86.

⁴⁹⁷ C. Com., art. L. 225-18 pour les administrateurs et C. Com., art. L. 225-47 pour le président du conseil d'administration.

⁴⁹⁸ La jurisprudence l'a affirmé : Cass. Com., 18 sept. 2019, n° 16-26962. Le droit commun du mandat prévoit d'ailleurs que le mandant peut révoquer le mandataire *ad nutum* (C. Civ., art. 2004).

⁴⁹⁹ J-J. Daigre et *alii*, op. cit., n°15 ; H. Azarian, *Sociétés par actions simplifiées. – Création et statut des associés*, op. cit., loc. cit.

⁵⁰⁰ J. Granotier, art. cit., n°10 ; S. Schiller, op. cit., n°154 ; S. Dariosecq et N. Metais, art. cit.

⁵⁰¹ V. supra n°s 66 s.

d'exclusion contradictoire même lorsque le motif est objectif⁵⁰², bien que certains auteurs, à juste titre, n'y voient pas d'intérêt⁵⁰³.

117. Conséquences de la stipulation d'un motif d'exclusion trop vague. Ainsi, que le motif d'exclusion prévu par la clause soit objectif ou subjectif, il doit être suffisamment précis et déterminé. La stipulation d'un motif trop vague, en effet, pourrait conduire l'organe compétent pour décider d'une exclusion, soit à exercer un chantage sur certains associés, soit à détenir sur ceux-là un pouvoir discrétionnaire d'exclusion. On peut aisément imaginer qu'un associé dirigeant détienne au titre de cette dernière qualité le pouvoir de mettre en œuvre une clause statutaire d'exclusion. Admettons alors que ladite clause prévoie qu'un associé pourra être contraint de céder ses titres « lorsque son comportement n'est plus compatible avec le bon fonctionnement de la société » ; le dirigeant social, maître de l'exclusion, peut très bien tirer avantage de cette formulation plutôt floue, en excluant un associé dont le comportement ne lui plaît pas personnellement. Seule une rédaction claire et précise des motifs d'exclusion permet d'éviter qu'un organe social détienne le pouvoir arbitraire de forcer des associés à céder leurs titres.

118. Prohibition d'une exclusion abusive. L'exigence de précision des motifs d'exclusion n'a jamais été explicitement consacrée par la jurisprudence⁵⁰⁴, malgré son importance. La Cour de cassation a simplement considéré dans deux arrêts de 1997 « qu'il appartient aux tribunaux, quand ils en sont saisis, de vérifier que l'exclusion n'est pas abusive »⁵⁰⁵. Dès lors, les juges du fond contrôlent également la précision des motifs d'exclusion : nous considérons en effet que cette exigence est en réalité le corollaire d'une règle plus générale posée par les arrêts susvisés, selon laquelle l'exclusion d'un associé ne peut intervenir de manière abusive⁵⁰⁶. Cette affirmation nous apparaît évidente : une clause d'exclusion fait naître chez un organe social un « droit d'exclure »⁵⁰⁷, et comme tout droit, ce dernier peut faire l'objet d'un abus⁵⁰⁸. La stipulation d'une clause d'exclusion prévoyant des motifs trop vagues serait nécessairement un abus du droit d'exclure pour les raisons susvisées⁵⁰⁹.

119. Exemples de motifs suffisamment précis. – Motifs objectifs. Les raisons pour lesquelles un associé peut être tenu de céder ses titres peuvent être relatives, en premier

⁵⁰² Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855, préc.

⁵⁰³ V. not. H. Hovasse, *Exclusion d'un associé d'une société civile pour perte d'une qualité objective*, art. cit. ; J.-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, art. cit., n°4 ; R. Mortier, *Ne pas confondre exclusion et éviction de l'associé*, art. cit. ; et D. Gallois- Cochet, *Clause d'éviction et clause d'exclusion : faut-il distinguer ?*, art. cit., n°5.

⁵⁰⁴ Il ressort, certes, d'une décision que les motifs d'exclusion doivent être « objectifs et légitimes » (CA Nîmes, 2^e ch., sect. B, 4 mars 2010). Cependant, il ne s'agit là que d'un arrêt de Cour d'appel.

⁵⁰⁵ Cass. Com., 21 oct. 1997, n° 95-13.891, RTD com. 1998, p. 169, obs. B. Petit et Y. Reinhard, et Cass. Com., 21 oct. 1997, n° 95-13.892, BJS 1998, p. 40, note P. Le Cannu, préc. (à propos d'une clause limitant le contrôle judiciaire de la licéité de l'exclusion).

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ E. Casimir, art. cit., loc. cit.

⁵⁰⁸ V. à ce sujet l'arrêt emblématique « Coquerel contre Clément-Bayard » : Cass. Req., 3 août 1915.

⁵⁰⁹ Gaëtan Durand-Lépine considère quant à elle que « la notion d'abus de droit doit constituer un frein efficace à tout usage arbitraire ou déraisonnable de l'exclusion » (G. Durand-Lépine, art. cit.).

lieu, à sa situation personnelle. La jurisprudence a plusieurs fois admis la licéité d'une clause prévoyant l'exclusion d'un associé en cas de perte de sa qualité de salarié⁵¹⁰. On peut également imaginer que la cessation des fonctions d'un associé dirigeant justifie son exclusion. Dans une affaire portée devant la Cour d'appel de Nîmes en 2010⁵¹¹, les statuts d'une SAS prévoyaient que le maintien de la qualité d'associé était subordonné à une « condition d'exercice effectif et permanent de l'activité professionnelle ». L'un des associés de la SAS, qui était à la fois dirigeant social et salarié de celle-ci, avait subi un arrêt de travail, et son coassocié, également dirigeant social, avait tenté de l'exclure, en se prévalant de la clause susvisée. Cependant, la Cour d'appel de Nîmes a jugé que la décision d'exclusion était abusive ; il faut surtout en retenir que la « condition d'exercice effectif et permanent de l'activité professionnelle » ne permettait pas à elle seule de prononcer l'exclusion d'un associé atteint d'une inaptitude de longue durée à l'exercice des fonctions de dirigeant ou de salarié. Partant, une telle situation doit être déterminée de manière suffisamment précise dans les motifs d'exclusion, sans quoi procéder à une éventuelle cession forcée constituerait un abus du droit d'exclure. Cet arrêt soutient ainsi notre propos, en établissant clairement que les motifs d'exclusion doivent être rédigés avec une certaine précision.

D'autres motifs relatifs à la situation de l'associé peuvent être envisagés, comme son incapacité juridique, sa mise en procédure collective⁵¹², le prononcé à son encontre d'une condamnation pénale, d'une interdiction d'exercer une profession⁵¹³, d'une faillite personnelle ou encore d'une interdiction de gérer. La mauvaise santé financière d'un associé peut constituer un juste motif d'exclusion ; notons qu'elle devra être déterminée sur la base de « certains ratios ou planchers de ressources ou de performances prédéfinis »⁵¹⁴. Le changement de contrôle d'un associé personne morale est également un motif valide d'exclusion⁵¹⁵, à condition que la notion de « contrôle » soit déterminée de manière précise⁵¹⁶.

Le comportement de l'associé, lorsqu'il est indiscutable, peut tout aussi constituer un motif objectif d'exclusion. Par exemple, les statuts peuvent tout à fait prévoir qu'un associé sera exclu lorsqu'il refusera de voter en faveur d'une opération importante, comme la prorogation de la société, la transformation en une autre forme sociale, ou une augmentation de capital. La mise en œuvre d'une clause d'exclusion se révèle alors bien plus efficace qu'une action en justice pour abus de minorité.

⁵¹⁰ Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855, préc. ; Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, préc. ; Cass. Soc., 9 mars 2017, n° 15-14.416, préc.

⁵¹¹ CA Nîmes, 2^e ch., sect. B, 4 mars 2010, préc.

⁵¹² V. pour la validité d'un tel motif : Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, BJS 2005, p. 995, obs. P. Le Cannu, préc.

⁵¹³ Ces deux motifs sont d'ailleurs expressément visés par la plupart des décrets relatifs aux SEL, v. supra n°27.

⁵¹⁴ M. Germain, P-L. Périn et H. Azarian, op. cit., n°17.

⁵¹⁵ CA Rouen, 8 févr. 1974, préc. ; et par une interprétation *a contrario* de l'arrêt Cass. Com., 13 déc. 1994, n° 93-11.569 et 93-12.349, préc.

⁵¹⁶ Cela ne vaut pas pour les SAS, dans lesquelles l'art. L. 227-17 C. Com. renvoie à l'article L. 233-3 C. Com. pour définir la notion de contrôle, v. supra n°40.

– **Motifs subjectifs.** En second lieu, les motifs d'exclusion contenus dans une clause statutaire peuvent être plus subjectifs, c'est-à-dire relatifs au comportement d'un associé. Il peut s'agir d'une infraction à la loi, d'une faute de gestion, ou d'un acte de dénigrement envers la société. Notons également le cas dans lequel un associé se rend coupable d'un acte de concurrence déloyal : ce motif d'exclusion, qui porte atteinte à la liberté de commerce et de travail, doit nécessairement être inséré à l'unanimité des associés, comme nous le savons⁵¹⁷, sauf dans les SAS depuis 2019⁵¹⁸. La Cour d'appel de Caen, dans un arrêt de 1927, avait validé une clause qui imposait aux associés de « s'abstenir de tous actes et opérations susceptibles de nuire à l'intérêt social » sous peine d'exclusion. Néanmoins, pour les raisons que nous avons évoquées au sujet de l'abus du droit d'exclusion, cette solution ne nous semble plus d'actualité aujourd'hui ; le motif devrait être beaucoup plus précis et viser les spécifiquement les actes prohibés.

Une clause peut valablement prévoir l'exclusion d'un associé lorsque celui-ci commet une infraction aux statuts, comme la violation d'une clause d'inaliénabilité par exemple⁵¹⁹. Plus généralement, l'inexécution d'une obligation imposée par les statuts peut justifier l'exclusion d'un associé, mais il a été précisé par la Cour de cassation en 1989⁵²⁰, dans un arrêt rendu à propos d'un groupement d'intérêt économique (GIE), qu'il faut alors démontrer qu'il s'agit d'une « inexécution grave, répétée ou inexcusable des obligations incombant aux membres du GIE ». L'inexécution d'une obligation imposée par les statuts doit ainsi répondre à une des trois conditions alternatives posées par cet arrêt, c'est-à-dire être soit grave, soit répétée, soit inexcusable. En l'espèce le refus de satisfaire à un appel de fonds ne répondait à aucun de ces trois critères.

La question de la mésentente entre associés est très discutée. Alors que la dissolution est le seul remède légal à une telle situation⁵²¹, certains auteurs ont parfois estimé que le juge devrait pouvoir, en l'absence de toute stipulation statutaire d'exclusion, prononcer la cession forcée des titres du demandeur en dissolution afin d'éviter cette dernière⁵²². Or, la jurisprudence, nous le savons, a expressément écarté cette possibilité⁵²³. La mésentente entre associés nous semble néanmoins pouvoir constituer un juste motif d'exclusion lorsqu'elle est prévue en tant que tel par les statuts, à l'instar d'autres auteurs⁵²⁴.

Il est également possible de prévoir qu'un désintérêt pour la gestion de la société pourra justifier l'exclusion d'un associé, par exemple en cas d'absentéisme répété de celui-ci

⁵¹⁷ CA Paris, ch. 3, sect. A, 27 mai 2001, préc. ; CA Paris, pôle 5, ch. 8, 17 févr. 2015, n° 14/00358, préc. (v. supra n°105).

⁵¹⁸ V. supra n°s 110 s.

⁵¹⁹ H. Azarian, *Sociétés par actions simplifiées. – Création et statut des associés*, op. cit., loc. cit.

⁵²⁰ Cass. com., 21 nov. 1989, n° 87-15.332.

⁵²¹ C. Civ., art. 1844-7, 5°.

⁵²² V. S. Dariosecq et N. Metais, art. cit. ; J-M. de Bermond de Vaulx, *La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?*, art. cit.

⁵²³ Cass. Com., 12 mars 1996, n° 93-17.813, JCP E 1996. II. p. 831, note Y. Paclot, préc., v. supra n°93.

⁵²⁴ B. Dondero et *alii*, op. cit., n° 8115 et 86139.

aux assemblées⁵²⁵. Une telle clause a d'ailleurs fait l'objet d'un contentieux porté devant la chambre commerciale de la Cour de cassation le 14 octobre 2020⁵²⁶. La Cour a en l'espèce validé l'exclusion d'un associé minoritaire sur le fondement d'une clause prévoyant qu'« en cas de désintérêt d'un associé se manifestant par une absence répétée aux assemblées générales, son exclusion peut être prononcée ». Pour autant, dans les faits, le domicile de l'associé exclu était très éloigné du lieu de tenue des assemblées, et un litige était pendant entre la société et l'associé devant une instance de médiation. Ces circonstances n'ont cependant pas convaincu la Cour de cassation. Si cette solution est compréhensible dans la mesure où le contrat constitue la loi des parties, elle est néanmoins inquiétante pour les associés minoritaires, notamment ceux possédant des participations minoritaires dans différentes sociétés... De telles clauses les contraindraient alors à assister à toutes les assemblées générales de toutes les sociétés dans lesquelles ils possèdent des titres, ce qui peut se révéler impossible en pratique. Les majoritaires, quant à eux, ont désormais à leur disposition un moyen de pression efficace sur les minoritaires. Il ne faudrait pas, selon nous, que l'exclusion devienne l'outil d'une dictature de la majorité dans les sociétés ; il appartient désormais aux minoritaires d'être particulièrement attentifs aux clauses auxquelles ils consentent en entrant dans une société.

120. Difficultés relatives à l'objectivité de certains motifs. Il est parfois difficile de déterminer si un motif d'exclusion est objectif ou subjectif, comme lorsqu'il est stipulé qu'une situation de blocage des décisions entraînera l'exclusion d'un des associés. Le professeur Jean-Jacques Ansault estime que « si l'existence d'un blocage, révélateur d'une telle mésentente, relève d'un constat objectif de l'organe investi du pouvoir d'exclure, les raisons d'être de ce blocage font appel à une analyse plus subjective de la situation »⁵²⁷. L'existence d'une situation de blocage peut ainsi se teinter de subjectivité lorsque la mauvaise foi de certains associés s'en mêle. On pourrait alors craindre que des associés majoritaires se servent d'une clause d'exclusion, voire d'éviction, pour opérer un chantage à l'encontre des minoritaires, en les contraignant à accepter une décision sociale qui ne serait favorable qu'à eux. Les minoritaires n'auraient alors d'autre choix, soit d'accepter la résolution qui leur est défavorable, soit de se voir exclus de la société pour blocage de ladite résolution.

Toute la question est en l'occurrence de savoir si une clause d'exclusion fondée sur le blocage d'une décision peut constituer une clause d'éviction, au régime allégé, ou non. Nous estimons qu'une telle clause constitue nécessairement une clause d'exclusion en raison de sa relative subjectivité, et partant, la réalité du blocage doit nécessairement pouvoir être discutée contradictoirement.

⁵²⁵ M. Germain, P-L. Périn et H. Azarian, op. cit., loc. cit.

⁵²⁶ Cass. Com., 14 oct. 2020, n° 18-19.181, Rev. sociétés 2021, p. 93, note L. Godon.

⁵²⁷ J-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, art. cit., n°5.

Si sur la forme, les motifs d'exclusion d'un associé doivent nécessairement être rédigés avec une certaine précision, qu'en est-il sur le fond ?

§2 : De « justes motifs » conformes à l'ordre public

121. Formule jurisprudentielle. Dans un célèbre arrêt rendu en 2005, la Cour de cassation a positivement consacré la validité des clauses statutaires d'exclusion⁵²⁸. Mais les enseignements que l'on a pu tirer de cette décision ne s'arrêtent pas là : la Haute juridiction a en effet approuvé la Cour d'appel de Montpellier d'avoir validé la clause litigieuse en ce que celle-ci était « conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public ». Si cette formule est celle de la Cour d'appel et non celle de la Cour unificatrice, cette dernière semble l'approuver implicitement « puisqu'elle la relève sans discussion »⁵²⁹.

Le critère de la conformité à l'ordre public d'une clause d'exclusion n'a rien d'étonnant : cela découle directement du droit commun des contrats⁵³⁰ et vaut pour toute clause statutaire. Mais il est plus discutable qu'une clause d'exclusion doive nécessairement être conforme à l'intérêt de la société, ou dirait-on aujourd'hui, l'intérêt social⁵³¹, comme semble pourtant l'affirmer cet arrêt. On peut également se demander si de manière sous-jacente, une clause d'exclusion doit tenir compte de l'*intuitu personae*, de l'*affectio societatis*, ou prévoir des motifs d'une certaine gravité.

122. Conformité à l'intérêt social ? Affirmer qu'une clause d'exclusion doit nécessairement être conforme à l'intérêt de la société sonne de prime abord comme une évidence. En effet, exclure un associé a bien souvent comme vertu de permettre la continuation de la société. C'est le cas, par exemple, lorsque la mise en œuvre d'une clause d'exclusion tranche une mésentente entre associés ou sanctionne celui qui s'oppose à une décision de prorogation de la société. On peut également évoquer en ce sens l'exclusion d'origine légale parfois complétée par une clause⁵³² qui permet la cession forcée des titres d'un associé de société civile ou de SNC⁵³³. Un célèbre arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen en 1974 avait d'ailleurs exigé qu'une clause d'exclusion soit justifiée par « la pérennité d'une société », ou a minima par de « justes motifs »⁵³⁴.

Toutefois, on remarque que les critères énoncés par la Cour d'appel de Rouen sont alternatifs, et qu'ainsi de « justes motifs » peuvent, seuls, suffire pour exclure un associé. Le professeur Dorothee Gallois-Cochet estime que la conformité à l'intérêt social ne conditionne pas la validité d'une clause d'exclusion, dans la mesure où celle-ci « repose sur

⁵²⁸ Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, BJS 2005, p. 995, obs. P. Le Cannu, préc., v. supra n°64.

⁵²⁹ D. Randoux, art. cit., loc. cit.

⁵³⁰ C. Civ., art. 1162.

⁵³¹ C. Civ., art. 1833, al. 2.

⁵³² Comme cela était le cas dans le fameux arrêt Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, préc.

⁵³³ V. supra n°s 17 s.

⁵³⁴ CA Rouen, 8 févr. 1974, préc.

l'acceptation préalable par l'associé de l'atteinte à son droit propre de rester [dans la société] », et que « cette atteinte peut librement être consentie quelle qu'en soit la finalité »⁵³⁵. Nous adhérons, comme d'autres⁵³⁶, à cette vision plus libérale des motifs d'exclusion. En effet, nous estimons que tous les motifs d'exclusion valides ne sont pas justifiés par la protection de l'intérêt social : par exemple, l'exclusion d'un associé pour perte de sa qualité de salarié se justifie plus par une politique d'entreprise que par la pérennité de la société ou l'intérêt social. C'est pourquoi nous préférons retenir la formule de la Cour d'appel de Rouen, susvisée, et estimer que l'exclusion doit se baser sur de « justes motifs ». Ces justes motifs, selon nous, doivent bien entendu être conformes à l'ordre public, et peuvent être justifiés de différentes manières.

123. Justes motifs – Gravité du motif. On a longtemps pu se demander si les motifs d'exclusion prévus par une clause doivent nécessairement être d'une certaine gravité. Cette exigence de gravité des motifs d'exclusion est prévue par la loi dans les GAEC⁵³⁷, mais n'existe dans aucune autre forme sociale. Pour autant, les clauses d'exclusion prévoyant des motifs d'une certaine gravité, comme le prononcé, à l'égard d'un associé, d'une condamnation civile ou pénale ou de l'interdiction d'exercer une profession, sont très courantes. Deux arrêts importants de 1997 ont écarté le raisonnement d'un associé exclu qui estimait que les juges du fond devaient « s'assurer de la gravité des motifs invoqués pour justifier l'exclusion », en estimant que ceux-ci ne devaient contrôler que le caractère abusif de l'exclusion⁵³⁸. On considère depuis lors qu'il n'est pas nécessaire qu'un motif d'exclusion soit d'une certaine gravité. Malgré ce postulat, la Cour de cassation, dans un arrêt de 2018 relatif à une SCV, a approuvé une Cour d'appel qui avait retenu que l'exclusion d'un associé était abusive car prononcée en l'absence de tout motif grave⁵³⁹. Cependant, cet arrêt est inédit, relativement isolé, et ne devrait même pas avoir de conséquence particulière sur le droit positif de la SCV⁵⁴⁰.

– **Respect de l'*affectio societatis* et de l'*intuitu personae*.** Un juste motif d'exclusion peut être justifié, d'une part, par le respect de l'*affectio societatis*. En effet, un associé dont le comportement démontre un certain désintérêt pour le fonctionnement de la société, voire va à l'encontre de ce dernier, ne peut plus décemment rester demeurer en cette qualité. C'est pourquoi certaines clauses prévoient qu'un associé pourra être exclu lorsqu'il commettra des actes de concurrence déloyale envers la société, ou lorsqu'il aura dépassé un

⁵³⁵ D. Gallois-Cochet, *L'obscurité de la clarté du régime de l'exclusion statutaire*, art. cit., n°12.

⁵³⁶ J.-J. Daigre et *alii*, op. cit., n°19.

⁵³⁷ C. rur., art. R. 323-38, v. supra n°s 44 s.

⁵³⁸ Cass. Com., 21 oct. 1997, n° 95-13.891, RTD Com. 1998, p. 169, obs. B. Petit et Y. Reinhard, et Cass. Com., 21 oct. 1997, n° 95-13.892, BJS 1998, p. 40, note P. Le Cannu, préc.

⁵³⁹ Cass. Com., 14 nov. 2018, n° 16-24.532, préc.

⁵⁴⁰ V. E. Casimir, art. cit., loc. cit., v. supra n°47.

certain niveau d'absentéisme aux assemblées. Il a d'ailleurs été reconnu que la violation d'une clause d'exclusivité d'exercice professionnel peut constituer un juste motif d'exclusion⁵⁴¹.

D'autre part, la considération de l'*intuitu personae* peut justifier qu'un associé soit exclu d'une société. C'est le cas par exemple quand une clause prévoit qu'un associé personne morale dont le contrôle a été modifié peut être contraint de céder ses titres, ou lorsque la qualité d'associé est subordonnée à une autre, comme celle de salarié ou celle de courtier⁵⁴², par exemple. Une clause d'exclusion constitue par ailleurs un bon moyen d'apporter une touche d'*intuitu personae* dans une société de capitaux⁵⁴³.

124. Clarification des conditions de validité des motifs d'exclusion. Nous avons pu voir que les motifs pour lesquels un associé peut être exclu répondent donc à plusieurs conditions de validité : ils doivent être suffisamment précis, conformes à l'ordre public, et enfin, être justes. Cette dernière condition est la plus difficile à apprécier dans la mesure où elle englobe différentes acceptions : un juste motif peut être grave, justifié par l'intérêt social, l'*affectio societatis* ou encore l'*intuitu personae*... La variété des motifs existants a créé une certaine confusion au sein de la doctrine, qui a parfois pu considérer qu'une de ces justifications constituait en réalité une condition de validité de l'ensemble des motifs d'exclusion. Or, il est impossible de dégager d'autres exigences générales que celles que nous avons citées, dans la mesure où la validité d'un motif d'exclusion, bien souvent, doit être appréciée au cas par cas.

Après avoir clarifié les conditions relatives à la clause d'exclusion, nous nous intéresserons à celles relatives à la procédure prévue par ladite clause.

⁵⁴¹ Cass. 1^{re} Civ., 4 janv. 1995, Rev. sociétés 1995, p. 525, note M. Jeantin, préc.

⁵⁴² CA Paris, 15^e ch., sect. A, 24 sept. 1996, n° 95-014293.

⁵⁴³ V. S. Hélot, *La place de l'intuitus personae dans la société de capitaux*, D. 1991, p. 143.

Chapitre II – Les conditions relatives à la procédure d'exclusion

125. Organisation statutaire de la procédure. Lorsque la clause prévoyant la cession forcée des titres d'un associé est une clause d'exclusion et non une clause d'éviction, elle doit nécessairement prévoir une procédure d'exclusion. Avant même que cette distinction ne soit faite, la doctrine majoritaire l'a toujours vu ainsi⁵⁴⁴. Aucune disposition législative ne venant règlementer la procédure d'exclusion, c'est la jurisprudence qui a dû s'y employer.

Il est ainsi intéressant d'étudier quels droits sont garantis à l'associé exclu au cours de la procédure (Section 1), et comment est désigné l'organe compétent pour en connaître (Section 2).

Section 1 : Le respect des droits extrapatrimoniaux de l'associé exclu

126. Droits extrapatrimoniaux. Dans la mesure où la cession forcée des droits sociaux d'un associé constitue une atteinte au droit de propriété de ce dernier, la procédure d'exclusion doit nécessairement lui garantir un certain nombre de droits. Nous n'évoquerons pas immédiatement les droits patrimoniaux de l'associé exclu, qui sont plutôt relatifs aux conséquences de la mesure d'exclusion⁵⁴⁵. En revanche, le respect des droits extrapatrimoniaux de celui-ci est prépondérant lors de la procédure d'exclusion.

La procédure d'exclusion doit ainsi respecter le droit de participer et de voter (paragraphe 1) ainsi que les droits de la défense de l'associé exclu (paragraphe 2).

§1 : Le respect du droit de participer et de voter de l'associé exclu

127. Hypothèse marginale. Si le respect du droit de vote de l'associé exclu est une question qui a fait couler énormément d'encre, il s'agit en réalité d'une exigence qui n'existe que dans une situation bien particulière. En effet, le respect du droit de vote de l'associé dont l'exclusion est envisagée ne concerne que le cas où l'organe compétent pour prononcer l'exclusion est un organe collégial dont l'associé fait partie ; classiquement, l'assemblée générale. Il est néanmoins possible de contourner cette exigence, en conférant cette compétence à un organe non collégial, tel qu'un organe de direction, ou à un organe collégial dont l'associé ne fait pas partie⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ V. not. Y. Guyon, *Aménagements statutaires et conventions entre associés*, op. cit., n° 98, cité in G. Durand-Lepine, art. cit. ; S. Schiller, op. cit., n°150 ; *Le Lamy Sociétés Commerciales 1998*, éd. Lamy, 1998, n° 751, cité in S. Dariosecq et N. Metais, art. cit. ; P. Le Cannu, *Est réputée non écrite la clause interdisant à un associé de SAS de prendre part au vote sur son exclusion pour perte de qualité*, Rev. sociétés 2014, p. 550, n°4.

⁵⁴⁵ V. infra n°s 145 s.

⁵⁴⁶ V. infra n°138.

128. Fondement légal. Cette exigence trouve son origine en droit commun des sociétés, à l'article 1844 du Code civil. Celui-ci dispose en son premier alinéa que « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Partant, dès lors qu'une décision collective prononce une exclusion, il faut en déduire que l'associé concerné a le droit d'y participer. Mais cela veut-il dire qu'il a le droit de voter ? Le droit de participer de l'associé est, en effet, distinct de son droit de vote⁵⁴⁷. C'est sur le fondement de cette disposition légale d'ordre public que de nombreux plaideurs ont tenté de faire invalider des procédures d'exclusion, au motif que l'associé concerné n'avait pas pu voter sur son exclusion.

129. Fondement jurisprudentiel. Le célèbre arrêt « Château d'Yquem » rendu en 1999 par la Cour de cassation est le premier à avoir clairement énoncé le principe suivant : « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et [...] les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions »⁵⁴⁸. Cette décision a trouvé son écho dans l'arrêt tout aussi célèbre « Arts et entreprises » rendu en 2007, dans lequel la Haute juridiction a invalidé, au visa notamment de l'article 1844 du Code civil, une décision de Cour d'appel qui avait validé l'exclusion d'un associé de SAS prononcée sans que celui-ci n'ait pu prendre part au vote⁵⁴⁹. La Cour d'appel de Douai, en l'espèce, avait considéré que le principe posé au premier alinéa de l'article 1844 du Code civil « n'est pas absolu et peut connaître des dérogations législatives expresses ou implicites », et que la SAS, de par la grande liberté contractuelle qui la caractérise, peut permettre de tels aménagements du droit de vote de l'associé exclu⁵⁵⁰. Le rejet de ce raisonnement, pourtant plutôt cohérent, a ainsi eu pour conséquence d'étendre la solution dégagée par l'arrêt « Château d'Yquem » à la SAS, qui est la forme sociale laissant le plus de liberté aux rédacteurs de statuts. Partant, sur la base de cet arrêt, on peut considérer que le respect du droit de vote de l'associé exclu doit s'appliquer, *a fortiori* dans toutes les autres formes sociales, plus rigoureusement encadrées que la SAS⁵⁵¹.

Dans deux arrêts de 2013, la Cour de cassation a ensuite précisé la sanction attachée au non-respect du droit de vote de l'associé exclu⁵⁵². Il apparaît que la clause d'exclusion, dans son intégralité, doit être réputée non écrite ; cela résulte de la combinaison des jurisprudences précitées et de la lettre de l'article 1844-10 du Code civil, qui dispose que « Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite ». Par jeu de

⁵⁴⁷ V. Cass. com., 4 janv. 1994, n° 91-20.256 ; Y. Guyon, *Assemblées d'actionnaires*, Rép. Soc. Dalloz, sept. 2002, n° 171.

⁵⁴⁸ Cass. Com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661, Rev. sociétés 1999, p. 81, note P. Le Cannu ; RTD Com. 1999, p. 902, obs. Y. Reinhard, préc.

⁵⁴⁹ Cass. Com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537, Dr. sociétés 2007, n° 12, comm. H. Hovasse ; D. 2008, p. 47, note Y. Paclot, préc.

⁵⁵⁰ CA Douai, 2^e ch., sect. 2, 16 mars 2006.

⁵⁵¹ V. pour la portée de l'arrêt : Y. Paclot, *L'irréductible droit de vote de l'associé exclu*, D. 2008, p. 47. On remarque que les auteurs citent principalement cet arrêt pour évoquer le principe du respect du droit de vote de l'associé exclu : v. D. Gallois-Cochet, *L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire*, art. cit., n° 10 ; B. Dondero et *alii*, op. cit., n° 8130 ; J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, op. cit., n° 887.

⁵⁵² Cass. Com., 9 juill. 2013, n° 12-21.238 et 11-27.235, JCP E 2013, n° 38, 1516, comm. B. Dondero ; Dr. sociétés 2013, n° 10, comm. R. Mortier.

dominos, la décision d'exclusion a été annulée sur le fondement du troisième alinéa du même article, qui dispose que « La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ». Au-delà de la sévérité de la sanction, laquelle aurait pu se cantonner au réputé non écrit de la partie de la clause qui prévoyait la confiscation du droit de vote de l'associé à exclure, on retient surtout de cet arrêt l'impossibilité de régulariser une clause d'exclusion prévoyant une telle confiscation. En effet, suite au prononcé de l'exclusion, l'associé majoritaire, conscient de son erreur, avait fait supprimer la partie de la clause qui prévoyait la suppression du droit de vote de l'associé à exclure ; cela n'a pour autant pas suffi à empêcher que la clause soit réputée non écrite et que l'exclusion soit annulée. La solution rendue est donc extrêmement protectrice envers l'associé exclu, c'est-à-dire la partie faible, comme le relève le professeur Renaud Mortier⁵⁵³.

Cette sévérité envers les clauses d'exclusion prévoyant une suppression du droit de vote de l'associé exclu s'est confirmée. En effet, la Cour de cassation a considéré dans un arrêt de 2014 qu'une telle clause doit être réputée non écrite, et la décision d'exclusion prise sur son fondement doit être déclarée nulle, « peu important que [l'associé à exclure] ait été admis à prendre part au vote »⁵⁵⁴. Il est ainsi impossible de régulariser une clause d'exclusion contraire à l'article 1844 du Code civil une fois qu'elle a été mise en œuvre. Cela peut se comprendre lorsque l'on sait que dans la pratique, voter sur une exclusion à l'unanimité des voix sans compter celle de l'intéressé revient parfois à laisser toute latitude à un associé pour exclure son unique coassocié⁵⁵⁵.

130. Une exigence récemment nuancée. A l'occasion de deux arrêts de 2018⁵⁵⁶, la Cour de cassation s'est penchée sur le cas d'une SCM dont les statuts prévoyaient que « lorsque la société comprend au moins trois associés, l'assemblée générale statuant à l'unanimité moins les voix de l'associé mis en cause, peut, sur proposition de tout associé, exclure tout membre de la société pour les causes suivantes [...] ». En l'occurrence, la société comportait trois associés et l'un d'entre eux avait été exclu par une décision prise en assemblée générale. Le détail important dans cette affaire est que l'associé à exclure avait pu participer et voter lors de la décision relative à son exclusion ; il avait malgré cela dû céder ses titres puisque l'unanimité des autres associés suffisait à l'y contraindre. L'associé exclu, mécontent de cette décision et fort de la jurisprudence constante qui interdit la suppression du droit de vote d'un associé à exclure, avait agi en justice aux fins de faire annuler la décision, et réputer non écrite la clause litigieuse.

⁵⁵³ R. Mortier, *L'impossible régularisation de l'exclusion décidée en violation du droit de participation*, Dr. sociétés n°10, oct. 2013, comm. 154.

⁵⁵⁴ Cass. Com., 6 mai 2014, n° 13-14.960, Rev. sociétés 2014, p. 550, note P. Le Cannu ; D. 2014, p. 1485, obs. B. Dondero.

⁵⁵⁵ V., se servant de ce constat pour annuler une décision d'exclusion : Cass. Com., 10 févr. 2015, n° 13-17.555.

⁵⁵⁶ Cass. Com., 24 oct. 2018, n° 17-26.402 et 15-27.911, BJS 2019, n°1 p. 23, note B. Brignon ; Dr. sociétés 2019, n°2, comm. R. Mortier ; Rev. sociétés 2019, p. 246, note J-P. Dom ; RTD Com. 2018, p. 264, obs. J. Moury.

Cependant, la Cour de cassation, dans un des deux arrêts⁵⁵⁷, a retenu que « malgré une rédaction malheureuse, cette clause ne contrevient pas aux dispositions de l'article 1844 du Code civil » et a relevé que l'associé exclu, « convoqué à l'assemblée générale litigieuse, a émis un vote dont il a été tenu compte », et que dès lors, « la décision de son exclusion s'est trouvée acquise en raison de l'unanimité des voix des autres associés qui y étaient favorables ». Alors, que faut-il déduire de cet arrêt ? D'une part, on remarque une certaine ambiguïté quant à l'exercice du droit de vote de l'associé exclu : ce dernier a participé à l'assemblée litigieuse, a voté, mais *in fine* sa voix n'a pas été prise en compte. La Haute juridiction considère que l'on a « tenu compte » de son vote... Pour autant, on ne peut pas s'empêcher de penser qu'il ne s'agissait là que d'un simulacre de décision, et que l'associé à exclure n'a jamais eu voie au chapitre malgré les apparences. Le professeur Renaud Mortier parle à juste titre de « stérilisation du droit de vote de l'associé exclu »⁵⁵⁸. D'autre part, il est intéressant de constater que la Cour unificatrice semble consacrer une notion particulière d'unanimité. Bastien Brignon considère que la solution ne choque pas « si l'on accepte que l'unanimité puisse être une notion à géométrie variable »⁵⁵⁹. Cette conception de l'unanimité semble être celle qu'il faut retenir pour l'avenir en matière de décision d'exclusion.

131. Avenir du droit de vote de l'associé exclu. Bien que l'arrêt de 2018 ne remette pas directement en cause la jurisprudence constante de la Cour de cassation issue notamment des arrêts « Château d'Yquem » et « Arts et entreprises », elle assouplit incontestablement l'exigence posée par ces derniers. En effet, le droit de vote de l'associé à exclure ne peut toujours pas lui être retiré, celui-ci devant nécessairement pouvoir participer et voter lors de la décision d'exclusion. Pour autant, il est désormais parfaitement possible de ne pas tenir compte du vote du principal intéressé, de manière à ce que les autres associés puissent l'exclure à une « unanimité » qui ne comprend que leurs voix⁵⁶⁰. Si la décision est relative à une SCM, elle est transposable à toutes les autres formes sociales, tant la problématique est universelle⁵⁶¹.

Selon nous, le tempérament apporté au respect du droit de vote de l'associé à exclure n'est qu'une illustration de la faiblesse de ce principe. En effet, si celui-ci a maintes fois été martelé par la jurisprudence, on considère depuis longtemps en doctrine qu'il est plus judicieux de conférer le pouvoir d'exclusion à un organe de direction ou du moins à un organe collégial dont ne fait pas partie l'associé à exclure, de manière à éviter tout simplement

⁵⁵⁷ L'arrêt n° 17-26.402 est en réalité celui qui nous intéresse le plus. En effet, l'arrêt 15-27.911 énonce seulement « qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés, fût-ce pour prévenir un dommage imminent, de prescrire, en vue de sa mise en œuvre par l'assemblée générale d'une société, une règle d'adoption d'une résolution différente de celle prévue par les statuts, celle-ci serait-elle illicite ». Cela n'a rien d'étonnant car le juge doit respecter la loi des parties.

⁵⁵⁸ R. Mortier, *La stérilisation du droit de vote de l'associé exclu*, Dr. sociétés n°2, févr. 2019, comm. 21.

⁵⁵⁹ B. Brignon, *L'unanimité sans le consentement de tous les associés : bataille autour des droits de vote et de participer !*, BJS n°1, 1^{er} janv. 2019, p. 23, n°10.

⁵⁶⁰ Néanmoins, un praticien avisé trouvera toujours « risqué » de retirer le droit de vote d'un associé amené à voter sur sa propre exclusion (Entretien avec D. Ybert de Fontenelle, préc.).

⁵⁶¹ V. J. Moury, *Attribution statutaire spéciale du droit de vote à l'associé devant faire l'objet d'une mesure d'exclusion*, RTD Com. 2018, p. 964, n°1 ; Ibid., n°8.

que la problématique ne se pose. En 1995, un auteur considérait déjà qu'« en tout état de cause, il faut éviter que ne soit conféré aux associés ou à certains d'entre eux un véritable pouvoir d'exclusion »⁵⁶². L'arrêt de 2018 ne fait que donner aux associés une autre manière de faire fi du droit de vote de l'un des leurs. Si l'on prend du recul sur la question, on se rend compte que c'est tout le régime de l'exclusion qui s'affaiblit progressivement, tant il est aisément possible de le contourner.

§2 : Le respect des droits de la défense de l'associé exclu

132. Principes processuels. Le contradictoire⁵⁶³, et plus généralement, les droits de la défense⁵⁶⁴, forment un ensemble de principes applicables lors d'une procédure judiciaire. Partant, il n'y a pas lieu de les appliquer, *prima facie*, à une procédure d'exclusion qui n'a rien de judiciaire et s'apparente plutôt à une procédure interne à une société. Certains auteurs comme le professeur Renaud Mortier parlent d'ailleurs de « mini-procès »⁵⁶⁵. Toutefois, certains plaideurs ont pu soulever que ces droits ne peuvent pas être retirés à un associé faisant l'objet d'un mini-procès relatif à son exclusion, et la jurisprudence a parfois approuvé ce raisonnement.

133. Respect du principe du contradictoire. Il est de jurisprudence constante que le principe du contradictoire doit être respecté au cours du mini-procès de l'associé dont l'exclusion est envisagée⁵⁶⁶. Cela signifie d'une part qu'il doit être informé des griefs retenus contre lui dans le cadre de la procédure d'exclusion, et d'autre part qu'il doit être en mesure de présenter ses observations. Pour ce faire, une convocation devra lui être adressée, de préférence par lettre recommandée avec accusé de réception⁵⁶⁷. Il ressort d'un arrêt de 2012, déjà évoqué, qu'un associé exclu n'est pas fondé à se prévaloir de l'inobservation du principe du contradictoire lorsque lui a été notifiée la mise en œuvre de la procédure par une lettre « qui précisait le motif de l'exclusion envisagée ainsi que ses modalités » et qui l'invitait « à présenter ses observations sur ces points »⁵⁶⁸.

S'est également posée la question de la sanction du non-respect du contradictoire lors de la procédure d'exclusion. Il ressort d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2010⁵⁶⁹, confirmé par deux décisions ultérieures⁵⁷⁰, que seuls des

⁵⁶² G. Durand-Lepine, art. cit.

⁵⁶³ V. CPC, art. 14 s. ; Conv. EDH, art. 6-1.

⁵⁶⁴ V. Conv. EDH, art. 6.

⁵⁶⁵ R. Mortier, *De l'art d'expulser un associé sans encombre*, art. cit. ; R. Mortier, *Ne pas confondre exclusion et éviction de l'associé*, art. cit. ; R. Mortier, *Consécration de la liberté statutaire d'exclusion d'un associé*, JCP E n°19-20, 11 mai 2012, 1310.

⁵⁶⁶ V. CA Reims, 17 oct. 1977 ; CA Versailles, 26 mars 1990 ; Cass. Com., 7 juill. 1992 (à propos d'un GIE) ; Cass. 1^{re} Civ., 19 mars 2002, 00-10.645 (à propos d'une association).

⁵⁶⁷ J-J. Daigre et *alii*, op. cit., n°23.

⁵⁶⁸ Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855, préc.

⁵⁶⁹ Cass. com., 13 juill. 2010, n° 09-16.156, BJS 2010, p. 990, note P. Le Cannu ; Dr. sociétés 2011, n°11, comm. H. Hovasse, préc.

⁵⁷⁰ Cass. Com., 9 nov. 2010, n° 10-10-150 ; Cass. Com., 17 mars 2015, n° 14-12.407.

dommages et intérêts peuvent être alloués à l'associé qui n'a pas pu s'expliquer sur les faits qui lui étaient reprochés. Partant, la nullité de la décision d'exclusion ne peut pas être prononcée pour ce seul motif, dans la mesure où l'article L. 235-1 du Code de commerce dispose que « La nullité d'actes ou délibérations [...] ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre⁵⁷¹ ou des lois qui régissent les contrats ». Or, le respect du principe du contradictoire lors de la procédure d'exclusion est une règle prétorienne, et non législative, ce qui explique que sa violation ne puisse entraîner la nullité de la décision d'exclusion. Si certains auteurs ont salué cette décision en estimant que les principes processuels ne devrait pas avoir une place aussi importante au sein des sociétés⁵⁷², d'autres regrettent qu'un associé exclu soit privé d'une sanction aussi efficace que la nullité⁵⁷³, alors que « l'obligation d'entendre l'associé avant son exclusion est incontestablement d'ordre public »⁵⁷⁴.

Nous rejoignons cette seconde partie de la doctrine. Selon nous, bien qu'un associé puisse toujours attaquer une décision d'exclusion devant de vraies juridictions, et ce même dans le cas où les statuts ne le permettraient pas⁵⁷⁵, il est important qu'il puisse apporter ses observations lors de la procédure d'exclusion, et que l'on fasse respecter cette exigence par de vraies sanctions. Le fait que l'associé exclu ne puisse obtenir que des dommages et intérêts en cas de violation de ladite exigence est, à ce titre, problématique. En effet, comme le relève le professeur Paul Le Cannu, pour obtenir une indemnisation l'intéressé devra démontrer quel préjudice lui a causé l'absence de contradiction ; partant, il s'agira forcément d'une perte de chance de conserver sa qualité d'associé, laquelle perte de chance est bien souvent égale à zéro⁵⁷⁶. On peut alors craindre que le contradictoire soit régulièrement bafoué par des associés peu scrupuleux, qui ne craindront nullement la sanction attachée à l'irrespect de ce principe. Cela est regrettable car il aurait été opportun pour la Haute juridiction d'admettre que la violation dudit principe, bien que prétorien et donc non-impératif, puisse entraîner la nullité d'une décision sociale, comme elle l'a admis en cas d'abus de majorité et de fraude⁵⁷⁷.

Enfin, on peut remarquer que la situation de l'associé exclu est ici calquée sur celle du dirigeant social, dont la révocation irrégulière ne peut entraîner que l'octroi de dommages et intérêts, et non la réintégration dans la société. Nous estimons que cette symétrie est regrettable, dans la mesure où, comme nous l'avons déjà évoqué, un associé est propriétaire de ses titres, et non un simple mandataire.

⁵⁷¹ Quelques exceptions ont ensuite été ajoutées par la loi PACTE en 2019 mais n'affectent pas la solution rendue ici.

⁵⁷² C. Champaud et D. Danet, *Associé. Exclusion. Société à capital variable. Conseil d'administration. Absence de l'associé exclu. Nullité de la décision (non)*, RTD Com. 2010, p. 727.

⁵⁷³ P. Le Cannu, *L'absence de contradiction n'est pas une cause de nullité de l'exclusion d'un associé*, BJS n°12, 1^{er} déc. 2010, p. 990, n°s 4 s.

⁵⁷⁴ H. Hovasse, *Exclusion d'un actionnaire d'une société anonyme coopérative à capital variable*, Dr. sociétés n°11, nov. 2010, comm. 200.

⁵⁷⁵ Cass. Com., 21 oct. 1997, n° 95-13.891 et 95-13.892, préc.

⁵⁷⁶ P. Le Cannu, *L'absence de contradiction n'est pas une cause de nullité de l'exclusion d'un associé*, art. cit., n°7.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, n°5.

134. Droit à la présence d'un avocat. Un autre droit de la défense fondamental est le droit à la présence d'un avocat⁵⁷⁸. Certains associés, mécontents de leur sort, ont pu tenter de faire annuler la décision les ayant exclus au motif qu'ils n'avaient pas pu se faire assister d'un avocat. Cependant, la jurisprudence, à travers plusieurs arrêts, n'a cessé de marteler un principe clair : l'organe social qui décide d'une exclusion n'est pas un organe juridictionnel, mais un organe de gestion interne à la société. Cela a été énoncé à propos d'une assemblée générale⁵⁷⁹ et du conseil d'administration d'une SA coopérative⁵⁸⁰. Partant, l'avocat de l'associé dont l'exclusion est envisagée peut très bien être empêché d'assister à l'audition de son client⁵⁸¹, sans que cela n'entraîne de sanction particulière. Cela s'explique dans la mesure où l'associé pourra ensuite contester la décision l'ayant exclu devant une véritable juridiction, au cours d'une instance où il pourra jouir pleinement de ses droits de la défense.

135. Faiblesse des droits de la défense lors de la procédure d'exclusion. A l'instar du droit de vote de l'associé à exclure, les droits de la défense de celui-ci n'occupent pas une place prégnante dans la procédure d'exclusion. Finalement, seul le principe du contradictoire est applicable à ladite procédure, et seulement en ce que la jurisprudence l'exige. Encore une fois, nous constatons que le régime de l'exclusion, bien que contraignant au premier abord, peut aisément être déjoué par des praticiens bien informés. La consécration de la clause d'éviction⁵⁸² vient même réduire le champ d'application de la règle du contradictoire dans une procédure d'exclusion. En effet, en présence d'une clause d'éviction, il est établi qu'organiser une procédure est inutile. Le rôle du contradictoire devient dès lors bien dérisoire : applicable pour une partie seulement des cas d'exclusion, faiblement sanctionné, il peut être aisément mis de côté, notamment par l'organe social compétent pour prononcer l'exclusion.

Section 2 : L'organe compétent pour connaître de l'exclusion

136. Emanation de la volonté de la société. La désignation d'un organe compétent pour connaître de l'exclusion d'un associé fait partie des mentions qui doivent nécessairement figurer dans une clause d'exclusion. La décision d'exclusion, *in fine*, émane de la société, comme le relèvent deux auteurs⁵⁸³ ; mais elle doit nécessairement être prononcée par l'un de ses organes, dont le rôle est d'exprimer sa volonté. Cet organe, nous le verrons, est plus qu'un simple exécutant : il détient un pouvoir de décision, et en choisir un plutôt qu'un autre peut emporter des conséquences majeures.

⁵⁷⁸ V. Conv. EDH, art. 6-3 b.

⁵⁷⁹ Cass. 1^{re} Civ., 16 juin 1993, n° 91-15.649 ; Cass. Com., 10 mai 2006, n° 05-16.909.

⁵⁸⁰ Cass. 1^{re} Civ., 3 nov. 2016, n° 15-22.312.

⁵⁸¹ Cass. Com., 10 mai 2006, n° 05-16.909, préc.

⁵⁸² V. supra n°s 66 s.

⁵⁸³ S. Dariosecq et N. Metais, art. cit.

L'organe compétent devra donc être choisi par les rédacteurs de statuts (paragraphe 1), qui lui conféreront de ce fait certains pouvoirs (paragraphe 2).

§1 : Le choix de l'organe compétent

137. Diversité des organes sociaux. La diversité des organes qui peuvent exister dans les différentes formes sociales démontre que choisir l'un d'entre eux pour prononcer une décision d'exclusion n'a rien d'évident. Assemblée générale, conseil d'administration de SA moniste, directoire de SA dualiste, gérant de SARL, de SNC ou de société civile, président de SAS, organe *ad hoc* de SAS, etc... Si l'on a pu un jour estimer que seul un organe collégial pouvait prononcer l'exclusion d'un associé⁵⁸⁴, cette idée n'a plus lieu d'être aujourd'hui, dans la mesure où le choix de l'organe social compétent semble de plus en plus libre.

138. Choix d'un organe collégial. Depuis fort longtemps, il ne fait plus de doute qu'un organe collégial peut être compétent pour connaître de l'exclusion d'un associé. Ainsi, l'assemblée générale⁵⁸⁵ ou, dans une SA, le conseil d'administration⁵⁸⁶, peuvent valablement prononcer l'exclusion d'un associé. La principale difficulté liée à la désignation d'un organe collégial est relative au cas où l'associé à exclure fait partie dudit organe. En effet, dans cette configuration, comme nous l'avons vu, le principal intéressé doit pouvoir voter sur sa propre exclusion⁵⁸⁷, et peut donc éventuellement bloquer la décision. Il est cependant désormais possible de faire voter l'associé à exclure sans que son vote ne soit comptabilisé *in fine*⁵⁸⁸. Avant l'apparition, assez récente, de cette possibilité, on a longtemps considéré que l'avantage – ou l'inconvénient, selon le point de vue adopté – qu'il y a à conférer le pouvoir d'exclusion à un organe collégial dont fait partie l'associé à exclure, est que ce dernier demeurera inamovible s'il est majoritaire⁵⁸⁹. Statuant sur le cas inverse, un jugement du tribunal de commerce de Versailles a invalidé une clause d'exclusion pouvant être mise en œuvre par des associés détenant seulement 25% des droits de vote⁵⁹⁰. On peut aisément douter de la régularité d'une telle stipulation en considérant qu'une décision d'exclusion devrait *a minima* être prise à la majorité simple⁵⁹¹. Néanmoins, en l'état du droit actuel, on peut imaginer un autre procédé permettant aux associés minoritaires d'exclure un majoritaire : l'associé à exclure garde son droit de vote, mais son vote n'est pas comptabilisé⁵⁹². Si l'associé à exclure est majoritaire, seules les voix des minoritaires compteront, et il pourra être exclu. Ce

⁵⁸⁴ V. not. L. Grynbaum, *Le contrôle par les tribunaux de l'exclusion abusive d'un associé*, LPA n°67, 5 juin 1998, p. 17 ; M. Roussille, *Nullité de la clause d'exclusion pour atteinte au droit de vote de l'associé*, Dr. sociétés n°6, juin 2011, comm. 110.

⁵⁸⁵ CA Orléans, ch. civ., sect. 2, 26 sept. 1989, préc.

⁵⁸⁶ CA Rouen, 8 févr. 1974, préc., transposable à un directoire de SA moniste.

⁵⁸⁷ V. supra n°129.

⁵⁸⁸ Cass. Com., 24 oct. 2018, n° 17-26.402, préc., v. supra n°130.

⁵⁸⁹ L. Grynbaum, art. cit.

⁵⁹⁰ T. com. Versailles, 26 avr. 1989, préc.

⁵⁹¹ S. Dariosecq et N. Metais, art. cit.

⁵⁹² V. Cass. Com., 24 oct. 2018, n° 17-26.402, préc.

mécanisme, aussi dangereux soit-il, devrait selon nous être licite, dès lors que l'associé majoritaire y a pleinement consenti⁵⁹³.

139. Choix d'un organe non collégial. On retiendra que conférer le pouvoir d'exclusion à un organe collégial crée une certaine complexité dans la prise de décision, surtout lorsque l'associé à exclure fait partie dudit organe, ce qui est généralement le cas. Pour simplifier ceci, il est possible de conférer le pouvoir d'exclusion à un organe non collégial, en l'occurrence un organe de direction, tel que le gérant ou le président de la société. Cette possibilité a été expressément consacrée dans le célèbre arrêt du 20 mars 2012⁵⁹⁴, qui a validé le prononcé d'une exclusion pour perte d'une qualité par le gérant d'une société civile⁵⁹⁵. Conférer le pouvoir d'exclusion à un organe de direction a pour avantage d'éviter les écueils susvisés relatifs à la collégialité. On peut néanmoins craindre que l'organe non collégial investi du pouvoir d'exclure puisse décider arbitrairement du sort de certains associés. Voilà pourquoi on a pu estimer que « la représentation et la participation des minoritaires au sein de l'organe chargé de prononcer l'exclusion apparaît [...] capital »⁵⁹⁶. La désignation d'un dirigeant pour connaître de l'exclusion d'un associé n'a pour autant rien de choquant selon nous, dans la mesure où, comme le rappelle le professeur Henri Hovasse, « c'est la mission première de tout dirigeant de société de respecter les statuts et de les faire respecter »⁵⁹⁷.

140. Possibilité d'accorder au juge le pouvoir d'exclure. S'il résulte d'un célèbre arrêt déjà évoqué que le juge ne peut pas prononcer l'exclusion d'un associé en l'absence de toute stipulation statutaire en ce sens⁵⁹⁸, il est en revanche tout à fait possible de prévoir statutairement que l'exclusion d'un associé pourra être demandée en justice lorsque aucune décision sociale ne l'a autorisé. Cette possibilité a été expressément consacrée par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble en 2012⁵⁹⁹. Cette décision, qui n'est pas contraire à la règle de principe susvisée, illustre à quel point la jurisprudence est prête à laisser toute latitude aux statuts pour désigner qui pourra prononcer l'exclusion d'un associé. Il ne s'agit même pas, en l'occurrence, d'un organe interne à la société.

141. L'organe compétent, un choix stratégique ? Au vu de la multitude de configurations qui peuvent résulter de la désignation de différents organes compétents pour connaître de l'exclusion d'un associé, on ne peut que conseiller la prudence aux rédacteurs de clauses d'exclusion. En effet, les associés fondateurs d'une société, pour leur propre

⁵⁹³ Même si la clause peut être insérée à la majorité prévue par les statuts, comme dans les SAS, l'associé majoritaire aura forcément consenti à cette insertion, puisqu'il est majoritaire !

⁵⁹⁴ Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855, préc.

⁵⁹⁵ V. également, pour un exemple de pouvoir d'exclusion conféré au président d'une SAS : CA Versailles, ch. 12, 24 mai 2016, n° 14/03646, préc.

⁵⁹⁶ G. Durand-Lepine, art. cit.

⁵⁹⁷ H. Hovasse, *Exclusion d'un associé d'une société civile pour perte d'une qualité objective*, art. cit.

⁵⁹⁸ Cass. Com., 12 mars 1996, n° 93-17.813, préc.

⁵⁹⁹ CA Grenoble, 9 févr. 2012, n° 11/03662, Dr. sociétés 2012, comm. 123, note D. Gallois-Cochet.

intérêt, doivent être particulièrement attentifs aux conséquences qu'emportent le choix d'un organe social ou d'un autre pour connaître de l'exclusion d'un associé. Ce choix peut ainsi être qualifié de stratégique, d'autant plus que l'organe compétent détient un certain pouvoir.

§2 : Les pouvoirs de l'organe compétent

142. Pouvoir de statuer. Dans le cadre du « mini-procès » qui est fait à l'associé dont l'exclusion est envisagée, l'organe compétent tient le rôle du juge. Il doit alors déterminer si l'associé peut ou non demeurer en cette qualité. Pour ce faire, il doit déterminer si les faits reprochés à l'intéressé justifient son exclusion, c'est-à-dire s'ils entrent dans les qualifications déterminées par les statuts. Ce travail de qualification est comparable avec le travail d'un juriste, ce qui constitue une véritable difficulté pour un organe social, qui n'est en général pas composé de juristes. Cela est d'autant plus difficile que des considérations personnelles ou économiques peuvent venir interférer dans la prise de décision dudit organe. On peut donc légitimement craindre que l'organe décideur soit partial, et à ce titre il est important que l'associé exclu puisse exercer un recours en justice contre la décision prise à son encontre.

143. Pouvoirs différents en matière d'éviction. Avant même que l'existence de la clause d'éviction ne soit consacrée en 2015⁶⁰⁰, différents auteurs estimaient que l'exclusion d'un associé, dès lors qu'elle est basée sur un motif objectif, peut intervenir de manière automatique⁶⁰¹. On peut alors considérer que l'organe compétent ne prononce pas l'exclusion, mais se contente de la constater⁶⁰². En effet, lorsqu'un associé est exclu car il a perdu une qualité, on voit mal l'intérêt qu'il peut y avoir de tenir une procédure contradictoire, tant la cause de l'exclusion est objective. Nous adhérons tout à fait à cette idée selon laquelle l'organe social compétent ne fait alors que constater qu'un des associés a perdu cette qualité.

144. Pouvoir discrétionnaire en matière d'éviction. Les arrêts « Socotec »⁶⁰³ qui ont permis de consacrer l'existence de la clause d'éviction sont aussi ceux qui ont permis d'accorder un pouvoir différent à l'organe social compétent pour connaître de l'exclusion d'un associé. En effet, dans ces deux affaires, quasiment identiques, il était stipulé dans les statuts de la SA Socotec qu'un actionnaire perdrait cette qualité lorsqu'il ne serait plus salarié de la société, mais que le conseil d'administration pouvait autoriser l'actionnaire en question à conserver cette qualité. La Cour de cassation a validé ces clauses. Au-delà de l'ambiguïté qui existe quant à la date de la perte de qualité d'associé de l'intéressé⁶⁰⁴, ces arrêts semblent admettre qu'un organe social puisse finalement décider, de manière totalement facultative et

⁶⁰⁰ Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, préc.

⁶⁰¹ D. Gallois-Cochet, *L'obscurité du régime de l'exclusion statutaire*, art. cit., n°s 8 s. ; P. Le Cannu, *Est réputée non écrite la clause interdisant à un associé de SAS de prendre part au vote sur son exclusion pour perte de qualité*, art. cit., n°5.

⁶⁰² D. Gallois-Cochet, *Ibid.*

⁶⁰³ Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, préc. ; Cass. Soc., 9 mars 2017, n° 15-14.416, préc.

⁶⁰⁴ V. infra n°s 169 s.

arbitraire, qu'un associé voué à l'exclusion puisse en être sauvé. On peut déceler ici une certaine permissivité de la Haute juridiction qui ne semble pas s'inquiéter du fait qu'un organe puisse, de manière totalement discrétionnaire, décider du sort d'un associé ou actionnaire. Si ce dernier perd cette qualité *de plano* en cas de survenance d'un évènement donné, accorder à un organe social la possibilité d'éviter cela revient en réalité à maquiller une exclusion en éviction.

L'exclusion ne doit pas selon nous pouvoir servir de moyen de pression envers les associés. Malheureusement, dans la situation que nous venons de décrire, l'associé est à la merci d'un organe social qui peut décider, *in fine*, de son sort. Il ne s'agit alors plus pour celui-ci de prononcer ni de constater l'exclusion d'un associé, mais plutôt soit de l'entériner, soit de l'empêcher. L'associé exclu dispose, certes, d'un recours en justice pour contester la mesure prise à son encontre, mais les arrêts Socotec semblent montrer qu'il est désormais difficile de se prévaloir du caractère discrétionnaire du pouvoir accordé à l'organe social compétent⁶⁰⁵. La tendance jurisprudentielle que nous observons laisse ainsi à penser que l'organe en charge de l'exclusion peut disposer d'une gamme de pouvoirs assez large.

Nous avons pu voir que les conditions de validité du mécanisme d'exclusion, bien que strictes en apparence, laissent apparaître des brèches permettant aisément de les contourner. Il s'agit désormais d'étudier les conséquences de la décision d'exclusion.

⁶⁰⁵ Les demandeurs au pourvoi avaient en effet soulevé que le conseil d'administration disposait d'un pouvoir discrétionnaire à leur encontre, mais ce moyen n'a pas été retenu.

Titre II – Les conséquences de l'exclusion

145. Modalités attachées aux conséquences de l'exclusion. L'exclusion d'un associé emporte plusieurs conséquences pour ce dernier. Elle déclenche pour celui-ci un droit pécuniaire, qui est le droit au remboursement de la valeur de ses titres, tout en mettant un terme à sa qualité d'associé et à tous les droits et obligations qui y sont rattachés. Si ces effets sont assez évidents, les modalités qui les encadrent le sont beaucoup moins.

C'est la raison pour laquelle, dans un but de clarification du régime de l'exclusion, il convient de se pencher sur la cession des droits sociaux (Chapitre I) et le retrait de la vie sociale de l'associé exclu (Chapitre II).

Chapitre I – La cession des droits sociaux de l'associé exclu

146. Droit à indemnisation. L'exclusion d'un associé sans indemnisation est inenvisageable pour la doctrine. Déjà en 1893, le professeur Edmond-Eugène Thaller estimait que l'associé a « un droit acquis à ne pas être exclu de la société sans compensation quand les autres y restent »⁶⁰⁶. L'opinion de la doctrine n'a pas changé depuis⁶⁰⁷, pour des raisons évidentes. En effet, une exclusion sans indemnisation constituerait bel et bien une expropriation du droit de propriété de l'associé exclu. La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs considéré en 1988 que « la décision d'exclusion, qui prive les associés de leurs parts sans indemnité est nulle »⁶⁰⁸. Il faut noter que cette affirmation vaut également pour les cession de titres contenues dans un pacte extrastatutaire d'associés, auxquelles les développements du présent chapitre sont applicables.

La cession des droits sociaux de l'associé exclu doit ainsi nécessairement être indemnisée. Cela signifie que la valeur des titres en question doit être déterminée (Section 1), tout comme l'identité du cessionnaire de ceux-ci (Section 2).

Section 1 : La valorisation des droits sociaux de l'associé exclu

147. Efficacité d'une valorisation en amont. Le calcul de la valorisation des droits sociaux d'un associé n'est pas chose aisée. Avocats et experts-comptables travaillent de concert pour déterminer en amont la méthode de valorisation la plus adéquate en fonction de chaque société. Malgré cela, il est des cas dans lesquels une mésentente sur le prix de

⁶⁰⁶ E. Thaller, note ss. Cass. civ. 30 mai 1892, D. 1893, I, p. 105.

⁶⁰⁷ V. not. J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, op. cit., n° 887 ; G. Durand-Lepine, art. cit. ; J.-J. Daigre et *alii*, op. cit., n°s 24-25.

⁶⁰⁸ CA Paris, 3^e ch. A, 7 juin 1988, préc.

cession est inévitable, et dès lors seul un tiers à la société pourra déterminer celui-ci de manière impartiale.

La valorisation des droits sociaux de l'associé exclu pourra ainsi être prévue contractuellement (paragraphe 1), voire judiciairement (paragraphe 2).

§1 : Une valorisation contractuelle

148. Exigence de principe d'un prix déterminé ou déterminable. Aux termes de l'article 1591 du Code civil, « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Cette disposition n'impose pas, toutefois, que l'acte prévoyant la cession porte en lui-même indication du prix, mais seulement que ce prix soit déterminable⁶⁰⁹. La détermination du prix ne doit pas être potestative : elle ne peut dépendre de la volonté d'une des parties ni d'un accord ultérieur passé entre elles⁶¹⁰. Cet article constitue une condition de validité du contrat de vente⁶¹¹, et dès lors l'irrespect de ses prescriptions est passible de nullité⁶¹².

149. Possibilité d'exclure sans prix déterminé. On pourrait donc considérer qu'afin de ne pas encourir la nullité pour potestativité ou indétermination du prix de cession des droits sociaux de l'associé exclu, les clauses d'exclusion et les promesses extrastatutaires devront déterminer comment ledit prix de cession sera calculé. Toutefois, il faut noter que dans les statuts d'une SAS, il est possible de ne pas stipuler de méthode de valorisation : dans ce cas, « [le] prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil »⁶¹³. Dans ce type de sociétés, les rédacteurs de clauses statutaires d'exclusion préféreront parfois ainsi ne stipuler aucune méthode de valorisation, comme le relève un auteur⁶¹⁴.

L'article 1843-4 du Code civil, tel que modifié par deux ordonnances de 2014⁶¹⁵ et 2019⁶¹⁶, permet désormais de déterminer à dire d'expert, en cas de contestation, le prix de cession des droits sociaux « sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable ». La nouvelle rédaction de cet article permet donc d'éviter la nullité des clauses qui ne stipulent pas un prix de cession déterminé ou déterminable. Cependant, la détermination du prix ne dépendra alors plus de la volonté des associés, ce qui devrait inciter ces derniers à prévoir,

⁶⁰⁹ Cass. 3^e Civ., 26 sept. 2007, n° 06-14.357.

⁶¹⁰ Cass. Com., 7 avr. 2009, n° 07-18.907.

⁶¹¹ L'art. 1591 C. Civ. est une application en droit spécial de la vente d'un principe général contenu à l'art. 1163 C. Civ, selon lequel « l'obligation a pour objet une prestation [...] [qui] doit être possible et déterminée ou déterminable ». L'art. 1163 C. Civ. fait partie des conditions de validité des contrats (v. C. Civ., art. 1128, 3°).

⁶¹² V. C. Civ., art. 1178.

⁶¹³ C. Com., art. L. 227-18.

⁶¹⁴ H. Azarian, *Sociétés par actions simplifiées. – Création et statut des associés*, op. cit, n°140.

⁶¹⁵ Ord. n° 2014-863 du 31 juill. 2014, art. 37.

⁶¹⁶ Ord. n° 2019-738 du 17 juill. 2019, art. 2.

en amont, une méthode de valorisation, d'autant plus que l'expert de l'article 1843-4 du Code civil en tiendra compte⁶¹⁷.

150. Potestativité du critère de détermination du prix. Bien que le critère de détermination du prix retenu par la clause d'exclusion ne puisse être potestatif⁶¹⁸, le rayonnement de cette exigence est limité. En effet, la Cour de cassation a jugé déterminable le prix fixé en fonction de « l'évolution des résultats et de la valeur réelle de l'entreprise »⁶¹⁹. Cela est pourtant discutable dans la mesure où l'évolution des résultats d'une entreprise peut dépendre de l'implication de certains associés majoritaires dans l'activité de la société, et donc de la volonté de ceux-ci. Malgré cela, l'attendu de la Haute juridiction est clair : « ces éléments sont indépendants de la seule volonté des parties », et la Cour d'appel, à bon droit, « a ainsi fait ressortir le caractère objectif du critère choisi pour la fixation du prix ».

151. Prohibition des clauses léonines et prix dérisoire. Lors de la valorisation des droits sociaux de l'associé exclu, il faut prendre en compte, d'une part, la prohibition des clauses léonines. L'article 1844-1 alinéa 2 du Code Civil, en effet, fait planer la menace du réputé non écrit sur une clause « excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes ». Le prix de cession des droits sociaux de l'associé exclu doit ainsi « refléter la valeur réelle » de ceux-ci⁶²⁰. D'autre part, le prix de cession ne doit pas être illusoire ou dérisoire, en vertu de l'article 1169 du Code civil, qui dispose qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

152. Choix de la méthode de valorisation. Le choix d'une méthode de valorisation des droits sociaux d'un associé soulève une question sous-jacente : comment valoriser une société ?⁶²¹ La réponse, nous le savons, n'a rien d'évident. Les méthodes de valorisation dépendent ainsi notamment du secteur d'activité de la société, de la volonté des associés, voire du type d'apport qu'ont réalisé ces derniers⁶²². La méthode utilisée peut par exemple prendre en compte dans le calcul les capitaux propres de la société ; mais cela, encore une fois, n'a rien d'universel, puisque dans certaines sociétés l'existence de capitaux propres n'a pas grand rapport avec la valeur de celles-ci⁶²³.

La Cour de cassation a admis en 1943 que la valeur des droits sociaux d'un associé puisse être déterminée sur la base de la valeur nominale de ses titres⁶²⁴. Bien qu'un auteur

⁶¹⁷ V. C. Civ., art. 1843-4, II.

⁶¹⁸ Cass. Com., 7 avr. 2009, n° 07-18.907, préc.

⁶¹⁹ Cass. Com., 10 mars 1998, n° 96-10.168.

⁶²⁰ J-J. Daigre et *alii*, op. cit., n°26.

⁶²¹ Entretien avec Me D. Ybert de Fontenelle, préc.

⁶²² Ibid.

⁶²³ Ibid.

⁶²⁴ Il s'agit d'un arrêt de 1943 cité par G. Durand-Lépine, art. cit., sans date ni n° de pourvoi. V. aussi : J-J. Daigre et *alii*, op. cit., loc. cit.

estime qu'une telle méthode de valorisation est toujours valide aujourd'hui⁶²⁵, nous gardons des doutes à ce sujet. En effet, l'arrêt en question est très ancien, et la valeur nominale des titres d'un associé ne semble pas, la plupart du temps, refléter la valeur réelle de ceux-ci. Cette méthode de valorisation semble de plus se heurter au principe, susmentionné, selon lequel la contrepartie d'une prestation ne peut pas être illusoire ou dérisoire. Dans les faits ayant donné lieu à un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu en 2019⁶²⁶, un prix de cession calculé sur la base de la valeur nominale des titres d'un actionnaire était prévu. L'expert désigné sur le fondement de l'article 1843-4, II du Code civil a pourtant retenu un prix quatre cents fois supérieur, preuve que prévoir une méthode de valorisation basée sur la valeur nominale des titres de l'associé exclu est risqué⁶²⁷.

Lorsqu'une méthode de valorisation est prévue, il se peut qu'elle ne soit plus du tout pertinente quelques années après : il est alors utile de prévoir que la méthode pourra être révisée, en fixant une clause de rendez-vous à cet effet⁶²⁸. Aux fins de réévaluation de la méthode, on pourra éventuellement désigner un expert-comptable ou un commissaire aux comptes⁶²⁹.

La clause d'exclusion peut également renvoyer l'évaluation des droits sociaux de l'associé exclu à l'estimation d'un tiers. Il est ainsi fréquent qu'une clause statutaire d'exclusion renvoie à l'article 1843-4 du Code civil pour désigner un expert en ce sens. Les promesses de cession de titres contenues dans des pactes extrastatutaires d'associés ont plutôt tendance à renvoyer à l'article 1592 du Code civil⁶³⁰, dans la mesure où le texte de l'article 1843-4 du même Code n'est applicable qu'en cas de cession prévue par les statuts⁶³¹. L'utilité de ces deux dispositions ne s'arrête pas là. En effet, en cas de désaccord sur le prix de cession, la détermination de ce dernier devra alors donner lieu à l'intervention d'un juge.

§2 : Une valorisation judiciaire

153. Champ d'application de l'article 1843-4 du Code civil. Outre les cas légaux d'exclusion pour lesquels la loi renvoie bien souvent à l'article 1843-4 du Code civil⁶³², cet article a vocation à s'appliquer dans le cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé. Son champ d'application a cependant été grandement réduit depuis

⁶²⁵ D. Gibilira, *Synthèse - Sociétés : fonctionnement*, op. cit., n°31

⁶²⁶ Cass. Com., 13 mars 2019, n° 17-28.504, RTD Com. 2019, p. 419, note J. Moury ; Rev. sociétés 2019, p. 669, note G. Grundeler, préc.

⁶²⁷ Pour Guillaume Grundeler, le prix déterminable à la valeur nominale était dérisoire et a dégénéré en prix indéterminé, ce qui a permis de désigner l'expert sur le fondement de l'article 1843-4, II C. Civ. (v. G. Grundeler, *Précisions sur la date de la perte de la qualité d'associé en cas d'exclusion d'origine statutaire*, RTD Com. 2019, p. 669, n°11).

⁶²⁸ Entretien avec Me D. Ybert de Fontenelle, préc.

⁶²⁹ Ibid.

⁶³⁰ C. Civ., art. 1592 : « [Le prix] peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente, sauf estimation par un autre tiers ».

⁶³¹ V. C. Civ., art. 1843-4, II.

⁶³² V. supra n°s 12 s.

l'ordonnance du 31 juillet 2014 : en effet, la nouvelle rédaction ne vise plus que les cessions prévues par les statuts pour lesquelles un prix n'est ni déterminé ni déterminable. Cela exclut les cessions prévues par des pactes extrastatutaires d'associés, ainsi que celles pour lesquelles un prix est déjà déterminé ou déterminable.

154. Nécessité d'une contestation sur la valeur des droits sociaux. L'article 1843-4, II du Code civil demeure applicable aux cessions de droits sociaux prévues par une clause statutaire d'exclusion et pour lesquelles un prix n'est ni déterminé ni déterminable. « En cas de contestation » sur la valeur des droits sociaux de l'associé cédant, « celle-ci est déterminée [...] par un expert », précise le texte. Dès lors, pour qu'un expert puisse être désigné, encore faut-il qu'il y ait une contestation sur la valeur des droits sociaux de l'associé cédant ; il est donc loisible au juge de rejeter une demande en désignation d'un expert lorsqu'aucune négociation amiable n'a précédé cette demande⁶³³.

155. Modalités de désignation de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil. L'expert est désigné dans les conditions prévues par le I de l'article 1843-4 du Code civil. Celui-ci dispose que l'expert est désigné « soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce compétent, statuant selon la procédure accélérée au fond et sans recours possible ». Il ressort d'une jurisprudence constante que seul le président du tribunal compétent⁶³⁴ peut rendre l'ordonnance désignant un expert sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil⁶³⁵. Il est également constant que seul l'excès de pouvoir du juge peut justifier un recours contre l'ordonnance susvisée, toute autre voie de recours étant fermée par l'effet du texte⁶³⁶.

L'expert, une fois désigné, « est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties »⁶³⁷. Cela inclut les pactes extrastatutaires conclus entre les différents associés. Il s'agit ici de l'apport majeur de la nouvelle rédaction de l'article 1843-4, puisqu'avant 2014 l'expert n'était pas tenu de respecter, lors de sa mission, les indications données par les parties⁶³⁸.

156. Hypothèses non visées par l'article 1843-4 du Code civil. Comme nous l'avons vu, le champ d'application de l'article 1843-4 du Code civil a été significativement restreint. Partant, différentes hypothèses ne sont pas ou plus visées par cette disposition. Par exemple, l'article 1843-4, II du Code civil n'est *a priori* pas applicable lorsque la cession est prévue par un pacte extrastatutaire d'associés ou une autre convention. Or, comme nous le

⁶³³ Cass. Com., 10 mars 1998, n° 96-10.168.

⁶³⁴ Le tribunal judiciaire ou le tribunal de commerce, selon les cas.

⁶³⁵ CA Paris, 26 janv. 2010, n° 08/16326 ; Cass. 3^e civ., 28 mars 2012, n° 10-26.531.

⁶³⁶ Cass. Com., 14 sept. 2010, n° 09-68.850 ; Cass. Com., 3 mai 2012, n° 11-16.349 ; Cass. Com., 15 mai 2012, n° 11-12.999.

⁶³⁷ C. Civ., art. 1843-4, II. Ce principe a été réaffirmé avec force par un arrêt récent : Cass. 1^{re} Civ., 8 janv. 2020, n° 17-13.863, JCP E 2020, 1183, note B. Brignon ; JCP G 2020, 270, note D. Gallois-Cochet ; Dr. sociétés 2020, comm. 36, note H. Hovasse, préc.

⁶³⁸ Cass. Com., 5 mai 2009, n° 06-17.645.

savons, la pratique a tendance à localiser les clauses d'exclusion dans des pactes extrastatutaires d'associés sous forme de promesses de cession de titres⁶³⁹. Sur ce point, l'ancienne rédaction de l'article peut sembler plus satisfaisante pour la pratique puisqu'elle envisageait « tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société »⁶⁴⁰. Pour autant, un arrêt « Crocus Technology » rendu juste avant la réforme était venu exclure les « PUV librement consenties par un associé » du champ d'application de l'article⁶⁴¹. Cette solution a été reprise sous l'empire du nouveau droit par un arrêt de 2019⁶⁴².

Le nouvel article 1843-4 du Code civil ne vise pas non plus le cas dans lequel un pacte extrastatutaire prévoit la cession des droits sociaux d'un associé sans prix déterminé ou déterminable. Le professeur Bruno Dondero estime que dans ce cas-là, la cession ne peut tout simplement pas avoir lieu, et que la promesse contenue dans le pacte ne constitue qu'une « invitation à négocier »⁶⁴³. Et *quid* du cas où un pacte renvoie à l'article 1843-4 pour déterminer la valeur des droits sociaux d'un associé ? Pour les pactes conclus après la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 31 juillet 2014, la question s'est posée⁶⁴⁴ ; si l'on en croit la rédaction du texte, ce dernier ne leur est pas applicable. Un arrêt de 2016 est venu confirmer cela en affirmant que l'article 1843-4 du Code civil n'est applicable qu'au cas de cession imposée au cédant par les dispositions légales ou par les statuts⁶⁴⁵. Il faut retenir que la jurisprudence fait une interprétation stricte de la nouvelle rédaction de l'article 1843-4.

Un arrêt très intéressant rendu en 2019⁶⁴⁶ a semblé admettre que l'expert de l'article 1843-4, II du Code civil puisse être désigné alors que le prix des titres d'un actionnaire, exclu sur le fondement d'une clause statutaire, était prévu par un contrat extérieur aux statuts. Cependant, cette affirmation doit être atténuée par la spécificité du cas d'espèce : en effet, la méthode de valorisation des titres était située dans un « memorandum of understanding », qui était en réalité un accord préparatoire sans valeur contraignante. De plus, ladite méthode de valorisation prévoyait que le prix des titres de l'associé serait déterminé en fonction de leur valeur nominale, ce qui constituait en l'espèce, comme le relève Guillaume Grundeler, un prix dérisoire, puisque l'expert désigné a finalement retenu un prix près de quatre cents fois supérieur⁶⁴⁷. On retiendra surtout de cet arrêt que le caractère dérisoire du prix déterminé

⁶³⁹ V. Entretien avec Me D. Ybert de Fontenelle, préc.

⁶⁴⁰ C. Civ. anc., art. 1843-4.

⁶⁴¹ Cass. Com., 11 mars 2014, n° 11-26.915.

⁶⁴² Cass. Com., 14 nov. 2018, n° 17-15.828.

⁶⁴³ B. Dondero, *La réforme de l'article 1843-4 du Code civil. – Ord. n° 2014-863, 31 juill. 2014*, JCP E n°43, 23 oct. 2014, 1531, n°26.

⁶⁴⁴ Une convention est régie par le droit existant au jour de sa conclusion (v. récemment : CA Limoges, 7 janv. 2020, n° 17/01089 ; CA Paris, pôle 1, ch. 3, 9 oct. 2019, n° 19/05445).

⁶⁴⁵ Cass. Com., 5 janv. 2016, n° 14-19.584.

⁶⁴⁶ Cass. Com., 13 mars 2019, n° 17-28.504, RTD Com. 2019, p. 419, note J. Moury ; Rev. sociétés 2019, p. 669, note G. Grundeler, préc.

⁶⁴⁷ G. Grundeler, art. cit., n°s 10-11.

par une convention liant les parties peut rendre ce prix indéterminé aux yeux du juge, ce qui est préférable⁶⁴⁸.

157. Recours à l'article 1592 du Code civil. Au vu de la réduction du champ d'application de l'article 1843-4 du Code civil, on peut penser que les rédacteurs de statuts ou de pactes extrastatutaires d'associés préféreront désormais recourir à d'autres dispositions légales pour désigner un tiers estimateur. On trouve dans le droit commun de la vente l'article 1592 du Code civil, qui dispose que « [le prix] peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente, sauf estimation par un autre tiers ». Ce texte dispose d'un champ d'application beaucoup plus large que l'article 1843-4 du même Code : il est ainsi applicable aux promesses de cession de titres contenues dans un pacte, ainsi qu'aux cessions prévues avec un prix déterminé ou déterminable. Les parties à la cession peuvent ainsi, en application de cet article, stipuler que le prix de cession sera fixé, en cas de désaccord, par un expert, et ce en prévoyant si besoin la saisine d'un juge. L'utilisation de l'article 1592 est cependant risquée dans la mesure où si le tiers ne veut ou ne peut pas faire l'estimation, « il n'y a point de vente », ce qui signifie en pratique, selon la jurisprudence, que la vente est nulle⁶⁴⁹.

La loi « Soilihi »⁶⁵⁰ a toutefois ajouté un morceau de phrase à la rédaction de cet article : « sauf estimation par un autre tiers ». Il est donc possible pour les parties de stipuler qu'un autre expert pourra venir se substituer au premier si ce dernier est empêché. On peut d'ailleurs douter qu'une telle pratique, déjà largement utilisée avant 2019, ait été illégale avant cet ajout législatif⁶⁵¹.

Si nous considérons que le recours à l'article 1592 du Code civil est une bonne option pour les rédacteurs de statuts ou de pactes extrastatutaires, nous ne pouvons que les mettre en garde face à l'aléa que représente l'empêchement de l'expert désigné sur ce fondement. L'efficacité d'une stipulation renvoyant à cet article tient en réalité au nombre d'experts « remplaçants » que l'on voudra bien désigner. Il existe une troisième méthode de valorisation judiciaire, qui présente hélas le désavantage d'être plus coûteuse.

158. Stipulation d'une clause compromissoire. Le recours à un arbitre avait déjà été préconisé par un auteur en 1995⁶⁵². La question de l'arbitrabilité d'un litige relatif au prix de cession des droits sociaux d'un associé a toutefois été longtemps discutée en raison du caractère d'ordre public de l'article 1843-4 du Code civil⁶⁵³. La Cour de cassation a statué sur cette question dans un arrêt important du 10 octobre 2018 : il en ressort que le caractère

⁶⁴⁸ Ibid., n°11.

⁶⁴⁹ Cass. Com., 29 mai 1972, n° 70-13.104.

⁶⁵⁰ L. n° 2019-744 du 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés.

⁶⁵¹ R. Mortier, *Renforcement de l'efficacité de la procédure de l'article 1592 du Code civil tendant à faire fixer le prix par un tiers*, Dr. sociétés n°10, oct. 2019, comm. 166.

⁶⁵² G. Durand-Lepine, art. cit.

⁶⁵³ V. Cass. 1^{re} Civ., 25 nov. 2003, n° 00-22.089 ; Cass. 1^{re} Civ., 12 juill. 2012, n° 11-18.453 ; Cass. 1^{re} Civ., 25 nov. 2015, n° 14-14.003.

d'ordre public de l'article 1843-4 n'exclut pas l'arbitrabilité d'un tel litige⁶⁵⁴. Dès lors, une clause statutaire d'exclusion située dans le champ d'application de l'article 1843-4 peut valablement accorder à des arbitres le pouvoir de valoriser les droits sociaux de l'associé exclu. *A fortiori*, une clause non située dans le champ d'application de cet article peut aussi valablement prévoir une telle chose.

Pour autant, est-il opportun de le faire ? Dans une certaine mesure, oui : en effet, recourir à l'appréciation d'un arbitre est plus sécurisant pour les parties, qui pourront éviter l'application des articles 1843-4 et 1592 du Code civil, avec tous les défauts que comportent ces dispositions. Cependant, un tel recours est plus coûteux qu'une expertise de droit commun, et cela devrait dissuader bon nombre de rédacteurs de statuts et de pactes.

159. Choix difficile. Nous constatons pour notre part que des trois solutions évoquées, aucune n'est pleinement satisfaisante pour les raisons susvisées. Ainsi, il est indispensable, dans chaque cas de figure, de trouver en amont la solution la plus adaptée. La meilleure solution demeure bien sûr de trouver un accord sur le prix de cession, mais nous savons qu'il est extrêmement délicat de s'entendre sur de telles questions, d'autant plus lorsqu'il est question d'une exclusion. De plus, même dans les cas où une méthode de valorisation est prévue par les statuts ou le pacte, celle-ci peut être sujette à interprétation, ce qui donne lieu à des contentieux sans fin⁶⁵⁵. Pour toutes ces raisons, celui qui rédige des statuts ou un pacte extrastatutaire d'associés devra envisager avec la plus grande vigilance la possibilité qu'aucun accord ne soit trouvé sur le prix de cession. Celui-ci devra également réfléchir à l'identité du cessionnaire des droits sociaux de l'associé exclu.

Section 2 : L'identité du cessionnaire des droits sociaux de l'associé exclu

160. Intérêt des associés restants. La question de l'identité du cessionnaire des droits sociaux de l'associé exclu implique une réflexion de fond. En effet, si l'associé exclu n'a cure de savoir qui rachètera ses titres dès lors qu'il est justement indemnisé, cette question intéresse particulièrement les autres associés. En effet, les titres de leur coassocié exclu ne peuvent rester vacants et doivent d'une manière ou d'une autre revenir à quelqu'un.

Les titres de l'associé exclu pourront ainsi être rachetés par un autre associé ou un tiers (paragraphe 1), voire par la société (paragraphe 2).

⁶⁵⁴ Cass. Com., 10 oct. 2018, n° 16-22.215.

⁶⁵⁵ Entretien avec Me D. Ybert de Fontenelle, préc.

§1 : Un autre associé ou un tiers

161. Cession à un autre associé. La cession des droits sociaux de l'associé exclu à un autre associé est la solution la plus simple. En effet, s'il existe une clause d'agrément⁶⁵⁶ ou si l'agrément d'un nouvel associé est exigé par la loi⁶⁵⁷, cela n'aura aucune incidence sur la cession, puisque le cessionnaire n'est alors pas une personne étrangère à la société. Cette configuration peut être favorisée par l'existence d'un droit de préemption au bénéfice de l'un des associés sur les titres de l'associé exclu⁶⁵⁸. La pratique des promesses de cessions de titres contenues dans des pactes extrastatutaires d'associés a également pour effet de favoriser ladite configuration. Selon deux auteurs, « il est usuellement prévu que les associés restants peuvent adresser leurs offres à la société, éventuellement avec un ordre de priorité ou un droit de se substituer un cessionnaire extérieur »⁶⁵⁹. On peut également imaginer d'autres mécanismes permettant de déterminer lequel des coassociés aura l'honneur de racheter la part de l'exclu.

Céder les titres de l'associé exclu à un autre associé présente l'avantage de la simplicité. Parfois, cela constitue même une évidence : dans le cas où une SARL ou une SAS ne comporte que deux associés, l'exclusion de l'un des deux entraîne en pratique, assez logiquement, le rachat de ses parts ou actions par son coassocié, et le passage en société unipersonnelle⁶⁶⁰. Toutefois, la situation peut être plus complexe lorsque la société comprend un plus grand nombre d'associés. Dans ce cas, si les statuts n'ont pas d'ores et déjà déterminé quels associés pourront racheter en priorité les titres de l'exclu, une certaine concurrence pourra s'instaurer entre les associés restants. En effet, dans une certaine mesure, celui qui rachètera les droits sociaux de l'associé exclu bénéficiera du sort de ce dernier, en récupérant sa participation au sein la société.

Afin d'éviter un tel conflit interne entre les associés restants, il est de bon aloi de prévoir dans les statuts, un ordre de priorité entre les différents prétendants au rachat des titres de l'associé exclu. A ce titre, les pactes extrastatutaires d'associés présentent l'avantage de ne pas pouvoir laisser en suspens la question de l'identité du cessionnaire.

162. Cession à un tiers. La cession des titres de l'associé exclu à un tiers est parfois nécessaire, lorsqu'un nombre minimum d'associés ou d'actionnaires est requis, comme c'est le cas dans les SA⁶⁶¹. La cession à un tiers nécessite bien souvent que ledit tiers soit agréé, lorsqu'une clause d'agrément a été stipulée ou lorsque la loi l'exige. Cela peut parfois être

⁶⁵⁶ La stipulation d'une clause d'agrément est par exemple expressément permise dans les sociétés par actions (C. Com., art. L. 228-23 et L. 228-24), et plus particulièrement dans les SAS (C. Com., art. L. 227-14).

⁶⁵⁷ Dans les SARL par exemple, l'agrément d'un nouvel associé est imposé par la loi : v. C. Com., art. L. 223-14.

⁶⁵⁸ Ce droit de préemption peut résulter d'une clause statutaire, v. CA Paris, ch. 1, sect. A, 14 mars 1990.

⁶⁵⁹ M. Germain et P-L. Périn, *L'exclusion statutaire des associés de SAS*, BJS n°12, 1^{er} déc. 2010, p. 1016, n°26.

⁶⁶⁰ Il s'agit des deux seules formes sociales qui peuvent adopter la forme unipersonnelle. On ne parle pas de « transformation » en société unipersonnelle car la forme sociale reste inchangée.

⁶⁶¹ C. Com., art. L. 225-1.

l'occasion de faire entrer un nouvel investisseur dans la société, sans recourir à une augmentation de capital qui aurait pour effet de diluer la participation des associés déjà présents.

La validité d'une cession à un tiers n'est plus à discuter dans la mesure où différentes situations d'exclusion légale prévoient une telle chose⁶⁶². Selon le professeur Dorothée Gallois-Cochet, une telle cession est valide dès lors qu'elle est effectuée, comme dans les cas prévus par la loi, à l'initiative de la société⁶⁶³. Une décision sociale prononçant ou constatant l'exclusion apparaît alors nécessaire, sans quoi la cession à un tiers peut apparaître comme extérieure au fonctionnement sociétaire malgré sa localisation dans les statuts⁶⁶⁴.

On peut alors imaginer « que la clause octroie un délai à l'associé pour procéder librement à la cession, sous réserve d'une éventuelle procédure d'agrément, avant que n'intervienne un rachat par la société à l'expiration du délai »⁶⁶⁵. Les modalités de détermination de l'identité du cessionnaire des droits sociaux de l'exclu n'ont pour limite que l'imagination des rédacteurs, exprimée dans le respect des conditions de validité des contrats bien sûr. On peut également imaginer, dans les sociétés où l'*intuitu personae* n'est guère important, que les statuts prévoient que les droits sociaux de l'associé ou actionnaire exclu seront vendus aux enchères, comme cela est possible dans les sociétés par actions en cas de non libération des actions par un actionnaire⁶⁶⁶.

§2 : La société

163. Exclusion et réduction de capital. Le rachat des droits sociaux de l'associé exclu peut également être effectué par la société elle-même. La loi permet expressément aux sociétés de capitaux de racheter ses propres actions, notamment en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes⁶⁶⁷. Ce rachat prend alors la forme d'une réduction de capital accompagnée d'une indemnisation de l'associé exclu aux frais de la société. Cela engendre l'application du droit relatif à la réduction de capital, et l'application d'un principe, dans les SA et les SARL, selon lequel l'égalité entre les associés ou actionnaires doit être respectée en toute circonstance⁶⁶⁸. On notera que la pratique du « coup d'accordéon », qui consiste en une réduction du capital à zéro suivie d'une augmentation, peut valablement avoir pour effet indirect d'exclure un associé, dès lors que la décision le prévoyant n'est pas contraire à l'intérêt social⁶⁶⁹. Lorsqu'un actionnaire possède un droit préférentiel de souscription, l'opération en cause n'est pas non plus illicite si ce droit n'a fait l'objet d'aucune

⁶⁶² V. not. C. Com., art. L. 228-27 ; C. santé publ., art. R. 4113-16, R. 6223-66 et R. 4381-16.

⁶⁶³ D. Gallois-Cochet, *L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire*, art. cit., n°17.

⁶⁶⁴ Ibid.

⁶⁶⁵ Ibid., spéc. note de bas de page n°35.

⁶⁶⁶ C. Com., art. L. 228-27.

⁶⁶⁷ L. n° 98-546 du 2 juill. 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, art. 41.

⁶⁶⁸ C. Com., art. L. 223-34, al. 1 et L. 225-204, al. 1.

⁶⁶⁹ Cass. Com., 31 mars 2015, n° 14-11.735.

suppression indirecte ou frauduleuse⁶⁷⁰. Nous pouvons déduire notamment de ces deux arrêts que le principe d'égalité des associés est relatif, et qu'il peut être envisageable de traiter différemment certains associés lors d'une réduction de capital, moyennant leur consentement⁶⁷¹.

164. Avantages pour les associés restants. Sauf stipulation tendant à créer une certaine inégalité entre eux, le rachat des titres de l'associé exclu par la société présente un certain avantage pour l'ensemble des associés restants. En effet, en raison de la réduction de capital engendrée, leur participation dans ledit capital augmente. De plus, le fait que la société rachète elle-même les titres de l'associé exclu peut largement leur convenir, dans la mesure où eux-mêmes n'auraient pas nécessairement eu l'envie ou les moyens de le faire. La société, en effet, dispose bien souvent de moyens financiers plus importants que les associés.

165. Cas de la société anonyme (SA). Le rachat par la société des actions d'un actionnaire de SA pose problème. En effet, une loi de 1981⁶⁷² a interdit les clauses de variabilité de capital dans les SA autres que les coopératives et les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV). Partant, comme le suggèrent certains auteurs⁶⁷³, il semble plus prudent dans le cadre d'une SA de faire racheter les actions de l'actionnaire exclu par un autre actionnaire ou un tiers.

166. Cas de la société par actions simplifiée (SAS). En matière de SAS, l'article L. 227-18 alinéa 2 du Code de commerce dispose que « Lorsque les actions sont rachetées par la société, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois ou de les annuler ». Cette annulation, le cas échéant, devrait être réalisée par réduction de capital, qui doit être décidée par la collectivité des associés dans les conditions prévues par les statuts, en vertu de l'article L. 227-9 alinéa 2 du Code de commerce. S'il est prévu que les actions de l'exclu ne seront pas annulées mais cédées, le délai, relativement court, de six mois peut freiner en partie cette cession. C'est pourquoi, au vu des contraintes posées par l'article L. 227-18 du Code de commerce, les associés fondateurs de SAS pourront préférer faire racheter les actions de l'exclu par un autre actionnaire.

167. Choix d'un cessionnaire. Le choix du cessionnaire des droits sociaux de l'associé exclu n'a, en somme, rien d'évident. S'il peut être commandé par la forme sociale adoptée, il dépendra, la plupart du temps, de la volonté des associés. Celle-ci s'exprime à travers les modalités prévues lors de la rédaction des statuts, ou, lorsque ces derniers ne prévoient rien, les modalités sur lesquelles d'entendront les associés restants. Quelles que soient les modalités retenues pour la cession des droits sociaux de l'associé exclu, le sort de ce dernier implique son retrait de la vie sociale.

⁶⁷⁰ Cass. Com., 1^{er} juill. 2008, n° 07-20.643.

⁶⁷¹ V. M-L. Coquelet et M. Buchberger, *Réduction du capital social*, Fasc. 159-10, JCl. Sociétés Traité, 9 févr. 2018, n°25.

⁶⁷² L. n° 81-1162 du 30 déc. 1981 relative à la mise en harmonie du droit des sociétés commerciales avec la deuxième directive adoptée par le conseil des communautés européennes, art. 30.

⁶⁷³ V. not. J-J. Daigre et *alii*, op. cit., n°29 ; G. Durand-Lepine, art. cit.

Chapitre II – Le retrait de la vie sociale de l'associé exclu

168. Enjeux cruciaux. Le retrait de la vie sociale de l'associé exclu constitue la finalité de l'exclusion. Partant, il s'agit d'un sujet aux enjeux cruciaux pour la société et les associés restants. Il est en effet dans l'intérêt de ces derniers que l'associé exclu soit évincé de la vie sociale le plus rapidement possible. Les questions attachées à la sortie de la vie sociale de l'associé exclu ne sont d'ailleurs pas exclusives à la situation d'exclusion. Ainsi, le retrait d'un associé engendre des interrogations similaires.

Le retrait de la vie sociale de l'exclu soulève d'une part la question de la date de la perte de sa qualité d'associé (Section 1), et d'autre part celle de la disparition des droits et obligations liés à cette qualité (Section 2).

Section 1 : La date de la perte de sa qualité d'associé

169. Rigidité et flexibilité. En une vingtaine d'années, la jurisprudence a été particulièrement foisonnante sur la question de la date de la perte de la qualité d'associé de l'exclu. Ce sujet, depuis lors, divise la doctrine. Alors que certains auteurs sont partisans d'une certaine rigidité en la matière, avec une solution unique qui s'appliquerait dans tous les cas, d'autres privilégient une certaine flexibilité et souhaitent que les associés puissent déterminer librement à quel moment l'associé exclu perd cette qualité.

Il ressort d'un courant jurisprudentiel important que la date retenue doit être celle du paiement des droits sociaux de l'associé exclu (paragraphe 1), mais il semble désormais possible de retenir une autre date (paragraphe 2).

§1 : La date de paiement des droits sociaux de l'associé exclu

170. Cas légaux d'exclusion. Les cas légaux d'exclusion ne donnent que peu d'indices sur la date de perte de la qualité d'associé de l'exclu. Il résulte de l'article 1860 du Code civil, applicable aux sociétés civiles, que l'associé exclu perd cette qualité suite au « remboursement » de ses droits sociaux⁶⁷⁴. Dans les sociétés coopératives, l'exclusion « prend effet au jour de la notification de son acceptation par l'assemblée générale ou l'assemblée des associés »⁶⁷⁵. Pour autant, rares sont les dispositions légales prévoyant l'exclusion d'un associé à être aussi explicites sur ce point. La réponse a donc dû être apportée par la jurisprudence.

⁶⁷⁴ Aux termes de cette disposition, « il est procédé, dans les conditions énoncées à l'article 1843-4, au remboursement des droits sociaux de l'intéressé, lequel perdra **alors** la qualité d'associé ».

⁶⁷⁵ C. Com., art. L. 124-10, al. 2.

171. Solution jurisprudentielle limitée aux sociétés civiles. Dans un arrêt rendu en 1998, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a clairement énoncé que « la perte de la qualité d'associé ne saurait être préalable au remboursement des droits sociaux »⁶⁷⁶. Toutefois, la portée de cette décision est limitée, dans la mesure où elle concerne une société civile, et qu'elle a été rendue au visa de l'article 1860 du Code civil, qui prévoit expressément une perte de qualité d'associé postérieure au remboursement des droits sociaux de l'exclu. Si cette solution a été confirmée en matière de sociétés civiles en 2015 et 2018⁶⁷⁷, on peut être certain qu'elle ne concerne que cette forme sociale : la Haute juridiction, en effet, a pu considérer, concernant une SEL de biologistes médicaux, que la perte de la qualité d'associé intervenait à la date de l'assemblée générale décidant l'exclusion⁶⁷⁸. Ce raisonnement, en l'espèce, résultait des textes applicables à ce type de SEL⁶⁷⁹, et est transposable à d'autres types de SEL pour lesquels les textes sont rédigés de manière identique.

Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2007, relatif à une SCP de notaires, est allé dans le même sens que la solution retenue en 1998, en considérant qu'un associé exclu « ne perd sa qualité d'associé de la SCP qu'après avoir cédé ses parts sociales »⁶⁸⁰. Cette solution a été fortement critiquée par la doctrine dans la mesure où l'article 24 de la loi de 1966 relative aux SCP, pourtant visé par la décision, dispose que « L'associé frappé d'une interdiction définitive d'exercer la profession perd, au jour de cette interdiction, la qualité d'associé »⁶⁸¹. Or, en l'espèce, le notaire associé, exclu de la SCP, avait été destitué de ses fonctions, ce qui s'apparente à une « interdiction définitive d'exercer [sa] profession » au sens du texte susvisé⁶⁸², comme le relève le professeur Jean-Jacques Daigre⁶⁸³. On a alors valablement pu penser que la solution retenue par la Haute juridiction avait été rendue *contra legem*⁶⁸⁴.

172. Raisonnement par analogie avec le retrait d'un associé. La règle selon laquelle la perte de la qualité d'associé ne peut intervenir avant le remboursement de la valeur des droits sociaux a été affirmée, de manière générale, en matière de retrait, par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu en 2008⁶⁸⁵, relatif à un GAEC. Cette solution, par analogie, s'applique également à la situation d'exclusion. La jurisprudence a

⁶⁷⁶ Cass. 3^e Civ., 9 déc. 1998, n° 97-10.478.

⁶⁷⁷ Cass. Com., 5 mai 2015, n° 14-10.913 ; Cass. Com., 27 juin 2018, n° 16-18.687. V. dans le même sens, pour une SICA constituée sous la forme d'une société civile : Cass. 1^{re} Civ., 28 sept. 2016, n° 15-18.482.

⁶⁷⁸ Cass. 1^{re} Civ., 26 mai 2011, n° 10-16.894.

⁶⁷⁹ V. not. C. santé publ., art. R. 6212-86, al. 4 : les titres de l'exclu peuvent lui être rachetés « par un acquéreur agréé par les associés subsistants [...] » : s'il ne participe pas à cet agrément, il n'est plus associé.

⁶⁸⁰ Cass. Com., 22 mai 2007, n° 06-12.193.

⁶⁸¹ L. n° 66-879 du 29 nov. 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 24, al. 3.

⁶⁸² Les art. 32 et 58 du décret n°67-868 du 2 oct. 1967 relatif aux SCP de notaires, également visés par la décision, ne prévoient pas expressément la date de la perte de la qualité d'associé d'un notaire destitué. L'art. 58 ne prévoit en effet que la date de la perte de la qualité de notaire.

⁶⁸³ J.-J. Daigre, *Le notaire destitué perd sa qualité de notaire, mais ne perd sa qualité d'associé de la SCP qu'après avoir cédé ses parts sociales*, BJS n°10, 1^{er} oct. 2007, p. 1065, n°5.

⁶⁸⁴ M. Laroche, *Perte de la qualité d'associé : quelle date retenir ?*, D. 2009, p. 1772, n°12.

⁶⁸⁵ Cass. Com., 17 juin 2008, n° 07-14.965, préc. V. dans le même sens : Cass. 3^e Civ., 9 sept. 2014, n° 13-19.345, préc.

également précisé que par « remboursement », il est entendu « remboursement intégral » : un remboursement partiel des droits sociaux du retrayant – et par analogie, de l'exclu – ne fait pas perdre à l'associé cette qualité⁶⁸⁶. Ainsi, bien que la jurisprudence n'ait pas énoncé une solution applicable à tous les cas d'exclusion, il ne faisait plus de doute, en 2014, que la Cour de cassation entendait « faire de la perte de la qualité d'associé à la date du rachat une règle de portée générale, applicable dès lors qu'une disposition légale ne fixe pas une autre date »⁶⁸⁷.

173. Critique de la solution – Opportunité pratique. Pour autant, serait-il opportun, et même justifié, d'en faire une règle de portée générale ? Si la solution retenue tend à protéger l'associé exclu, en incitant la société ou ses coassociés à lui payer rapidement la valeur de ses titres, elle ne s'applique qu'au cas de l'exclusion statutaire. En effet, dans le cadre d'une PUV avec conditions suspensives contenue dans un pacte extrastatutaire d'associés, qui est la forme d'exclusion la plus répandue aujourd'hui⁶⁸⁸, la cession des droits sociaux peut intervenir dès la réalisation de la condition suspensive⁶⁸⁹. En effet, le contrat est formé dès lors que l'option d'achat du bénéficiaire a été levée⁶⁹⁰. Partant, le cédant perd sa qualité d'associé dès la levée de l'option, et ce même si le prix n'a pas encore été payé⁶⁹¹. Les promesses extrastatutaires offrent donc une certaine instantanéité dans la perte de la qualité d'associé du cédant, que l'on ne retrouve pas dans le régime posé par la jurisprudence susvisée en matière de clauses statutaires d'exclusion. Nous regrettons ainsi que ce courant jurisprudentiel affaiblisse encore l'attractivité des clauses statutaires d'exclusion, qui n'était déjà pas très importante.

Le maintien de la qualité d'associé de l'exclu jusqu'au paiement de ses droits sociaux pose également problème dans la mesure où celui-ci conserve les prérogatives liées à sa qualité pendant ce temps. Il garde ainsi notamment son droit de vote, et donc un certain pouvoir de nuisance. Cette solution est d'autant plus dangereuse pour la société et les associés restants qu'il est fréquent que le prix de cession des droits sociaux de l'associé exclu soit difficile à fixer, comme nous le savons⁶⁹². Le paiement du prix en question peut ainsi prendre un certain temps. De plus, dans les sociétés à risque illimité, l'associé demeure tenu aux dettes sociales jusqu'au paiement de ses titres, ce qui semble en contradiction avec l'objectif de protection de l'associé exclu qui a semblé conduire la Cour de cassation à statuer comme elle l'a fait.

⁶⁸⁶ Cass. 1^{re} Civ., 10 sept. 2014, n° 13-13.957.

⁶⁸⁷ D. Gallois-Cochet, *L'obscurité clarté du régime de l'exclusion statutaire*, art. cit., n°18.

⁶⁸⁸ V. Entretien avec Me D. Ybert de Fontenelle, préc.

⁶⁸⁹ C. Civ., art. 1304-6, al. 1.

⁶⁹⁰ La promesse unilatérale offre au bénéficiaire « le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire » (C. Civ., art. 1124).

⁶⁹¹ C. Civ., art. 1583.

⁶⁹² V. supra n°s 147 s.

– **Justification théorique.** Au-delà de ces considérations pratiques, la solution en cause ne satisfait pas les théoriciens. En effet, la Cour de cassation n'a de cesse de faire mention du « remboursement » des droits sociaux de l'associé exclu, alors que ces derniers ne sont pas assimilables à une simple créance de remboursement. Selon le professeur François-Xavier Lucas, « c'est d'un ensemble de créances et de prérogatives qu'il s'agit : créance au titre de la vocation aux bénéfices, créance de remboursement de l'apport, droit de vote, diverses autres prérogatives d'ordre politique »⁶⁹³. Il serait donc inexact de penser que l'on perd la qualité d'associé de la même manière que l'on l'acquiert⁶⁹⁴. De plus, selon le même auteur, il n'existe aucun principe général qui conduirait à lier la perte de la qualité d'associé et le remboursement des droits sociaux⁶⁹⁵.

On a également pu considérer que maintenir l'associé exclu en cette qualité jusqu'au paiement de ses droits sociaux met à mal l'*affectio societatis*⁶⁹⁶, qui est pourtant un des critères du contrat de société⁶⁹⁷. Enfin, s'est posée la question de la cohérence de ce courant jurisprudentiel avec un célèbre arrêt de la Cour de cassation rendu en 2005⁶⁹⁸, admettant que la perte de la qualité d'associé puisse coïncider avec un autre évènement, en l'espèce la mise en redressement judiciaire d'un associé. La fragilité théorique de la solution retenue par la Cour de cassation peut ainsi laisser penser qu'il est toujours possible de stipuler contractuellement que l'associé exclu perdra cette qualité à une autre date.

§2 : La possibilité de retenir une autre date

174. Recours au droit commun de la vente. En réponse à l'insatisfaction de la doctrine face à la position de la Cour de cassation sur la question de la date de la perte de la qualité d'associé, un auteur a considéré qu'il serait préférable que la date retenue soit celle de la prise d'effet de l'acte emportant cession des droits sociaux⁶⁹⁹. Autrement dit, il s'agirait du moment où « se forme un accord entre l'associé retrayant ou exclu et ses coassociés, la société ou le tiers acquéreur sur le nombre de droits remis et leur valorisation »⁷⁰⁰. Comme d'autres⁷⁰¹, nous rejoignons ce postulat, qui a le mérite d'être conforme aux règles posées par le droit commun de la vente, selon lequel la vente est parfaite lorsqu'il y a accord sur la chose et le prix, bien que la chose n'ait pas été livrée ni le prix payé⁷⁰². Dans la mesure où aucune règle de portée générale ne règlemente le moment de la perte de la qualité d'associé de l'exclu ou

⁶⁹³ F.-X. Lucas, *Retrait judiciaire d'une société civile pour justes motifs et date de la perte de la qualité d'associé*, BJS n°12, 1^{er} déc. 2008, p. 967.

⁶⁹⁴ Ibid.

⁶⁹⁵ F.-X. Lucas, *Elimination de l'associé de société civile « failli » ou « déconfit »*, art. cit.

⁶⁹⁶ M. Laroche, art. cit., n°20.

⁶⁹⁷ Cass. Com., 3 juin 1986, n° 85-12.118.

⁶⁹⁸ Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, préc.

⁶⁹⁹ M. Laroche, art. cit., n°s 36 s.

⁷⁰⁰ Ibid., n°38.

⁷⁰¹ V. J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, op. cit., n° 888.

⁷⁰² C. Civ., art. 1583.

du retrayant, il n'est pas illogique de se référer à une règle de droit commun comme celle de l'article 1583 du Code civil : en effet, la cession des droits sociaux d'un associé effectuée suite à son exclusion n'en demeure pas moins un acte de vente. Nous ajouterons enfin au crédit de cette idée qu'elle permet d'aligner la situation de l'associé exclu avec celle de l'associé ayant consenti une PUV avec conditions suspensives contenue dans un pacte extrastatutaire.

175. Simultanéité avec un autre évènement. La jurisprudence en matière de clauses d'éviction a mis en évidence que la perte de la qualité d'associé peut intervenir dès la réalisation d'un évènement précis, alors même qu'aucun accord n'a été trouvé sur le prix des titres de l'exclu. Si un célèbre arrêt de 2005 semblait déjà admettre cela⁷⁰³, les jurisprudences Socotec⁷⁰⁴ ont consacré la validité d'une clause statutaire stipulant que « tout actionnaire qui cesse d'être salarié de [la société] perd dès ce moment sa qualité d'actionnaire ». Ainsi, on peut avancer que la perte de la qualité d'associé peut intervenir simultanément à un autre évènement, dès lors que la clause qui prévoit cela correspond à la qualification de « clause d'éviction »⁷⁰⁵.

176. Consécration d'une liberté de choix en la matière. Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2019⁷⁰⁶ est venu rebattre les cartes au sujet de la date de la perte de la qualité d'associé. En l'espèce, une clause stipulée dans les statuts d'une SA prévoyait que tout actionnaire perdrait de plein droit cette qualité lors de son départ à la retraite en tant que salarié. Un différend était survenu au sujet de la valeur des titres d'un ancien actionnaire salarié parti à la retraite, et il avait été recouru à l'expert de l'article 1843-4 du Code civil pour déterminer ladite valeur. L'actionnaire exclu s'estimait lésé sur plusieurs points et avait agi en justice, considérant notamment que la perte de sa qualité d'actionnaire ne pouvait être intervenue avant le remboursement de ses droits sociaux. A ce titre, il considérait avoir droit aux dividendes pendant le laps de temps situé entre son départ à la retraite et le paiement de la valeur de ses actions. Or, les juges du fond avait rejeté l'ensemble de ses demandes. La Cour de cassation, à travers un attendu explicite, les a approuvés d'avoir notamment constaté que « les statuts de la société [...] prévoient que la perte de la qualité d'associé, du fait de sa mise à la retraite [...], a fait perdre de plein droit à M. A. sa qualité d'actionnaire », et d'avoir notamment énoncé « que les associés peuvent librement établir des règles présidant aux cessions de parts, différentes des dispositions supplétives de l'article 1583 [du Code civil] ».

Cet arrêt, bien qu'inédit et ne faisant que reprendre les propos d'une Cour d'appel, nous apporte deux enseignements majeurs. Premièrement, les statuts d'une société peuvent librement prévoir les modalités de la perte de la qualité d'associé de l'exclu. Et secondement,

⁷⁰³ Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, préc., v. supra n°19.

⁷⁰⁴ Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, préc. ; Cass. Soc., 9 mars 2017, n° 15-14.416, préc.

⁷⁰⁵ Sur cette qualification, v. supra n°s 66 s.

⁷⁰⁶ Cass. Com., 13 mars 2019, n° 17-28.504, RTD Com. 2019, p. 419, note J. Moury ; Rev. sociétés 2019, p. 669, note G. Grundeler, préc.

en l'absence de toute stipulation statutaire à ce propos, la date retenue doit être celle à laquelle les parties se sont accordées sur le prix de vente des droits sociaux de l'associé exclu. En effet, on déduit de la lecture de l'arrêt que dans le silence des statuts, l'article 1583 du Code civil tend à s'appliquer. Nous ne pouvons qu'approuver la Cour unificatrice d'avoir statué en ce sens, mettant vraisemblablement un terme à un courant jurisprudentiel largement critiqué. La solution souhaitée par la doctrine a été retenue, et cela devrait permettre aux clauses statutaires d'exclusion de regagner en attractivité auprès des rédacteurs.

Section 2 : La disparition des droits et obligations liés à la qualité d'associé

177. Diversité des droits et obligations liés à la qualité d'associé. Celui qui est associé, jouit d'un certain nombre de droits et est débiteur d'un certain nombre d'obligations. Parmi les droits liés à la qualité d'associé, nous pouvons citer entre autres le droit de participer⁷⁰⁷ et de voter⁷⁰⁸ aux décisions collectives, le droit d'être informé sur la gestion de la société⁷⁰⁹, ou encore le droit aux dividendes⁷¹⁰. Les obligations à la charge de l'associé dépendent, elles, fortement de la forme sociale adoptée : ainsi, dans une société à risque illimité, l'associé est tenu indéfiniment, et parfois solidairement aux dettes sociales⁷¹¹, alors que dans une société à risque limité, l'associé ou actionnaire n'est tenu qu'à concurrence de ses apports⁷¹².

La question de la disparition des droits et obligations de l'associé exclu emporte ainsi un certain nombre d'enjeux. Si l'on a pu penser que cette disparition ne peut intervenir qu'après le paiement des droits sociaux de l'associé exclu (paragraphe 1), il s'avère en réalité que des tempéraments d'origine légale voire contractuelle peuvent exister (paragraphe 2).

§1 : Une disparition postérieure au paiement des droits sociaux de l'associé exclu

178. Alignement sur la solution applicable à la date de la perte de la qualité d'associé. La jurisprudence relative à la question de la disparition des droits et obligations de l'associé exclu s'est calquée, sauf exceptions, sur celle relative à la date de la perte de la qualité d'associé. Comme nous le savons, il a été jugé dans un premier temps que l'associé exclu ou retrayant ne perd cette qualité que postérieurement au « remboursement » de la valeur de ses droits sociaux⁷¹³. Cela n'excluait alors pas que des textes spéciaux prévoient une

⁷⁰⁷ C. Civ., art. 1844, al. 1^{er}.

⁷⁰⁸ Cass. Com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661, Rev. sociétés 1999, p. 81, note P. Le Cannu ; RTD Com. 1999, p. 902, obs. Y. Reinhard, préc.

⁷⁰⁹ V. not. C. Com., art. L. 223-26 pour les SARL ; C. Com., art. L. 225-115 pour les SA. V. sur ce point : P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 8^e éd., LGDJ, 2019, n°151 s.

⁷¹⁰ C. Civ., art. 1832, al. 1^{er} ; v. sur ce point : P. Le Cannu et B. Dondero, *Ibid.*, n°176 s.

⁷¹¹ V. not. C. Civ., art. 1857 pour les sociétés civiles ; C. Com., art. L. 221-1 pour les SNC.

⁷¹² V. not. C. Com., art. L. 223-1, al. 1^{er} pour les SARL ; C. Com., art. L. 225-1 pour les SA.

⁷¹³ V. not. Cass. Com., 17 juin 2008, n° 07-14.965, préc. ; Cass. Com., 22 mai 2007, n° 06-12.193, préc. ; v supra n°s 170 s.

date différente pour cet évènement, comme c'est le cas pour les associés exclus des SEL de biologistes médicaux⁷¹⁴, ou comme c'était le cas pour les associés retrayants des SCP d'avoués⁷¹⁵, lorsque cette profession existait encore⁷¹⁶.

179. Jurisprudence en matière de sociétés civiles. Si l'on met de côté ces cas particuliers, il ressort de nombreux arrêts que la disparition des droits et obligations de l'associé exclu ou retrayant ne peut intervenir qu'après le « remboursement » des droits sociaux de celui-ci. La jurisprudence en la matière a été particulièrement abondante concernant les sociétés civiles. Les sociétés civiles de droit commun, d'une part : un arrêt relatif à une SCI est venu établir que l'associé retrayant conserve tous les droits attachés à sa qualité d'associé, y compris le droit aux dividendes, tant qu'il n'a pas perçu le remboursement intégral de la valeur de ses droits sociaux⁷¹⁷. Les SCP, d'autre part : un arrêt relatif à une SCP de notaires, rendu en 2011, est venu affirmer que l'associé démissionnaire d'office « a droit, tant qu'il est titulaire de ses parts, à la rétribution de ses apports en capital et, partant, à sa quote-part dans les bénéfices distribués »⁷¹⁸. Au sujet d'une SCP d'avocats, la Cour de cassation a jugé en 2014 que le paiement partiel des droits sociaux d'un associé retrayant ne lui fait pas perdre son droit à percevoir des dividendes⁷¹⁹. L'arrêt va même plus loin en considérant que ce droit ne peut être réduit eu égard au paiement partiel perçu par l'intéressé. Ces deux décisions ont été confirmées en 2015, la Cour unificatrice considérant, à nouveau au sujet d'une SCP d'avocats, que « l'associé retrayant conserve ses droits patrimoniaux tant qu'il n'a pas obtenu le remboursement intégral de la valeur de ses parts sociales »⁷²⁰. Cette solution a également été reprise concernant le droit aux bénéfices des héritiers d'un associé de SCP décédé⁷²¹.

180. Jurisprudence en matière de SEL. La décision la plus marquante reste cependant celle rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation en 2015, à propos d'une SEL de pharmaciens d'officine⁷²². En l'espèce, une clause statutaire prévoyait que l'associé qui cesserait d'exercer son activité professionnelle perdrait immédiatement certains de ses droits. La Haute juridiction a pourtant estimé que malgré la stipulation d'une telle clause, les droits patrimoniaux de l'associé exclu ne peuvent disparaître avant le remboursement de ses droits sociaux. Cet arrêt est venu renforcer un peu plus la règle prétorienne dont nous discutons, puisqu'il semble empêcher les associés d'y déroger par le jeu d'une clause statutaire.

⁷¹⁴ V. C. santé publ., art. R. 6212-86, al. 4 ; Cass. 1^{re} Civ., 26 mai 2011, n° 10-16.894, préc.

⁷¹⁵ V. Décr. n° 69-1057 du 20 nov. 1969, art. 31 ; Cass. 1^{re} Civ., 9 juin 2011, n° 10-18.655.

⁷¹⁶ V. L. n° 2011-94 du 25 janv. 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel.

⁷¹⁷ Cass. Com., 27 avr. 2011, n° 10-17.778.

⁷¹⁸ Cass. 1^{re} Civ., 9 juin 2011, n° 09-69.923.

⁷¹⁹ Cass. 1^{re} Civ., 10 sept. 2014, n° 13-13.957, préc.

⁷²⁰ Cass. 1^{re} Civ., 16 avr. 2015, n°s 13-24.931 et 13-27.788.

⁷²¹ Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2017, n° 15-28.980.

⁷²² Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-19.261, Dr. sociétés n°3, mars 2016, note D. Gallois-Cochet.

181. Solution retenue. On peut ainsi déduire de cette jurisprudence relativement fournie que la date de la disparition des droits et obligations de l'associé retrayant ou exclu ne peut être antérieure au remboursement intégral de la valeur des droits sociaux de celui-ci, et ce même en présence d'une stipulation statutaire contraire. Cette solution a même été retenue alors que la date de la perte de la qualité d'associé de l'intéressé était différente⁷²³, preuve que les deux évènements ne sont pas nécessairement liés. Si la plupart des décisions étudiées sont relatives au retrait d'un associé, l'arrêt rendu en 2015, susvisé, a démontré que le raisonnement adopté est tout à fait transposable à la situation d'exclusion. On regrettera surtout que la jurisprudence, abondante pour certaines formes sociales, ne le soit pas autant dans d'autres, comme les sociétés commerciales. La règle prétorienne issue de cette jurisprudence constante semble néanmoins s'appliquer à toutes les formes sociales, comme le pensent certains auteurs⁷²⁴.

182. Critique de la solution. Pour autant, est-il souhaitable que cette règle ne connaisse aucun tempérament ? Celle-ci est, certes, protectrice de l'associé exclu, puisqu'elle incite la société et ses coassociés à lui rembourser rapidement la valeur de ses droits sociaux. Mais à l'instar de ce que nous postulons au sujet de la date de la perte de la qualité d'associé, nous estimons que la disparition des droits et obligations de l'associé exclu doit pouvoir être aménagée par les rédacteurs de statuts. En effet, les droits tels que le droit aux bénéfices ou le droit de vote ne sauraient être regardés comme absolus : il est par exemple possible de détenir des actions sans droit de vote, ou de décider de mettre en réserve les bénéfices réalisés. A ce titre, il devrait également être possible de faire disparaître, avec son consentement, certains droits et obligations de l'associé exclu avant même que son départ de la société ne se soit matérialisé par le paiement total de la valeur de ses titres. Nous verrons ci-après que cette possibilité est de plus en plus d'actualité.

§2 : L'existence de tempéraments d'origine légale ou contractuelle

183. Tempéraments légaux. La règle prétorienne selon laquelle les droits et obligations de l'associé exclu ne peuvent disparaître avant le paiement total de la valeur de ses droits sociaux connaît néanmoins des tempéraments. Ces tempéraments sont d'une part, classiquement, d'origine légale. Dans les SCV par exemple, il est prévu au troisième alinéa de l'article L. 231-6 du Code de commerce que « L'associé qui cesse de faire partie de la société, soit par l'effet de sa volonté, soit par suite de décision de l'assemblée générale, reste tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de sa retraite ». Dans les SAS, l'article L. 227-16 du Code de commerce, qui prévoit expressément la possibilité de stipuler des clauses d'exclusion, permet également aux statuts de « prévoir la suspension des droits non pécuniaires de [l'associé exclu] tant que celui-ci n'a

⁷²³ Cass. 1^{re} Civ., 9 juin 2011, n° 10-18.655, préc.

⁷²⁴ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, op. cit., loc. cit.

pas procédé à cette cession »⁷²⁵. Cette possibilité est extrêmement intéressante pour les associés restants, car elle leur permet d'éviter qu'un associé qui ne fait virtuellement plus partie de la société puisse continuer à voter, et à participer aux décisions collectives. Notons que cette règle ne concerne pas la vocation aux bénéfices de l'intéressé, qui pourra continuer à l'exercer paisiblement. Cette mesure a également pour avantage d'inciter l'associé exclu à procéder rapidement à la cession de ses titres, dans la mesure où comme il ne bénéficie plus de son droit à l'information, la valeur de la société pourrait baisser sans qu'il ne le sache.

184. Tempérament contractuel – Origine. D'autre part, malgré la force de la règle jurisprudentielle évoquée plus haut, il semble désormais possible de prévoir statutairement que la disparition de certains droits de l'associé exclu ou retrayant puisse intervenir avant le paiement total de la valeur de ses titres. Cela ressort d'une jurisprudence très récente, rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation à propos d'une SCP d'avocats⁷²⁶. Comme dans la plupart des arrêts que nous avons étudiés en matière de SCP⁷²⁷, un associé retrayant estimait avoir droit à sa quote-part des bénéfices sociaux jusqu'au paiement intégral de la valeur de ses droits sociaux. Cependant, en l'espèce une clause statutaire prévoyait que les bénéfices seraient répartis en fonction de l'activité de chaque associé, et non en fonction de leur participation au capital. La Cour a d'abord constaté qu'en vertu des textes applicables à cette forme sociale, « l'associé retrayant conserve ses droits patrimoniaux tant qu'il n'a pas obtenu le remboursement intégral de ses parts sociales ». Mais elle ne s'est pas arrêtée là, car elle a énoncé que « toutefois, les associés ont la liberté de conclure des conventions dérogeant à cette règle pour déterminer leurs relations financières lors du retrait de l'un d'entre eux ».

– **Portée.** Par cette dernière phrase, très explicite, la Cour unificatrice vient affirmer qu'une clause statutaire peut valablement aménager les droits patrimoniaux de l'associé retrayant. Vu le caractère général de la clause litigieuse, qui tendait à s'appliquer à tout moment de la vie sociale et pas seulement dans le cadre d'un retrait, on peut estimer que celle-ci aurait eu vocation à s'appliquer en cas d'exclusion d'un associé. Bastien Brignon estime que « le sujet dépasse largement le seul droit de retrait, si bien que la solution peut peut-être valoir, indépendamment de la forme sociale, pour toute hypothèse de sorties ou de transmission de droits sociaux : exclusion, décès, etc. »⁷²⁸. Nous rejoignons cette analyse : la situation d'exclusion est suffisamment proche de celle du retrait pour que cette solution s'y applique. Nous estimons également que rien n'empêche la transposition de cette solution dans d'autres formes sociales, dès lors qu'aucune disposition légale ne s'y oppose.

⁷²⁵ Une telle mesure est également ouverte lorsqu'est stipulée une clause d'exclusion visant les associés personne morale dont le contrôle a été modifié : C. Com., art. L. 227-17, al. 1^{er}.

⁷²⁶ Cass. 1^{re} Civ., 8 janv. 2020, n° 17-13.863, JCP E 2020, 1183, note B. Brignon ; JCP G 2020, 270, note D. Gallois-Cochet ; Dr. sociétés 2020, comm. 36, note H. Hovasse, préc.

⁷²⁷ V. supra n° 179.

⁷²⁸ B. Brignon, *Retrait de SCP d'avocats : quand le contrat déroge valablement aux droits patrimoniaux du retrayant et fixe la méthode d'évaluation des droits sociaux*, art. cit., loc. cit.

Cet aménagement de la vocation aux bénéfices de l'associé retrayant ou exclu ne saurait trouver comme limite que la prohibition des clauses léonines, prévue à l'article 1844-1 du Code civil. En effet, selon cet article, « la stipulation [...] excluant un associé totalement du profit » est réputée non écrite. Tel n'était pas le cas de la clause litigieuse.

Se pose également la question de savoir si d'autres droits, non patrimoniaux, pourraient être écartés par une clause statutaire aux dépens de l'associé exclu. Sur ce point, rien n'est moins sûr : il est en effet impossible de retirer son droit de vote à un associé lorsque la loi ne le prévoit pas⁷²⁹. Le fait que la loi prévoit une telle chose dans les SAS⁷³⁰ ne signifie donc pas que cela pourrait être possible dans des formes sociales bien plus règlementées. Cependant, on peut d'ores et déjà se féliciter que les droits patrimoniaux de l'associé exclu puissent être paralysés par le jeu d'une clause statutaire, de sorte à minimiser son pouvoir de nuisance.

185. Assouplissement des règles relatives aux conséquences de l'exclusion. De manière plus générale, on peut également se féliciter de l'assouplissement des règles relatives aux conséquences de l'exclusion. En effet, l'arrêt étudié ainsi que le courant jurisprudentiel admettant que la date de la perte de la qualité d'associé puisse être fixée contractuellement⁷³¹ ont conféré aux rédacteurs de statuts une plus grande liberté dans la détermination des modalités de l'exclusion d'un associé. Cela permet aux clauses statutaires d'exclusion de garder une certaine attractivité face aux pactes extrastatutaires d'associés, qui conservent néanmoins l'avantage d'une plus grande simplicité.

⁷²⁹ Cass. Com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661, Rev. sociétés 1999, p. 81, note P. Le Cannu ; RTD Com. 1999, p. 902, obs. Y. Reinhard, préc.

⁷³⁰ C. Com., art. L. 227-16 et L. 227-17.

⁷³¹ V. not. Cass. Com., 13 mars 2019, n° 17-28.504, préc. ; Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, préc. ; v. supra n°184.

CONCLUSION

186. Libéralisation de l'exclusion. Exclure un associé est, à l'origine, une opération complexe dans l'ingénierie sociétaire. Lorsqu'aucune disposition légale ne le permet, il faut obtenir par avance, pour ce faire, le consentement du principal intéressé. Malgré un régime strict imposé par la jurisprudence, l'exclusion gagne en simplicité grâce à la technique contractuelle. En effet, la stipulation de PUV situées dans des pactes extrastatutaires d'associés permet d'échapper au régime de l'exclusion. Dès lors, quelle serait la pertinence d'une codification, en droit commun des sociétés, des règles relatives à l'exclusion ? Nous estimons que cela n'aurait plus le même intérêt aujourd'hui qu'il y a quelques années, dans la mesure où les clauses statutaires d'exclusion appartiennent plus au passé qu'à l'avenir.

Il ressort d'une observation approfondie du droit positif que l'exclusion est un thème qui fait actuellement l'objet d'une importante œuvre de libéralisation. L'action conjuguée du législateur⁷³², de la jurisprudence⁷³³ et des praticiens du droit des sociétés a ainsi tendance à favoriser l'intérêt de la société sur celui des associés pris individuellement, et notamment des minoritaires. Cette atteinte, toujours plus facilitée, au droit de propriété de l'associé, semble trouver encore et toujours sa justification dans l'intérêt de la société. Pour deux auteurs, « favoriser l'exclusion de l'associé qui ne se conforme pas à l'esprit de l'entreprise [...], de l'actionnaire historique qui refuse l'évolution de la stratégie ou bien encore d'un minoritaire en conflit avec le reste de la famille, c'est mettre le droit au service de l'intérêt collectif de l'entreprise et lui éviter le recours à des solutions plus traumatisantes : dissolution pure et simple, dépôt de bilan, manœuvres coûteuses visant à décourager l'opposant et à le faire sortir de manière insidieuse »⁷³⁴.

En définitive, nous estimons que la libéralisation du droit de l'exclusion n'est pas une mauvaise chose, dès lors qu'elle n'est pas vectrice d'injustices du côté de l'associé exclu. Pour autant, la notion d'injustice est très subjective et très évanescence, plus philosophique que juridique en fin de compte : en effet, l'associé qui doit céder ses titres contre son gré, estime toujours être victime d'une injustice, et c'est ce qui crée tant de contentieux. Mais est-ce systématiquement le cas ? Bien sûr que non, mais la ligne de démarcation entre le juste et l'injuste est parfois très mince, et ce qui est légal ne correspond pas forcément à ce qui est juste. C'est ce qui rend le thème de l'exclusion aussi passionnant : tout est une affaire de circonstances, et le rôle du juge est primordial.

⁷³² Via la modification de l'art. L. 227-19 C. Com., v. supra.

⁷³³ V. not. Cass. 1^{re} Civ., 13 nov. 2008, n° 06-12.920, préc. ; Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855, préc. ; Cass. Com., 6 mai 2014, n° 13-17.349, préc. ; Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343, préc. ; Cass. Com., 24 oct. 2018, n° 17-26.402 et 15-27.911, préc. ; Cass. Com., 13 mars 2019, n° 17-28.504, préc. ; Cass. Com., 14 oct. 2020, n° 18-19.181, préc.

⁷³⁴ C. Champaud et D. Danet, art. cit.

187. Adhérer à sa propre exclusion ? A l'aune de la réforme du droit des contrats opérée en 2016, la doctrine a pu se demander si le contrat de société, les pactes extrastatutaires et autres règlements ne pourrait pas constituer des contrats d'adhésion⁷³⁵ pour les associés ayant rejoint la société en cours de route⁷³⁶. En effet, le nouvel article 1171 du code civil prévoit que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». L'associé qui s'est vu imposer les termes des statuts ou d'un pacte extrastatutaire peut-il alors faire réputer non écrites certaines clauses, comme celles prévoyant l'exclusion, sur le fondement de cet article ?

Dans la pratique du droit des sociétés, il est extrêmement rare qu'un associé qui n'est pas fondateur puisse faire autre chose qu'« adhérer » aux statuts et aux pactes extrastatutaires déjà en vigueur. Et la qualification de contrat d'adhésion a vocation à s'appliquer à tous types de contrats, rappelle un auteur⁷³⁷. Mais on ne peut s'empêcher de penser que des statuts ou un pacte extrastatutaire d'associés ne sont pas des contrats comme les autres. En effet, il s'agit plutôt de contrats-alliance, dans lesquels les intérêts des parties sont identiques, que de contrats-échange, dans lesquels les intérêts des parties sont antagonistes⁷³⁸. De plus, le contenu des statuts et des pactes extrastatutaires peut réellement être négocié, lors de la constitution de la société. Dès lors, comment un contrat qui à l'origine est conclu de gré à gré peut-il devenir un contrat d'adhésion, envers une des parties seulement, au cours de son exécution ?

La question est réglée si l'on voit l'entrée d'un nouvel associé comme une cession de contrat⁷³⁹. Dès lors, on peut considérer qu'une cession de droits sociaux ne fait qu'organiser la poursuite de contrats déjà en place, sans qu'un nouveau contrat ne soit conclu entre les associés fondateurs et l'associé nouvellement introduit⁷⁴⁰. Pas de nouveau contrat, cela signifie : pas de négociations, et pas de négociations signifie que le contrat ne peut être un contrat d'adhésion. Si les arguments sont nombreux pour disqualifier l'application de l'article 1171 du Code civil, il n'est pas à exclure que les juges en viennent un jour à qualifier de contrat d'adhésion un contrat de société pour réputer non écrite, par exemple, une clause d'exclusion. Il est vrai qu'une telle clause peut être de nature à créer un déséquilibre significatif entre associés, notamment lorsqu'il est prévu que celui qui perd sa qualité de

⁷³⁵ C. Civ., art. 1110 : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Dans sa version issue de l'ord. du 10 févr. 2016, l'art. 1110 définissait le contrat d'adhésion comme « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

⁷³⁶ V. not. A. Downe, *Le contrat d'adhésion à l'épreuve du droit des sociétés*, Rev. sociétés 2021, p. 160 ; A. Tadros, « L'adhésion » du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. *Contrat d'adhésion ou cession de contrat ?*, D. 2017, p. 171 ; M. Mekki, *Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?*, Rev. sociétés 2016, p. 563.

⁷³⁷ A. Tadros, art. cit., n°7.

⁷³⁸ A. Downe, art. cit., n°3.

⁷³⁹ C. Civ., art. 1216 : « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ».

⁷⁴⁰ A. Tadros, art. cit., n°25.

salarié perdra aussi sa qualité d'associé : dans ce cas-là l'associé qui ne dirige pas la société peut être à la merci de ceux qui la dirigent.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

- G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^e éd., 2016
- B. Dondero et alii, *Mémento pratique sociétés commerciales 2020*, éd. Francis Lefebvre, 2019
- Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd. 2002
- P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 8^e éd., LGDJ, 2019
- J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, *Le Lamy sociétés commerciales 2019*, Lamy, 2019
- P. Mousseron, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, Lextenso, 2014
- E. Tyan, *Droit commercial*, Hachette/Antoine Référence, 2^{ème} éd., 2017
- T. Zein, *L'exclusion de l'associé : étude comparée du droit français et du droit libanais*, LGDJ/Delta, 2014

II. Encyclopédies, fascicules et répertoires

- Entreprise en difficulté . – Responsabilité. Sanctions*, Fasc. 2350, JCl Roulois, 26 nov. 2019 (màj. 22 avr. 2020)
- Sociétés. – Sociétés d'exercice libéral*, Fasc. 3345, JCl Roulois, 12 janv. 2017 (màj. 15 oct. 2020)
- H. Azarian,
- *Sociétés par actions simplifiées. – Création et statut des associés*, Fasc. 1532, JCl. Commercial, 10 avr. 2018 (màj. 10 avr. 2020)
 - *Synthèse - Sociétés civiles de droit commun*, JCl. Notarial Formulaire, 15 oct. 2020
- R. Besnard Goudet, *Clauses statutaires d'agrément, de préemption et d'exclusion dans les cessions d'actions*, Fasc. 1792, JCl. Banque – Crédit – Bourse, 17 avr. 2017 (màj. 30 nov. 2018)
- A. Bougnoux,
- *Sociétés civiles professionnelles . – Généralités . – Création. Fonctionnement. Contrôle . – Commentaires*, Fasc. S-70, JCl Notarial Formulaire, 2 déc. 2011 (màj. 14 avr. 2020)
 - *Sociétés d'exercice libéral (SEL). – Régime juridique. – Commentaires*, Fasc. 975, JCl. Entreprise individuelle, 13 sept. 2016 (màj. 15 avr. 2020)
- B. Brignon, *Sociétés d'Exercice Libéral (SEL). – Régime général*, Fasc. 10, JCl Civil, 29 août 2018

M-L. Coquelet et M. Buchberger, *Réduction du capital social*, Fasc. 159-10, JCl. Sociétés Traité, 9 févr. 2018

J-J. Daigre et alii, *Clauses d'exclusion dans les sociétés anonymes non cotées. – Commentaires*, Fasc. P-240, JCl. Notarial Formulaire, 7 avr. 2016 (màj. 20 juin 2017)

C. Dupeyron et F. Roussel, *Groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC)*, Fasc. 12, JCl Rural, 10 mai 2019

C. Félix, *Sociétés civiles. – Parts sociales*, Fasc. E-45, JCl Notarial Formulaire, 6 déc. 2017 (actu. F. Dannenberger 14 avr. 2020)

M. Germain, P-L. Périn et H. Azarian, *Sociétés par actions simplifiées. – Organisation des rapports entre associés. – Clauses statutaires relatives à la cession d'actions*, Fasc. 155-30, JCl. Sociétés Traité, 25 janv. 2016 (màj. 30 nov. 2018)

D. Gibrila,

- *Sociétés à capital variable*, Fasc. 1014, JCl. Commercial, 24 sept. 2019
- *Synthèse - Sociétés : fonctionnement*, JCl Civil Code, 5 avr. 2020

G. Gourlay et H. Azarian, *Sociétés coopératives agricoles. – Commentaires*, Fasc. S-1175, JCl. Notarial Formulaire, 20 sept. 2009 (màj. 13 avr. 2018)

Y. Guyon,

- *Assemblées d'actionnaires*, Rép. Soc. Dalloz, sept. 2002
- *Sociétés coopératives de commerçants détaillants*, Fasc. 170-70, JCl. Sociétés Traité, 18 sept. 2019

P. Le Cannu, J. Heinich et J. Delvallée, *Société par actions simplifiée*, Rép. soc. Dalloz, oct. 2020

J-P. Legros, *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire. – Sort des dirigeants*, Fasc. 2392, JCl Commercial, 9 févr. 2014 (màj. 15 mars 2020), n°164

F. Martin Laprade, *Action de concert*, Fasc. 2135, JCl Banque – Crédit – Bourse, 27 nov. 2019

J-M. Moulin, *Sociétés anonymes. – Pactes d'actionnaires*, Fasc. 1486, JCl. Commercial, 16 févr. 2018

P. Pallier, *Sociétés à capital variable. – Règles communes à toutes les sociétés à capital variable*, Fasc. 167-10, JCl. Sociétés Traité, 14 févr. 2018

S. Schiller, *Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires*, Rép. soc. Dalloz

D. Sizaïre,

- *Sociétés. – Sociétés civiles immobilières de construction-vente*, Fasc. 500, JCl Construction – Urbanisme, 14 août 2013 (actu. M. Painchaux)
- *Sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé. – Fonctionnement. – Sociétés coopératives*, Fasc. 552, JCl Construction – Urbanisme, 3 août 2018 (actu. G. Daudré)

III. Articles de fond

J.-J. Ansault, *Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle*, Journ. sociétés 2012, n° 104, p. 33

C. Atias, « *De plein droit* », D. 2013, p. 2183

B. Brignon, *La « vitalité » du droit des sociétés : clauses de good/bad leaver, clauses de buy or sell et SELAS de pharmacies*, Dr. sociétés n°7, juill. 2015, étude 11

E. Brocard, *La cession de droits sociaux et l'entreprise en difficulté*, Rev. sociétés 2015, p. 217

M. Caffin-Moi, *Fin de l'exigence d'unanimité pour l'adoption ou la modification de la clause d'exclusion dans la SAS ?*, Gaz. Pal. n°23, 25 juin 2019, p. 45

N. Cazé, *Exclusion et retrait forcé dans les sociétés d'exercice libéral*, Dr. sociétés n°12, déc. 2005, étude 17

A. Cerati-Gauthier, *Difficultés des entreprises - L'exclusion de l'associé : une mesure à recommander*, Rev. Lamy dr. aff., n°146, 1^{er} mars 2019.

A. Couret et C. Barrillon, *La loi Soilibi et les maladroites du législateur*, D. 2019, p. 1717

J.-J. Daigre, *La perte de la qualité d'actionnaire*, Rev. sociétés 1999, p. 535

S. Dariosecq et N. Metais, *Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés*, BJS n°9, 1^{er} sept. 1998, p. 908

J.-M. de Bermond de Vaulx,

- *La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?*, JCP E n°48, 29 nov. 1990, 15921
- *L'exclusion d'un associé*, Dr. sociétés 1996, chr. n° 10, p. 6

B. Dondero,

- *Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations*, BJS n°3, 1^{er} mars 2008, p. 245
- *La procédure d'exclusion d'un associé dans les coopératives de commerçants*, Gaz. Pal. n°26, 26 janv. 2013
- *La réforme de l'article 1843-4 du Code civil. – Ord. n° 2014-863, 31 juill. 2014*, JCP E n°43, 23 oct. 2014, 1531

A. Downe, *Le contrat d'adhésion à l'épreuve du droit des sociétés*, Rev. sociétés 2021, p. 160

G. Durand-Lepine, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, LPA n°88, 24 juill. 1995, p. 7

S. Farhi, *La conversion de créances en titres de capital lors d'une procédure collective*, Rev. proc. coll. n°1, janv. 2019, étude 3

M-A. Frison-Roche et M. Nussenbaum, *Les méthodes d'évaluation financière dans les offres publiques de retrait et les retraits obligatoires - d'Avenir - Havas - Media à Sogénal*, RD bancaire et bourse 1995, p. 56

D. Gallois-Cochet,

- *L'obscure clarté du régime de l'exclusion statutaire*, Dr. sociétés n°12, déc. 2014, étude 23
- *Clause d'éviction et clause d'exclusion : faut-il distinguer ?*, Gaz. Pal. n°32, 25 sept. 2018, p. 50

M. Germain et P-L. Périn, *L'exclusion statutaire des associés de SAS*, BJS n°12, 1^{er} déc. 2010, p. 1016

L. Godon, *SAS : les incidences de la loi du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés*, Rev. sociétés 2019, p. 723

J. Granotier, *L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ?*, JCP E n°22, mai 2012, doct. 653

Y. Guyon, *Les dispositions générales de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés*, Rev. sociétés 1979, p. 14

J. Heinich, *La SAS, plus fort que la SARL !*, Dr. sociétés n°6, juin 2017, repère 6

S. Hélot, *La place de l'intuitus personae dans la société de capitaux*, D. 1991, p. 143

L-C. Henry, *Cessions de parts sociales subordonnées à l'adoption du plan de cession : modalités de la cession*, Rev. sociétés 2016, p. 195

M. Laroche, *Perte de la qualité d'associé : quelle date retenir ?*, D. 2009, p. 1772

A. Lecourt, *Simplifier, clarifier et actualiser le droit des sociétés : les minoritaires sacrifiés sur l'autel du libéralisme ?*, RTD Com. 2019, p. 903

H. Le Nabasque,

- *Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires*, RJDA 3/1995, p. 200
- *À propos des clauses d'exclusion dans la SAS après la loi de simplification du droit des sociétés du 19 juillet 2019*, BJS n°01, 1^{er} janv. 2020, p. 60

H. Le Nabasque, P. Dunaud et P. Elsen, *Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires*, Act. prat. et Ing. Sociétaire, oct. 1992

J. Lepargneur, *L'exclusion d'un associé*, Journ. sociétés 1928, p. 257

C. Leroy, *Le retrait obligatoire ou l'expropriation des actionnaires minoritaires à la suite d'une offre publique de retrait*, BJB n° 6, 1^{er} nov. 1994, p. 567

P. Le Vey, *Le statut des associés dans les sociétés à capital variable non coopératives*, Dr. sociétés n°7, juill. 2008, étude 7

D. Martin, *L'exclusion d'un actionnaire*, RJ com. 1990, n° spécial, p. 94

D. Martin et M. Carosso, *L'exclusion d'un associé d'une SAS après la loi de simplification du droit des sociétés*, JCP E n°10, 5 mars 2020, 1091

F. Maury, *Incessibilité, cession forcée : les droits sociaux du dirigeant de société à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté*, LPA n°152, 31 juill. 2018, p. 35

M. Mekki, *Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?*, Rev. sociétés 2016, p. 563

D. Poracchia, *Observations sur les clauses d'exclusion dans les SAS après la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019*, RTDF 2019

F. Rizzo, *Le principe d'intangibilité des engagements des associés*, RTD Com. 2000, p. 27

R. Saint-Alary, *Éléments distinctifs de la société coopérative*, RTD com. 1952, p. 458

B. Saintourens, *Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés : dispositions relatives aux sociétés par actions simplifiées (SAS)*, Hebdo, La lettre juridique Édition, n° 794, 12 sept. 2019

J.-P. Storck, *La validité des conventions extra-statutaires*, D. 1989, chron. p. 287

M. Strock, *Les associés de la S.A.S.*, LPA n°185, 15 sept. 2000, p. 42

A. Tadros, « *L'adhésion* » du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. *Contrat d'adhésion ou cession de contrat ?*, D. 2017, p. 171

A. Viandier, *Le retrait obligatoire*, RJDA 1994, p. 783

IV. Commentaires et notes de jurisprudence

J.-J. Ansault, *La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction*, Rev. sociétés 2016, p. 228

H. Barbier, *Quand la qualification de promesse de vente permet d'échapper aux nullités du droit des sociétés !*, RTD Civ. 2014, p. 642

B. Brignon,

- *L'unanimité sans le consentement de tous les associés : bataille autour des droits de vote et de participer !*, BJS n°1, 1^{er} janv. 2019, p. 23

- *Retrait de SCP d'avocats : quand le contrat déroge valablement aux droits patrimoniaux du retrayant et fixe la méthode d'évaluation des droits sociaux*, JCP E n°18, 30 avr. 2020, 1183
- E. Casimir, *Exclusion d'un associé : nécessité de rapporter la preuve d'un « motif grave »*, Gaz. Pal. n°12, 26 mars 2019, p. 57
- C. Champaud et D. Danet, *Associé. Exclusion. Société à capital variable. Conseil d'administration. Absence de l'associé exclu. Nullité de la décision (non)*, RTD Com. 2010, p. 727
- A. Constantin, *Qualification de promesse synallagmatique appliquée à deux promesses croisées de vente et d'achat d'actions*, JCP E n°11, 16 mars 2006, 1463
- J-J. Daigre, *Le notaire destitué perd sa qualité de notaire, mais ne perd sa qualité d'associé de la SCP qu'après avoir cédé ses parts sociales*, BJS n°10, 1^{er} oct. 2007, p. 1065
- J-P. Dom, *L'assouplissement procédural de la cession forcée des droits sociaux des dirigeants*, BJS n°5, 2 mai 2016, p. 287
- B. Dondero, *L'actionnaire précaire, et l'éviction qui n'est pas une exclusion*, BJS n°12, 2 déc. 2015, p. 629
- B. Fages, *L'efficacité de la clause buy or sell*, RTD. Civ. 2009, p. 525
- D. Gallois-Cochet,
- *Localisation de la stipulation relative au motif de l'exclusion d'un associé et notion de dirigeant*, Dr. sociétés n°12, déc. 2013, comm. 203
 - *Conditions du vote pour modifier une clause d'exclusion*, Dr. sociétés n°6, juin 2015, comm. 108
- G. Grundeler, *Précisions sur la date de la perte de la qualité d'associé en cas d'exclusion d'origine statutaire*, RTD Com. 2019, p. 669
- L. Grynbaum, *Le contrôle par les tribunaux de l'exclusion abusive d'un associé*, LPA n°67, 5 juin 1998, p. 17
- J-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau, *Sociétés et groupements*, D. 2016, p. 2365
- H. Hovasse,
- *Exclusion d'un actionnaire d'une société anonyme coopérative à capital variable*, Dr. sociétés n°11, nov. 2010, comm. 200
 - *Exclusion d'un associé d'une société civile pour perte d'une qualité objective*, Dr. sociétés n°5, mai 2012, comm. 77
- M. Jeantin, *Validité et sanction d'une clause d'exclusivité d'exercice professionnel stipulée dans les statuts d'une société civile de moyens*, Rev. sociétés 1995, p. 525, II
- S. Kouhaiz, *L'autonomie des promesses croisées d'achat et de vente*, Rev. sociétés 2018, p. 27

P. Le Cannu,

- *Périmètre du « pacte social » et règlement intérieur*, BJS n°3, 1^{er} mars 1999, p. 381
- *L'exclusion d'un associé en nom en raison de sa mise en redressement judiciaire*, BJS n°8, 1^{er} août 2005, p. 995
- *L'absence de contradiction n'est pas une cause de nullité de l'exclusion d'un associé*, BJS n°12, 1^{er} déc. 2010, p. 990
- *Est réputée non écrite la clause interdisant à un associé de SAS de prendre part au vote sur son exclusion pour perte de qualité*, Rev. sociétés 2014, p. 550

F.-X. Lucas,

- *Élimination de l'associé de société civile « failli » ou « déconfit »*, BJS n°4, 1^{er} avr. 1999, p. 436
- *Exercice du droit de vote attaché à des actions indivises et insertion dans les statuts d'une clause d'exclusion*, Dr. sociétés n°1, janv. 2002, comm. 14
- *Retrait judiciaire d'une société civile pour justes motifs et date de la perte de la qualité d'associé*, BJS n°12, 1^{er} déc. 2008, p. 967
- *Qualification d'exclusion du rachat forcé des droits sociaux d'un associé salarié licencié*, BJS 2012, p. 538

N. Mathey, *Rupture des relations commerciales établies*, CCC n°4, avr. 2017, comm. 78

R. Mortier,

- *L'ensemble contractuel indivisible au soutien de l'exclusion d'une association et d'une société*, Dr. sociétés n°2, févr. 2009, comm. 25
- *Consécration de la liberté statutaire d'exclusion d'un associé*, JCP E n°19-20, 11 mai 2012, 1310
- *Mise en œuvre d'une clause de buy or sell*, JCP E n°27, 5 juill. 2012, 1436
- *L'impossible régularisation de l'exclusion décidée en violation du droit de participation*, Dr. sociétés n°10, oct. 2013, comm. 154
- *De l'art d'expulser un associé sans encombre*, Dr. sociétés n°12, déc. 2014, p. 182
- *Ne pas confondre exclusion et éviction de l'associé*, Dr. sociétés n°3, mars 2016, comm. 43
- *La stérilisation du droit de vote de l'associé exclu*, Dr. sociétés n°2, févr. 2019, comm. 21
- *Renforcement de l'efficacité de la procédure de l'article 1592 du Code civil tendant à faire fixer le prix par un tiers*, Dr. sociétés n°10, oct. 2019, comm. 166

J.-M. Moulin, *L'éviction statutaire d'un actionnaire ne saurait être confondue avec une procédure d'exclusion*, Gaz. Pal. n°19, 24 mai 2016, p. 63

J. Moury, *Attribution statutaire spéciale du droit de vote à l'associé devant faire l'objet d'une mesure d'exclusion*, RTD Com. 2018, p. 964

P. Mousseron, *Les vigoureux usages des réseaux de distribution*, JCP E n°13, 31 mars 2011, 1267

Y. Paclot,

- *Clause d'agrément et clause d'exclusion d'un actionnaire dans les statuts d'une SA*, JCP E n°30, 27 juill. 1995, p. 705
- *L'irréductible droit de vote de l'associé exclu*, D. 2008, p. 47
- *Validation judiciaire de la clause statutaire d'exclusion de plein droit*, JCP E n°23, 9 juin 2016, 1341

D. Randoux, *La mise en redressement judiciaire d'un associé d'une société en nom collectif entraîne de plein droit la perte de sa qualité d'associé*, Rev. sociétés 2005, p. 618

R. Rodière, note ss. CA Rouen, 8 févr. 1974, Rev. sociétés 1974, p. 507

M. Roussille, *Nullité de la clause d'exclusion pour atteinte au droit de vote de l'associé*, Dr. sociétés n°6, juin 2011, comm. 110

E. Thaller, note ss. Cass. civ. 30 mai 1892, D. 1893, I, p. 105

V. Autres documents

Le petit Robert de la langue française, éd. Le Robert, 2021

Modèle de statuts types des groupements agricoles d'exploitation en commun, Ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, 24 avr. 2015

Projet de réforme de la responsabilité civile, Ministère de la Justice, 13 mars 2017

ANNEXE

Entretien avec Maître David Ybert de Fontenelle, 12 févr. 2021

« Les clauses d'exclusion »

Raphaël Escondeur : « De manière générale, quelle est la localisation des clauses d'exclusion que vous stipulez ? S'agit-il plutôt de clauses statutaires ou de promesses situées dans des pactes extrastatutaires d'associés ? »

Maître David Ybert de Fontenelle : « C'est une excellente question. En fait, cela dépend de la stratégie qu'on souhaite adopter. La différence entre les statuts et le pacte, vous la connaissez : les statuts sont publics, le pacte non. C'est vrai que l'on a plus tendance à le mettre dans un pacte. En pratique, quand il y a au moins deux associés, je fais automatiquement un pacte. Ce n'est pas nécessairement un pacte très lourd, plutôt ce que j'appelle un pacte d'associés fondateurs, qui prévoit ce qui se passe en cas de décès. Je peux vous montrer le modèle que j'utilise, qui prévoit notamment une clause d'exclusion.

Les statuts ont vocation à accueillir les règles qui régissent le fonctionnement de la société : dénomination, objet, capital, toutes les clauses inhérentes aux cessions, etc. Le pacte a vocation à régir les relations entre associés. Pour moi, naturellement, le pacte a plus vocation à accueillir la clause d'exclusion, car il ne regarde que les associés, pas les tiers.

R.E. : D'accord. Lorsque la clause d'exclusion se situe dans un pacte, je suppose que la plupart du temps elle prend la forme de promesse unilatérale de vente (PUV) ?

D.Y.F. : On le fait sous deux formes, effectivement. La forme la plus efficace, c'est effectivement de faire une PUV avec des modalités, et on va soumettre cette promesse à des événements. Cela peut être la perte d'une qualité, un événement que l'on définit, des éléments objectifs, financiers, le changement de contrôle d'un associé personne morale, ce qui permet de ramener l'*intuitu personae* au sein de la personne morale. On le fait donc, le plus généralement sous forme de promesse.

R.E. : Vous est-il déjà arrivé de voir des PUV croisées d'achat et de vente dans des pactes ?

D.Y.F. : Non, jamais. Quel est l'intérêt de faire cela ?

R.E. : J'ai également eu du mal, d'un point de vue théorique, à saisir l'intérêt.

D.Y.F. : Est-ce une vente sous condition suspensive ? On ne peut pas qualifier cela de condition suspensive, car celle-ci ne doit pas être potestative, elle doit dépendre d'un

évènement aléatoire, qu'on ne maîtrise pas. A priori, pour une clause d'exclusion, on maîtrise l'évènement. On ne peut donc pas le qualifier de condition suspensive. Cependant, je suppose que de nombreux professeurs de droit ont dû se pencher sur la question. Je ne suis jamais tombé sur ce type de promesses croisées. Mais encore une fois, je n'exerce pas depuis très longtemps.

R.E. : Cela ne m'étonne pas car depuis certaines jurisprudences elles sont requalifiées en promesses synallagmatiques, ce qui n'a aucun intérêt.

D.Y.F. : En général on est plutôt sur un PUV, avec un évènement déterminé, perte de qualité, changement de contrôle, etc.

R.E. : D'accord, et ce d'autant plus que dans les statuts donc. Dans les statuts, cela ne se fait plus tellement de stipuler des clauses d'exclusion ?

D.Y.F. : Et bien, je suis tombé tout à l'heure sur des statuts avec une clause d'exclusion, et effectivement les modalités qui étaient prévues étaient des modalités prévues dans le Code civil : perte de l'*affectio societatis*, etc., tout ce qui est prévu par les articles 1832 et suivants. Cela reprend un peu les clauses de dissolution de la société prévues aux articles 1844 et suivants. Seulement, la perte d'*affectio societatis*, typiquement, il faut en rapporter la preuve. C'est un peu compliqué à rapporter, et même très compliqué.

Pour en revenir aux promesses croisées, mêmes dans les statuts rédigés par de gros cabinets, je n'en ai jamais vu.

R.E. : Sur l'organe social que l'on va désigner pour prononcer l'exclusion, préférez-vous que ce soit l'AG ou plutôt un organe de direction ? En fonction de la forme, cela peut être le CA dans une SA, etc...

D.Y.F. : Dans une SA ou une SAS, globalement, on fait un peu ce qu'on veut. On peut déterminer que M. X. se prononcera sur l'exclusion, ou un tiers indépendant... Dans les sociétés plus codifiées, on ne peut pas faire ce qu'on veut. Des organes, il n'y en a pas 36 : dans une SARL, il y a un ou plusieurs gérants, et l'AG. Je n'ai pas de réponse exacte pour la simple et bonne raison que chaque pacte, chaque clause, on va l'adapter à la situation, à l'objectif de la société. Par exemple, si on a une société, peu importe la forme, qui est familiale : le père, la mère, les enfants. On ne réfléchit pas de la même façon. En revanche, si on a des associés qui ne se connaissent pas, avec un fonds d'investissement qui fait une levée, on a une sorte d'aléa. On va réfléchir différemment : par exemple, l'associé majoritaire détient 51% et est président de la société, et un pool d'investisseurs a 49% : l'associé fondateur garde la maîtrise de son actionnariat, et il peut exclure son associé s'il en a envie. D'abord, il ne pourra pas être révoqué puisqu'il a la majorité, sauf cas extrême, et il pourra

exclure un actionnaire si ça ne va pas. C'est un peu du « cousu main » à chaque fois et l'on adapte en fonction de la situation.

R.E. : Très bien. Est-ce qu'il arrive souvent qu'on stipule que l'associé exclu ne pourra pas voter sur son exclusion ? Pour le cas où l'AG est compétente pour prononcer l'exclusion.

D.Y.F. : Alors à mon avis non, et justement je me demande s'il n'y a pas de la jurisprudence là-dessus, qui nous dit que l'associé exclu doit participer au vote...

R.E. : Effectivement, il y en a pas mal, mais une décision de 2018 qui dit que l'on peut faire voter l'associé exclu mais finalement sans tenir compte de son vote. C'est-à-dire qu'il votera, mais on ne comptabilisera pas son vote. Cette décision est étrange, en effet.

D.Y.F. : D'accord. Personnellement, ça me paraît risqué en pratique. Personnellement je ne le ferais pas. Cela me semble très risqué dans la mesure où on a de nombreuses décisions qui nous disent que l'associé exclu doit participer au vote sur la résolution qui tend à l'exclure. Dans la SAS, par exemple, on pourrait peut-être l'envisager. Mais en pratique, encore une fois, cela me paraît très risqué et naturellement, je n'aurais pas tendance à le rédiger. De plus, c'est une clause qui va créer une sorte de méfiance entre les associés. Si je signe une clause dans laquelle on me dit qu'à tout moment, je pourrai être exclu, je vais me méfier. Maintenant, tout dépend de la participation. Si j'ai 1% de la société, cela n'importe peu.

R.E. : En effet, si un majoritaire est visé par cette clause, ce sera différent : cela signifierait que les minoritaires peuvent exclure le majoritaire...

D.Y.F. : Oui, là, il ne faut pas le faire.

R.E. : Personne n'y consentirait, je m'en doute.

Une autre question : une fois que l'associé est exclu, il faut lui rembourser la valeur de ses droits sociaux. Quelle est la méthode de valorisation que vous privilégiez ?

D.Y.F. : Vous avez de belles questions, de vraies questions pratiques. La question sous-jacente c'est : « comment valoriser une société ? ». Il y a plein de façons de faire. Quand on fait une promesse, une clause d'exclusion, on a plein de manières de déterminer une méthode du prix de cession. Première méthode : on va créer une formule de calcul, par exemple – je vous dis une bêtise – Capitaux propres x 3. Sur les start-up qui vendent des logiciels, la coutume c'est de prendre l'EBITDA. C'est le résultat de l'application d'un multiple qui fait la valorisation de 100% des titres, on en dégage la quote-part.

Ensuite, on a la possibilité de dire que les parties se mettront d'accord, sans quoi on désignera un expert. De plus, pour la désignation d'un expert il y a deux articles, 1843-4 et 1592 du Code civil.

Le problème de déterminer une méthode de valorisation dans un pacte, c'est que ce sera au cas par cas. La méthode que l'on va appliquer aujourd'hui n'est pas la même dans 5 ans. Si l'on fait un multiple du résultat, cela peut être applicable aujourd'hui et ne rien vouloir dire dans 5 ans. On peut appliquer les capitaux propres – les dettes et on appliquait un multiple. Dans certaines sociétés, les capitaux propres, ça ne veut rien dire, et dans d'autres, ça peut vouloir dire quelque chose. La méthode comptable pour déterminer la valorisation d'une société est très complexe. On peut aussi très bien prévoir dans un pacte que la méthode peut être révisée, avec une clause de rendez-vous qui désigne un commissaire qui réévalue la méthode de valorisation. On peut désigner un cabinet de commissaires aux comptes pour une mission de valorisation de la société. Mettre une méthode dans le pacte, cela se fait, mais il faut être sûrs de ce qu'on fait. On travaille alors avec des experts-comptables, des commissaires aux comptes, etc... En tant qu'avocats, on n'est pas comptables, on n'est pas des hommes de chiffres. Savoir comment on va valoriser une société sur 5 ans, c'est assez compliqué. On travaille cette formule de concert avec un homme de chiffres.

R.E. : C'est bien pour cela qu'il y a des contentieux là-dessus, je suppose ?

D.Y.F. : Il y a une question d'interprétation, en effet. Il y a des nuances comptables à prendre en compte, mais quel est le résultat à prendre en compte ? Le résultat net ? L'EBITBA ? L'EBE ? Il y a des nuances entre les notions. Parfois on prend en compte des objectifs, le chiffre d'affaires, des tas de choses. Le problème est que la rédaction est difficilement parfaite. C'est du droit, et le droit est soumis à interprétation, et c'est pour cela que les juridictions sont remplies.

R.E. : C'est également pour cela que c'est aussi intéressant.

D.Y.F. : En effet !

R.E. : Que pensez-vous de la suppression de l'exigence d'unanimité pour l'insertion ou la modification des clauses d'exclusion dans les SAS (v. Loi Soilihi) ?

D.Y.F. : Pour moi, il ne faut pas l'unanimité. Quand on veut insérer une clause d'exclusion, c'est déjà trop tard. C'est quelque chose qu'il faut voir en amont : pourquoi on insérerait une clause d'exclusion quand tout se passe bien ? Je ne trouve pas ça idiot de l'avoir supprimé, bien que ça fragilise les droits politiques des associés, et surtout des minoritaires. Il ne vaut mieux pas être minoritaire dans une société ! Enfin, parfois on l'est, et ça se passe très bien, il en faut.

R.E. : Vous m'avez dit que l'exclusion est située le plus souvent dans des pactes. Cela arrive-t-il que certaines clauses ayant pour conséquence d'exclure un associé se trouvent dans un pacte et que les statuts y renvoient ? Est-ce une chose qui se fait beaucoup ?

D.Y.F. : Non. L'inverse, oui ; moi en tous cas, je ne le ferais pas. Encore une fois, les statuts ont vocation à informer les tiers. Le problème, c'est que si l'on met dans les statuts un renvoi à une information à laquelle le tiers n'a pas d'accès, ça n'a pas d'intérêt. En revanche, ce qui se fait beaucoup, c'est de mettre un renvoi aux statuts dans le pacte.

(Consultant un pacte d'associés) : Vous voyez, sur ce pacte, ils ont pris en compte les encaissements, la valeur de marché. Alors sur une méthode de valorisation, quand on utilise la notion de valeur de marché, c'est très bien, mais encore faut-il savoir ce que c'est.

R.E. : C'est quelque chose d'instable, en fait.

D.Y.F. : Oui. Là par exemple, vous voyez, sur la valorisation que j'ai, je vais vous montrer : on a un EBITBA appliqué à un multiple de 10, moins les dettes nettes. Ils déterminent ce que c'est : les dettes nettes, c'est la dette financière – la trésorerie, ce qui paraît logique. S'il y a une dette de 100 000 et 60 000 de trésorerie, on a une dette nette de 40 000. On multiplie par l'EBITBA : $- 40\,000 \times \text{EBITBA} = \text{valorisation de la société}$. Ça c'est une méthode de valorisation assez classique. C'est, du moins, ce que je vois le plus. Après, il y a différentes pratiques, différents domaines : une société dans l'industrie, ce n'est pas la même chose qu'une société qui fait du logiciel, etc.

La question se pose autant pour une multinationale dans l'aéronautique que pour le boucher du coin. Quand il va vendre sa société, comment on va la valoriser ? Evidemment, c'est moins compliqué. Quoique...

On peut aussi avoir des formules assez complexes dans les pactes : ça c'est le taux d'actualisation annuel – la valeur des décaissements.

R.E. : Et ça, c'est le comptable qui le fait ?

D.Y.F. : Ce n'est pas nous, en effet. Là par exemple, pour le prix de cession, on a un multiple de l'EBE : le prix est égal à l'EBE x 7 – la dette financière – la dette fiscale (ce qui n'est pas idiot). Vous voyez, là par exemple, on a des cessions Dailly et de l'affacturage, c'est spécifique. On multiplie par le nombre d'actions objet de la promesse et on le divise par le nombre total d'actions. Ça, c'est une méthode.

Vous voyez, sur deux pactes différents, on a à chaque fois la notion d'EBE / EBITBA qui revient. Je ne peut pas vous dire la nuance entre les deux, je ne sais même pas s'il y en a une. Le résultat, c'est le « gras », ce que représente, ce que produit la société. Forcément, on va

l'utiliser en valorisation. Donc ça peut vraiment être le tronc commun des méthodes de valorisation.

Je vous en prends un autre : ici globalement, ce sont les capitaux propres, divisés par le nombre de titres, qu'on multiplie par le nombre d'actions. En fait, on valorise les titres en fonction des capitaux propres. Ça, ce n'est pas très commun par exemple. Les capitaux propres, ça peut tout dire et rien dire, comptablement. Cette méthode-là, on l'a appliquée parce que le dirigeant veut absolument appliquer cette méthode. Cela peut cependant être contesté : un associé qui est obligé de céder comme cela peut contester, et il est parti pour 2 ans de procédure...

R.E. : Avec la désignation d'un expert, etc. ?

D.Y.F. : La désignation d'un expert, elle est prévue. « En cas de contestation, un expert ayant une expertise reconnue en matière d'évaluation de titres de société sera désigné d'un commun accord entre le promettant et les bénéficiaires concernés. Il procèdera à la fixation du prix des parts sociales ». Il y a également un renvoi à l'article 1843-4 du Code civil. On peut faire supporter les frais par qui l'on veut.

Après, un pacte, c'est un contrat. Le principe de liberté contractuelle s'applique, on fait un peu ce qu'on veut dans le respect de l'ordre public évidemment. Mais vous voyez, il n'y a pas une règle, il y en a beaucoup, et après nous, on doit « s'adapter » en fonction de la situation. Et oui, pour la rédaction des clauses, on se sert de modèles et on adapte nous-mêmes ceux-ci aux clients dans un langage juridique qui colle à la situation. On travaille clause par clause : il y a des clauses de style, qui reviennent assez souvent, et qui servent plus ou moins à quelque chose. En général, elles sont à la fin de l'acte. Certaines clauses ne servent parfois à rien, et puis il y a des clauses sur lesquelles on va négocier pendant 3 semaines.

R.E. : Enfin, concernant les motifs d'exclusion, on en parlait tout à l'heure et vous disiez que la perte d'une qualité (ex : qualité de salarié) constituait le motif le plus commun.

D.Y.F. : Oui. Typiquement, on a un associé de société qui est salarié, directeur commercial. S'il démissionne, il n'a plus aucun intérêt à être associé. Finalement, la contrepartie de son association, même si c'est un apport, c'est ce travail qu'il effectue en tant que salarié. Finalement, la clause d'exclusion permet d'assainir, et de ne pas se retrouver avec un associé gênant. S'il y a un loup dans la bergerie, et qu'on le maintient dans l'actionnariat, il n'y a pas de cohérence.

De même pour le DG d'une société : il a un mandat social, et est révoqué en cette qualité. On peut tout à fait prévoir une perte de qualité d'associé dans ce cas.

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|-------|
| INTRODUCTION GENERALE..... | p. 1 |
| PREMIERE PARTIE : L'EXCLUSION, UNE NOTION PROTEIFORME..... | p. 9 |
| TITRE I – L'exclusion d'origine légale..... | p. 10 |
| Chapitre I – L'exclusion, sanction légale du comportement de l'associé..... | p. 10 |
| Section 1 : L'exclusion-sanction obligatoire..... | p. 10 |
| §1 : Exclusion d'un associé en difficulté..... | p. 11 |
| §2 : Exclusion d'un associé privé d'un élément essentiel à sa qualité..... | p. 14 |
| Section 2 : L'exclusion-sanction facultative..... | p. 16 |
| §1 : Exclusion-sanction facultative prononcée par un organe social..... | p. 17 |
| §2 : Exclusion-sanction facultative judiciaire..... | p. 21 |
| Chapitre II – L'exclusion ne sanctionnant pas nécessairement le comportement de l'associé..... | p. 25 |
| Section 1 : L'exclusion légale prévue avec un motif précis..... | p. 26 |
| §1 : Faculté découlant d'une situation objective..... | p. 26 |
| §2 : Faculté tendant à la préservation de l'intérêt général..... | p. 31 |
| Section 2 : L'exclusion légale prévue sans motif précis..... | p. 34 |
| TITRE II – L'exclusion d'origine conventionnelle..... | p. 43 |
| Chapitre I – Les formes statutaires d'exclusion..... | p. 43 |
| Section 1 : Consécration de la validité de clauses statutaires d'exclusion..... | p. 43 |
| §1 : Avant la loi du 24 juillet 1966..... | p. 44 |
| §2 : Après la loi du 24 juillet 1966..... | p. 45 |
| Section 2 : Consécration de la validité de « clauses d'éviction » statutaires..... | p. 47 |
| §1 : Distinction de la clause d'exclusion..... | p. 47 |
| §2 : Opportunité de la distinction..... | p. 52 |
| Chapitre II – Les formes extrastatutaires d'exclusion..... | p. 55 |
| Section 1 : L'exclusion stipulée dans un pacte extrastatutaire d'associés..... | p. 55 |
| §1 : Invalidité de principe des conventions extrastatutaires d'exclusion..... | p. 56 |
| §2 : Validité des promesses de cession de titres contenues dans un pacte extrastatutaire..... | p. 59 |
| Section 2 : L'exclusion non prévue explicitement par une convention..... | p. 66 |
| §1 : Invalidité de principe de l'exclusion non prévue conventionnellement..... | p. 66 |
| §2 : Validité de l'exclusion d'un ensemble contractuel indivisible..... | p. 69 |
| SECONDE PARTIE : L'EXCLUSION, UNE PRATIQUE ENCADREE..... | p. 73 |

| | |
|---|--------|
| TITRE I – Les conditions de validité du mécanisme d'exclusion..... | p. 74 |
| Chapitre I – Les conditions relatives à la clause d'exclusion..... | p. 74 |
| Section 1 : Les conditions d'insertion et de modification d'une clause d'exclusion..... | p. 74 |
| §1 : L'unanimité comme exigence de principe..... | p. 75 |
| §2 : Droit de la SAS et relâchement de l'exigence d'unanimité..... | p. 78 |
| Section 2 : Les conditions de validité des motifs d'exclusion..... | p. 84 |
| §1 : Des motifs suffisamment précis et déterminés..... | p. 84 |
| §2 : De « justes motifs » conformes à l'ordre public..... | p. 89 |
| Chapitre II – Les conditions relatives à la procédure d'exclusion..... | p. 92 |
| Section 1 : Le respect des droits extrapatrimoniaux de l'associé exclu..... | p. 92 |
| §1 : Le respect du droit de participer et de voter de l'associé exclu..... | p. 92 |
| §2 : Le respect des droits de la défense de l'associé exclu..... | p. 96 |
| Section 2 : L'organe compétent pour connaître de l'exclusion..... | p. 98 |
| §1 : Le choix de l'organe compétent..... | p. 99 |
| §2 : Les pouvoirs de l'organe compétent..... | p. 101 |
| TITRE II – Les conséquences de l'exclusion..... | p. 103 |
| Chapitre I – La cession des droits sociaux de l'associé exclu..... | p. 103 |
| Section 1 : La valorisation des droits sociaux de l'associé exclu..... | p. 103 |
| §1 : Une valorisation contractuelle..... | p. 104 |
| §2 : Une valorisation judiciaire..... | p. 106 |
| Section 2 : L'identité du cessionnaire des droits sociaux de l'associé exclu..... | p. 110 |
| §1 : Un autre associé ou un tiers..... | p. 111 |
| §2 : La société..... | p. 112 |
| Chapitre II – Le retrait de la vie sociale de l'associé exclu..... | p. 114 |
| Section 1 : La date de la perte de sa qualité d'associé..... | p. 114 |
| §1 : La date de paiement des droits sociaux de l'associé exclu..... | p. 114 |
| §2 : La possibilité de retenir une autre date..... | p. 117 |
| Section 2 : La disparition des droits et obligations liés à la qualité d'associé..... | p. 119 |
| §1 : Une disparition postérieure au paiement des droits sociaux de l'associé exclu..... | p. 119 |
| §2 : L'existence de tempéraments d'origine légale ou contractuelle..... | p. 121 |
| CONCLUSION..... | p. 124 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | p. 127 |
| ANNEXE : Entretien avec Maître David Ybert de Fontenelle..... | p. 135 |
| TABLE DES MATIERES..... | p. 141 |