



**HAL**  
open science

## Quelques idées reçues sur les pactes d'associés

Eddy Lamazerolles

► **To cite this version:**

Eddy Lamazerolles. Quelques idées reçues sur les pactes d'associés. La Semaine juridique. Entreprise et affaires, 2019, 28, p. 17. halshs-04008715

**HAL Id: halshs-04008715**

**<https://shs.hal.science/halshs-04008715>**

Submitted on 7 Apr 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Quelques idées reçues sur les pactes d'associés.

**Eddy Lamazerolles**

Professeur à l'Université de Poitiers,  
Institut Jean Carbonnier (UR 13396).

*Cet article a initialement été publié dans « La semaine juridique, Entreprise et Affaires », 11 juillet 2019, p. 17.*

**Extrême diversité.** Les pactes d'associés ne sont plus réservés aux seules sociétés cotées et/ou composées d'investisseurs de culture anglo-saxonne, attachés à la flexibilité de cet outil discret de régulation des rapports sociaux<sup>1</sup>. Manifestation de la contractualisation du fonctionnement des sociétés, le recours aux pactes d'associés se développe dans toutes les sociétés, car ils permettent d'anticiper certaines tensions pouvant naître entre les associés ou entre dirigeants, tout au long de la vie sociale. Les pactes désignent des conventions extrastatutaires au contenu extrêmement divers, répondant à des objectifs multiples, qu'il est en conséquence impossible de réduire à une figure contractuelle unique et unitaire. Le plus souvent, leur contenu est présenté en dissociant d'une part les clauses relatives aux parts ou actions et d'autre part les clauses relatives à la qualité ou aux prérogatives des associés ou des dirigeants<sup>2</sup>. Les premières organisent par exemple la cession des droits sociaux pour l'interdire<sup>3</sup>, obliger un associé qui déciderait de vendre à proposer la vente à une personne déterminée<sup>4</sup> ou obliger un associé à vendre ou à acheter<sup>5</sup>. Les secondes portent davantage sur les droits et pouvoirs des associés et dirigeants ; elles visent notamment à limiter la liberté de vote<sup>6</sup>, à étendre le droit à l'information des associés, à obliger les associés à participer au financement de leur société<sup>7</sup>, à prohiber l'exercice par un associé ou un dirigeant d'une activité concurrente<sup>8</sup>, ou à prévoir le versement d'une somme d'argent en cas de cessation des fonctions de direction. Au-delà de leur qualification juridique et de l'appellation que leur donne la pratique, ces clauses permettent de répondre à des préoccupations stratégiques ; par exemple, une promesse de vente ou d'achat servira aussi bien à maintenir l'équilibre initial des pouvoirs en cas d'augmentation du capital social<sup>9</sup>, qu'à organiser le retrait ou l'éviction d'un associé<sup>10</sup>.

**Nombreuses généralités.** Malgré l'extrême diversité de leur contenu et de leur fonction, il n'est pas rare de lire ou d'entendre ici et là certaines affirmations générales à propos des pactes d'associés ; la plus répandue est que les clauses insérées dans les pactes d'associés seraient moins efficaces que

---

<sup>1</sup> J.-J. Daigre, *Pactes d'actionnaires et capital-risque. Typologie et appréciation* : Bull. Joly, 1993, p. 157. – N.-L. Ravisy et M.-I. Levesque, *Les accords conclus entre actionnaires dans les opérations de LBO* : Gaz. Pal. 2004, 3, doct. p. 1627O. – Dexant-De Baillencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, préf. H. Synvet, Dalloz, 2012. – Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagement statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd. 2002.

<sup>2</sup> Pour une présentation détaillée des clauses les plus usuelles : J.-M. Moulin, *Pactes d'actionnaires*, JurisClasseur Commercial, Fasc. 1486. – S. Schiller et D. Martin, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés*, LexisNexis 2018.

<sup>3</sup> Clause d'inaliénabilité, clause « d'inacquétabilité ».

<sup>4</sup> Clause de préférence ou de préemption.

<sup>5</sup> Clause de promesse unilatérale de vente ou d'achat.

<sup>6</sup> Convention de vote, clause de stage.

<sup>7</sup> Clauses relatives aux augmentations de capital, clauses relatives aux comptes courant.

<sup>8</sup> Clause d'exclusivité, clause de non-concurrence.

<sup>9</sup> Par une clause de relution.

<sup>10</sup> La clause de retrait organise le départ volontaire de l'associé, la clause d'éviction organise le départ forcé de l'associé, en cas de la survenance d'un événement prédéterminé (ex. perte de la qualité de dirigeant, départ à la retraite) ou par décision d'un organe social (clause d'exclusion) ; dans la première situation, l'associé est bénéficiaire d'une promesse d'achat, dans la seconde situation il est engagé par une promesse de vente.

les dispositions statutaires. Il y aurait ainsi des principes, des règles générales qui permettraient d'expliciter le régime juridique des pactes d'associés, dans leur ensemble. Pourtant, à y regarder de plus près, ce ne sont là des affirmations aux fondements juridiques souvent fragiles, qui sont approximatives voire erronées, et qui risquent de conduire l'avocat-rédacteur à baisser la garde et l'avocat-plaidant à baisser les bras. Les idées reçues sur les pactes d'associés sont nombreuses ; il est néanmoins possible de présenter les plus répandues en distinguant celles qui ont été suscitées par la récente réforme du droit commun des contrats (I), de celles qui sont fondées sur une comparaison entre les pactes d'associés et les statuts de société (II).

### ***I. Idées reçues suscitées par la réforme du droit commun des contrats.***

**Craintes et espoirs.** Parce que le pacte d'associés est un contrat innommé, son régime juridique relève pour l'essentiel du droit commun des contrats, le droit des sociétés ne s'y intéressant qu'incidemment<sup>11</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016 a ainsi suscité pour les pactes d'associés, ce qu'elle a suscité pour la plupart des contrats : des craintes de fragilisation de leur existence et des espoirs de renforcement de leur efficacité<sup>12</sup>. Bien qu'une part d'incertitude subsiste dans l'attente de la jurisprudence, bien que ces craintes et espoirs reposent sur des évolutions notables du droit commun des contrats, les conséquences de la réforme sur les pactes d'associés ne doivent cependant pas être exagérées.

#### **A. La réforme fragiliserait les pactes**

**Nouvelle cause de nullité.** Plusieurs dispositions du code civil réformé alimentent les craintes d'une fragilisation des pactes d'associés, conclus ou reconduit à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016<sup>13</sup>. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer d'abord l'article 1143 qui étend le domaine de la nullité des contrats pour vice du consentement, en retenant une nouvelle définition du vice de violence ; la violence peut désormais résulter d'une exploitation abusive, par l'un des contractants, de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard. Même si le risque d'annulation d'un pacte pour vice de violence ne saurait être totalement négligé, il reste selon nous limité. Il est vrai que certaines parties au pacte risquent a priori d'apparaître dans un état de dépendance à l'égard des autres; pensons simplement à la situation des associés minoritaires. Toutefois, à supposer établi, cet état de dépendance ne suffit pas à caractériser le vice de violence. Ce que le code civil sanctionne par la nullité, c'est l'exploitation excessive de cet état, c'est le constat de l'existence, pour le dominant, d'un profit manifestement excessif ou, pour le dépendant, d'un sacrifice qu'il a dû

<sup>11</sup> Il existe des règles propres aux pactes pour les sociétés cotées (S. Schiller et D. Martin, préc., n°104 et s.). De plus, tout pacte d'associés doit respecter l'ordre public sociétaire. J.-J. Ansault, *Les pactes extrastatutaires sous la surveillance de l'ordre public sociétaire*, Mélanges M. Germain, LexisNexis/LGDJ, 2015, p. 1 s.

<sup>12</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, modifiée par sa loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018. Sur les incidences de cette réforme en droit des sociétés, Th. Massart (dir.), *Droit des sociétés et réforme du droit des contrats*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Dossier, mai-juin 2016. - M. Mekki, *Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?* Revue des sociétés 2016, p. 483 et 563. - E. Lamazerolles, *La société*, in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, sous la direction de L. Andreu et M. Mignot, LGDJ 2017, p. 199.

<sup>13</sup> Par principe, l'ordonnance de 2016 s'applique aux pactes conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 et les modifications apportées par la loi de ratification de 2018, aux pactes conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018. Toutefois, certains articles issus de l'ordonnance (art.1123 al. 3 et 4, 1158 et 1183) s'appliquent aux pactes en cours au 1<sup>er</sup> octobre 2016; de plus, les modifications interprétatives issues de la loi de ratification (art. 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4) devraient s'appliquer rétroactivement, aux pactes conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016.

consentir. La simple présence dans le pacte d'une clause défavorable à un associé ou favorable à un autre, ne devrait donc pas suffire à fonder son annulation pour vice de violence. Cependant, dans l'attente de la lecture jurisprudentielle de l'article 1143, la vigilance s'impose tout particulièrement pour les pactes d'associés où la dépendance d'un associé semble manifeste de prime abord ; tel est le cas lorsqu'un associé partie au pacte est également salarié. La vigilance s'impose d'autant plus si ce pacte contient une promesse de vente, imposant à l'associé-salarié de vendre ses parts ou actions dès qu'il perd sa qualité de salarié; les modalités de fixation du prix de rachat ne manqueront alors pas d'être scrutées pour y déceler l'existence éventuelle d'un abus de dépendance, notamment en présence d'une clause de décote du prix<sup>14</sup>. Le rédacteur d'un pacte avec un salarié doit donc s'efforcer d'atténuer les déséquilibres contractuels (par exemple en prévoyant des cas de décote et de surcote) et a tout intérêt à expliciter (dans le préambule, dans un écrit distinct) la raison d'être d'une clause peu favorable à cet associé en particulier. Sous cette réserve, le risque d'annulation des pactes d'associés pour vice de violence reste limité.

**Nouveau pouvoir modérateur du juge.** La crainte d'une fragilisation des pactes se fonde également sur l'article 1171 du code civil qui confère au juge un nouveau pouvoir modérateur dans les contrats d'adhésion ; dans ces contrats, sont réputées non écrites les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Pour que le pacte d'associés soit le cas échéant exposé à ce pouvoir modérateur, encore faut-il qu'il réponde à la définition du contrat d'adhésion donnée par l'article 1110 alinéa 2, tel que modifié par la loi de ratification de 2018<sup>15</sup>. Il faut reconnaître que cette définition légale est si générale, qu'elle est susceptible de s'appliquer à un grand nombre de pactes d'associés, tous ceux qui sont rédigés par les associés dominants (majoritaires, investisseurs) et proposés en bloc aux autres associés. Certains contestent cependant cette qualification en remarquant, fort justement, que la notion de contrat d'adhésion n'a de sens que pour les contrats qui organisent des échanges directs entre les parties. Or les pactes d'associés n'appartiennent pas à cette dernière catégorie, car ils ont davantage pour but d'organiser une situation juridique entre les parties ; en conséquence, ils seraient par principe à l'abri d'une telle qualification<sup>16</sup>. Une nouvelle fois, dans l'attente de précisions jurisprudentielles, la prudence s'impose, surtout lorsqu'un nouvel associé a dû « adhérer » à un pacte préexistant, à l'occasion d'une acquisition de parts ou d'actions ou d'une augmentation de capital. En pareille circonstance, ce nouvel associé n'a pas d'autre choix que d'accepter de devenir partie au pacte, tel qu'il lui est proposé, sans guère de possibilités de le renégocier<sup>17</sup>. Cela dit, à supposer que la qualification de contrat d'adhésion puisse dans ce cas être retenue, le risque de fragilisation des pactes d'associés qui en résulterait ne doit pas être surévalué. Le pouvoir modérateur du juge suppose le constat d'un déséquilibre significatif, qui ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation. En outre, depuis la loi de ratification de 2018, ce pouvoir modérateur a vu son domaine cantonné aux seules clauses ayant fondé la qualification de contrat d'adhésion. Pour toutes ces raisons, les pactes d'associés sont peu fragilisés par l'article 1171 du code civil.

---

<sup>14</sup> Ou clause de « bad leaver ». La validité de ces clauses a été contestée, en vain, sur le fondement de l'article L.1331-2 du code du travail qui prohibe toute sanction pécuniaire, non prévue par la loi, à l'encontre du salarié : Cass. Com. 7 juin 2016, n° 14-17.978, D. 2016, p. 2365, obs. E. Lamazerolles ; JCP S 4 oct. 2016, p. 1329, note Y. Pagnerre ; JCP E n° 39, 29 sept. 2016, 1504, note S. Schiller, J.-M. Leprêtre et P. Bignebat ; JCP G n° 36, 5 sept. 2016, 939, note F. Azoulay ; JCP E 20 oct. 2016, 1554, note M. Caffin-Moi.

<sup>15</sup> L. Andreu, *Le nouveau contrat d'adhésion*, AJ Contrat 2018, p. 262.

<sup>16</sup> F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, nos 23, p. 361. - A. Tadros, « L'adhésion » du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ?, D. 2017, p. 171. Le recours à la technique de la cession de contrat permettrait également d'évincer la qualification de contrat d'adhésion (A. Trados, préc.).

<sup>17</sup> Sauf pour certains (les investisseurs notamment).

**Prise en compte de l'imprévision.** Ils ne le sont pas davantage par l'article 1195 qui consacre la théorie de l'imprévision en droit privé. Certes, les pactes régissent sur une longue durée les rapports entre associés; aussi, l'un d'entre eux pourrait-il prétendre qu'un changement de circonstances qu'il n'avait pas prévu, rend l'exécution du pacte plus onéreuse pour lui. Tel pourrait être le cas lorsqu'un associé s'est engagé à vendre à un prix qui s'avère dérisoire ou à acheter à un prix qui s'avère excessif, en raison par exemple de l'évolution des résultats de la société. Cette situation est cependant très peu probable en pratique, le prix étant rarement fixé ab initio, dès la conclusion du pacte. Au-delà de ce cas particulier, n'oublions pas que l'imprévision n'est caractérisée qu'à la double condition que l'exécution du contrat devienne excessivement onéreuse et que le contractant qui pâtit du changement de ces circonstances n'ait pas accepté d'en assumer le risque<sup>18</sup>. La définition légale de l'imprévision par l'article 1195 limite donc considérablement la probabilité d'une fragilisation des pactes d'associés. De plus, à supposer réunies les conditions de mise en œuvre de cet article, l'associé pour qui l'exécution du pacte est devenue excessivement onéreuse, risque d'être dissuadé par la lourdeur des mécanismes de correction de l'imprévision<sup>19</sup>. Pour couper court à toute discussion à ce sujet, les rédacteurs des pactes ont tout intérêt à écarter expressément l'application de ces dispositions supplétives de volonté<sup>20</sup>.

Les pactes d'associés ne sont donc guère fragilisés par l'article 1195, pas plus qu'ils ne l'étaient par les articles 1143 et 1171. Les craintes d'une fragilisation des pactes étant dissipées, il reste à vérifier si cette même réforme du droit commun des contrats n'a pas au contraire contribué à renforcer leur efficacité, comme on le dit parfois.

## **B. La réforme renforcerait les pactes**

**Sécurisation des contrats par les « actions interrogatoires ».** L'espoir de renforcement de l'efficacité des pactes d'associés se fonde sur plusieurs dispositions du code civil réformé, notamment, selon certains, sur les actions ou interpellations interrogatoires (articles 1123 al. 3 et 4, 1158 et 1183). Applicables depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016 à tout contrat en cours à cette date, ces actions interrogatoires sont censées sécuriser les contrats en permettant de les « débarrasser » des causes de la nullité ou d'inopposabilité pouvant les affecter. L'une d'entre elles, visée par l'article 1123, est susceptible d'intéresser les pactes d'associés, toutes les fois qu'ils contiennent une clause de préférence ou de préemption. Si tel est le cas, celui qui entend se porter acquéreur des parts ou actions pourra interroger le bénéficiaire de l'accord de préférence pour lui demander d'en confirmer l'existence et de lui indiquer s'il entend s'en prévaloir. A défaut de réponse dans un délai raisonnable, le bénéficiaire ne pourra plus demander à être substitué dans la cession conclue, ni demander la nullité de celle-ci. Il peut être étonnant de présenter cette action interrogatoire comme un facteur de sécurisation des pactes d'associés ; cette action vise davantage à sécuriser la cession

<sup>18</sup> Ne pourrait-on pas considérer que la qualité même d'associé implique une exposition consentie à des risques ?

<sup>19</sup> Selon l'expression d'un auteur, il y a là un « véritable parcours du combattant » (H. Le Nabasque, *L'imprévision et la cession de droits sociaux*, Bull. Joly Sociétés 2016, p. 538 et s.)

<sup>20</sup> La doctrine majoritaire considère que l'article 1195 a un caractère supplétif (par ex., H. Barbier et alii, *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, LexisNexis 2016, p. 16 et 17. - B. Dondero, *La réforme du droit des contrats- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016*, JCP E 2016, 1283. - C. Pérès, *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats*, JCP G 2016, 454. - Contra, B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, coll. « Dossiers pratiques », 2016, n° 606). Lors des débats parlementaires qui ont précédés le vote de la loi de ratification, les parlementaires ont affirmé le caractère supplétif de cet article (cf « Rapport de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », n° 766. - L. Thibierge, *Effets du contrat et loi de ratification*, AJ Contrat 2018, p. 266).

de droits sociaux portant sur des droits sociaux, objets de clause de préférence. En se plaçant du point de vue du bénéficiaire de l'accord de préférence, cette action interrogatoire apparaît même comme un facteur de fragilisation des pactes, puisqu'en cas de silence de sa part, elle le prive du droit de demander la substitution ou la nullité de la cession conclue au mépris du pacte. Quelle que soit la perspective privilégiée, l'action interrogatoire de l'article 1123 apparaît d'une utilité assez limitée en pratique. En effet, celui qui entend sécuriser son achat de parts ou d'actions interroge plus volontiers l'associé cédant que le bénéficiaire d'un pacte de préférence, dont il peut légitimement ignorer l'existence. Il exige du cédant qu'il « purge » les parts ou actions des droits dont des tiers pourraient être titulaires et érige cette purge en condition de son acquisition.

**Meilleure sanction de la révocation de la promesse unilatérale.** Pour trouver dans la réforme du code civil un véritable renforcement des pactes d'associés, il faut se tourner vers l'article 1124. Cet article rend plus efficaces les pactes qui contiennent une clause de promesse unilatérale de vente ou d'achat. En rupture avec la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>21</sup>, le code civil retient que la révocation de la promesse n'empêche pas la formation du contrat promis ; l'allocation de dommages et intérêts au bénéficiaire n'est donc plus l'unique sanction envisageable. Il y a là assurément une sanction plus radicale de l'associé promettant qui revient sur sa volonté initiale de vendre ou d'acheter<sup>22</sup>. On soulignera cependant, pour le déplorer, que cette nouvelle sanction ne concerne pas les pactes d'associés conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016<sup>23</sup> et qu'elle n'est applicable que lorsque le promettant revient sur son engagement initial « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ». Autrement dit, il est recommandé de faire coïncider la prise d'effet de la promesse pour le promettant avec la naissance du droit d'option du bénéficiaire, ou de prévoir expressément que la révocation sera sans effet, même si elle intervient avant la naissance du droit d'option. Cette précaution rédactionnelle, suggérée par une lecture a contrario de l'article 1124<sup>24</sup>, s'impose par exemple pour les promesses par lesquelles un associé-dirigeant ou un associé-salarié ne prend l'engagement de vendre qu'à compter de la perte de sa qualité de dirigeant ou de salarié. En dehors de cette situation particulière, ce volet de la réforme du droit des contrats renforce très opportunément l'efficacité des pactes d'associés contenant des promesses unilatérales de vente ou d'achat.

**Mise en avant de l'exécution forcée.** Un autre signe du renforcement de l'efficacité des pactes résiderait dans les nouvelles dispositions du code civil consacrées à l'exécution forcée (art. 1221 et

<sup>21</sup> [Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199](#); RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. Mestre ; D. 1995, somm. 87, obs. L. Aynès ; [JCP G 1995, II, 22366](#), note D. Mazeaud. - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875 : [JCP N 2011, 1163](#), rapport G. Rouzet ; D. 2011, 1457, note D. Mazeaud et 1460, note D. Mainguy, [Contrats, conc., consom. 2011, comm. 186](#), note L. Leveneur ; [JCP E 2011, 1670](#), comm. Y. Paclot.

<sup>22</sup> En pratique, la perspective de cette sanction risque de dissuader un associé de s'engager par une promesse. Pour le convaincre, il est parfois suggéré de déroger conventionnellement à cette nouvelle sanction légale issue de la réforme, pour prévoir que la révocation de la promesse empêchera la conclusion du contrat ; la sanction résidera alors dans l'allocation de dommages et intérêts. Une telle clause nous semble valide pour deux raisons. Avant la réforme, la Cour de cassation avait admis la validité d'une clause dérogeant à sa jurisprudence, en privant d'effet la révocation de la promesse et prévoyant son exécution forcée (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 mars 2008, n° 07-11.721 : D. 2008. 2965, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2008. 475, obs. B. Fages ; RDC 2008. 734, obs. D. Mazeaud) ; la Cour de cassation ne devrait donc pas annuler une clause qui restaurerait sa jurisprudence passée. De plus, l'article 1124 est supplétif de volonté (en ce sens : C. Pérès, *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats*, préc., 454. - D. Mazeaud, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des obligations*, D. 2016, p. 2477).

<sup>23</sup> La réforme aurait pu laisser espérer une évolution de la jurisprudence. Pourtant, la Cour de cassation a décidé de maintenir sa jurisprudence antérieure (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 décembre 2018, n° 17-21.170 et 17-21.171 ; [Contrats, conc., consom. 2019, comm. 39](#), note L. Leveneur ; [JCP E 2019, 1109](#), comm. D. Mainguy ; JCP G 2019, 418, comm. N. Molfessis).

<sup>24</sup> Cette lecture a contrario ne correspond sans doute pas à l'esprit du texte (H. Le Nabasque, *Les avant-contrats*, in Dossier *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*, préc., §22).

1222). L'exécution forcée y est présentée comme l'une des sanctions de l'inexécution du contrat (art. 1217), au même titre notamment que la responsabilité contractuelle<sup>25</sup>. La violation d'un pacte d'associés serait ainsi plus facile à obtenir que par le passé, même lorsque les clauses de ce pacte ne font naître que des obligations de faire ou de ne pas faire ; en effet, le législateur a abrogé l'ancien article 1142, qui prévoyait l'allocation de dommage et intérêts en cas d'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire. La réforme répondrait ainsi aux attentes des professionnels auxquels l'exécution forcée des pactes était soi-disant refusée jusqu'alors. Une telle présentation de la réforme et de sa portée pour les pactes d'associés repose sur de nombreuses approximations. En droit commun des contrats, il n'y a jamais eu de hiérarchie des sanctions de l'inexécution du contrat ; l'exécution forcée a toujours été l'une des sanctions de l'inexécution et n'a jamais été subsidiaire par rapport à la responsabilité contractuelle. Le « droit à l'exécution forcée » existait avant la réforme<sup>26</sup>. De plus, l'ancien article 1142 n'a jamais interdit l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire<sup>27</sup> ; cet article visait simplement à exclure l'exécution forcée de ces obligations en cas d'impossibilité matérielle ou juridique, lorsque l'obligation inexécutée était marquée d'intuitus personae, ou lorsque la mesure d'exécution risquait de porter atteinte à une liberté individuelle<sup>28</sup>. La réforme a réécrit le code civil, mais n'a fait ici que reprendre des règles connues en droit commun des contrats<sup>29</sup>, des règles étrangement oubliées lorsqu'il s'agissait de les appliquer aux pactes d'associés. Pourtant, il y a toujours eu des jugements et arrêts faisant droit aux demandes d'exécution forcée des pactes d'associés<sup>30</sup>. Pourtant, l'exécution forcée de certaines clauses des pactes n'a jamais été discutée, même lorsqu'elles faisaient naître une obligation de faire ou de ne pas faire<sup>31</sup>. Il est dès lors surprenant de présenter les pactes d'associés comme une convention qui par nature chasserait l'exécution forcée ou y résisterait. Le renouveau d'intérêt pour l'exécution forcée a néanmoins quelques avantages : encourager les conseils des parties au pacte à s'en prévaloir, inciter les juges du fond à faire droit aux demandes d'exécution, ces derniers ne pouvant plus s'abriter derrière une lecture erronée de l'ancien article 1142. Toutefois, il serait illusoire de croire que l'exécution forcée des pactes est devenue plus facile depuis la réforme. On pourrait même soutenir le contraire en remarquant que l'article 1221 pose désormais une nouvelle condition : l'exécution forcée est exclue lorsque son coût pour le débiteur apparaît manifestement

---

<sup>25</sup> Sur l'exécution forcée dans la réforme, Y. M. Laithier, *Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles*, JCP 2015, suppl. n° 21, p. 47 ; *Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ?*, in P. Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, 2015, Dalloz, p. 100. - P. Simler, *Exécution forcée en nature*, JurisClasseur Civil Code, Art. 1221 et 1222.

<sup>26</sup> Civ. 1re, 16 janv. 2007, n° 06-13.983, Bull. civ. I, n° 19 ; D. 2007. 1119, note O. Gout ; ibid. 2966, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2007. 342, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2007. 719, obs. D. Mazeaud, p. 741, obs. G. Viney, (affirmant, au visa des articles 1134 et 1142 du code civil, que la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible).

<sup>27</sup> Pour preuve, l'ancien article 1143 envisageait une mesure d'exécution forcée d'une obligation de ne pas faire, la destruction de ce qui a été fait violation de cet engagement. Pour preuve également, les nombreux arrêts de la Cour de Cassation ayant retenu l'exécution forcée d'obligations de faire ou de ne pas faire (J. Mestre, *Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat*, in Le juge et l'exécution du contrat, 1993, PUAM, p. 93).

<sup>28</sup> P. Simler, préc., n°7 et s.

<sup>29</sup> P. Simler, préc., n° 2 : « Aussi, l'innovation bienvenue qui résulte des articles 1221 et 1222 n'emporte-t-elle aucun bouleversement des solutions concrètes et consacre-t-elle largement celles retenues par la jurisprudence ».

<sup>30</sup> H. Le Nabasque, *L'exécution forcée des pactes d'actionnaires*, Actes pratiques 1994, n° 14. Par exemple, en cas de violation d'une clause de non-acquisition, [Cass. com., 24 mai 2011, n°10-24.869](#) : Rev. sociétés 2011, p. 482, note A. Gaudemet, D. 2011, p. 2315, note G. Helleriger, [Dr. sociétés 2011, comm. 168](#), note R. Mortier, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 808, note P. Mousseron ; D. 2011. 2315, note G. Helleringer.

<sup>31</sup> Par ex., clauses de non-concurrence, clauses renforçant le droit à l'information des associés en leur reconnaissant un droit d'accès à des documents...

disproportionné au regard de son intérêt pour le créancier<sup>32</sup>. En droit, la réforme du droit des contrats n'a pas « restauré » la force obligatoire des pactes d'associés<sup>33</sup>. Elle a davantage modifié la perception de l'exécution forcée des pactes, qui était jusqu'alors privilégiée par certains. Espérons que cela conduise pour le moins à ne plus postuler que les sanctions de leur violation se limitent à des dommages et intérêts, et sont dès lors moins efficaces qu'en cas de violation des statuts. Il y a là en effet, l'une des idées reçues les plus répandues sur les pactes d'associés.

## **II. Idées reçues résultant d'une comparaison entre les pactes et les statuts**

**Faiblesses apparentes.** Il est courant de prêter aux statuts des sociétés des avantages que n'auraient pas les pactes d'associés. En pratique, la comparaison entre les pactes et les statuts n'est pas indifférente; les résultats de cette comparaison sont pris en considération par les conseils des associés, lorsqu'ils doivent choisir le support le plus adéquat pour réguler les rapports sociaux<sup>34</sup>. Pourtant, les faiblesses des pactes habituellement mises en avant, ne sont qu'apparentes voire inexistantes.

### **A. Les sanctions de la violation des pactes seraient « moins efficaces » que celles des statuts.**

**Présentation.** De façon quelque peu paradoxale, on affirme dans le même temps que la restauration de l'exécution forcée par la réforme du code civil renforce l'efficacité des pactes, et que les pactes pâtissent de la médiocrité des sanctions de leur violation; s'ils ne sont pas respectés, on obtiendrait au mieux des dommages et intérêts. Au contraire, ce qui est gravé dans le marbre statutaire aurait davantage de force contraignante et serait donc sanctionné plus rigoureusement; la localisation statutaire d'une clause non seulement faciliterait sa sanction judiciaire, mais encore renforcerait l'efficacité de la sanction prononcée. De telles affirmations ne résistent pas longtemps à l'analyse et s'avèrent inexactes, que l'on s'intéresse à la prétendue prévalence des dommages et intérêts en cas de violation d'un pacte ou au prétendu bénéfice tiré d'une localisation statutaire<sup>35</sup>.

**Sur la prétendue prévalence des dommages et intérêts en cas de violation d'un pacte.** Comme cela a été vu précédemment, l'exécution forcée des pactes d'associés n'est pas à exclure par principe; le droit commun des contrats a toujours permis l'exécution forcée et la circonstance que le contrat méconnu soit un pacte d'associé ne remet pas en cause ce droit à l'exécution forcée. Pour pouvoir affirmer que la sanction « naturelle » des pactes d'associés réside dans l'allocation de dommages et intérêts et non dans l'exécution forcée, il faudrait disposer d'une jurisprudence significative de la Cour de cassation rejetant les demandes d'exécution forcée des pactes pour ne retenir que la responsabilité contractuelle. Or cette jurisprudence ne peut pas exister, compte tenu

<sup>32</sup> Sous l'empire du droit antérieur, la Cour de cassation avait parfois admis des exécutions forcées d'un coût disproportionné au regard du manquement du débiteur (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, n° 03-21.136 JCP 2005. II. 10152, note Bernheim-Desvaux; Contrats, conc., consom 2005, n° 187, note L. Leveneur)

<sup>33</sup> Sauf pour les clauses de promesse de vente ou d'achat, en cas de révocation par le promettant (cf supra).

<sup>34</sup> Toutes les fois où le droit des sociétés n'impose pas la forme statutaire (sur l'identification des clauses obligatoirement statutaires, S. Schiller et D. Martin, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés*, préc. n° 13 et s). Bien évidemment, pour que la comparaison des forces et faiblesses respectives du pacte et des statuts soit pertinente, il faut qu'ils aient une égale vocation à être utilisés.

<sup>35</sup> E. Lamazerolles, *L'efficacité des stipulations ; le régime de l'inexécution* in *Pactes d'associés ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?*, LexisNexis 2013, coll. « Actualités de droit de l'entreprise », n° 30, p. 34 et s.

de l'extrême diversité du contenu des pactes. Si la méconnaissance du pacte est parfois sanctionnée par des dommages et intérêts, cela ne tient pas à l'essence du pacte, mais à la nature juridique de la clause méconnue. Par exemple, en cas de non-respect d'une convention de vote, la sanction se limite souvent à l'allocation de dommages et intérêts, parce qu'il est difficile d'obtenir l'annulation de la délibération prise en violation du pacte. L'obstacle tient ici non pas au fondement extrastatutaire de la convention de vote méconnue, mais à l'existence de règles spéciales de droit des sociétés<sup>36</sup>. En résumant, le principe « pas de nullité sans texte » interdit au juge d'annuler une délibération sociale dès lors que cette nullité n'est pas prévue par un texte<sup>37</sup> ; or aucun texte ne prévoit la nullité d'une délibération prise en violation d'une convention de vote. On remarquera qu'il ne serait pas plus facile d'obtenir cette nullité dans l'hypothèse, peu probable en pratique, d'une violation d'une convention statutaire de vote ; la violation des statuts n'est une cause de nullité de délibérations sociales que pour les aménagements statutaires de dispositions légales impératives<sup>38</sup>. Le pacte d'associés ne souffre ainsi d'aucune faiblesse consubstantielle qui le rendrait par nature moins efficient que les statuts, quel que soit son contenu, et qui limiterait sa sanction à l'allocation de dommages et intérêts.

**Sur le prétendu bénéfice tiré d'une localisation statutaire.** Par ailleurs, il est inexact de soutenir qu'il est plus facile de remettre en cause ce qui a été fait en violation des statuts, que de remettre en cause ce qui a été fait en violation d'un pacte. Sauf rares exceptions, la localisation statutaire ne renforce pas l'efficacité de la clause méconnue.

Pour s'en convaincre, intéressons-nous d'abord à la clause d'inaliénabilité. Son insertion dans les statuts facilite la sanction de la sa violation uniquement dans les SAS et les SE ; en effet, pour ces sociétés, la loi prévoit la nullité des contrats conclus en violation de leurs statuts (art. L227-15 et L229-11 du code de commerce). Hormis dans ces formes sociales, l'insertion de la clause d'inaliénabilité dans les statuts ne modifie en rien son régime de sanction, qui est le même que pour les clauses insérées dans des pactes. Leur violation est le plus souvent sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts, bien qu'il existe des fondements pour une demande visant à l'annulation de la vente conclue au mépris de l'engagement de ne pas vendre<sup>39</sup>. Plus que de sa localisation dans les statuts ou le pacte, l'efficacité de cette clause dépendra de l'adjonction d'autres clauses destinées à éviter sa violation<sup>40</sup> ou à priver d'effets la cession conclue<sup>41</sup>.

Le même constat s'impose si on s'intéresse aux clauses de préférence ou encore aux clauses de promesse unilatérales de vente ou d'achat<sup>42</sup>. Que la clause de préférence soit statutaire ou extrastatutaire, les sanctions ont toujours été les mêmes<sup>43</sup>. Ces sanctions sont aujourd'hui prévues

<sup>36</sup> Qu'il serait possible de surmonter, F-X. Lucas, *L'exécution forcée des conventions de vote*, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 625.

<sup>37</sup> Plus précisément, l'annulation suppose la violation d'une disposition impérative de la loi relative aux sociétés commerciales ou aux sociétés de droit commun ou aux lois qui régissent les contrats. Sur ce principe, J.-P. Legros, *La nullité des décisions de sociétés* : Rev. sociétés 1991, p. 275 ; A. Rabreau, *Actes et délibérations des organes de la société : pas de nullité sans texte ?*, RDC 2018, p. 172.

<sup>38</sup> [Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855; JCP E 2010, 1562](#), note A. Couret et B. Dondero ; Dr. sociétés août 2010, n° 156, obs. M.-L. Coquelet; Bull. Joly Sociétés 2010, p. 651, note H. Le Nabasque.

<sup>39</sup> Sur ces fondements, E. Lamazerolles, *L'efficacité des stipulations ; le régime de l'inexécution* in *Pactes d'associés ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?*, préc.

<sup>40</sup> Par exemple, clause pénale, séquestre.

<sup>41</sup> Par exemple, clause interdisant à la société (alors partie au pacte) et à ses organes, de reconnaître la qualité d'associé à celui qui a acquis au mépris de la clause d'inaliénabilité.

<sup>42</sup> Sous réserve des règles spéciales précitées, applicables aux clauses insérées dans les statuts de la SAS et la SE.

<sup>43</sup> La cour de cassation a rappelé ce principe : la violation d'une clause statutaire de préemption n'emporte pas, par elle-même, nullité de la cession de parts sociales de SARL conclues entre associés ([Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.366](#) ; JCP E 2014, n° 1224, note B. Dondero ; JCP E 2014, n° 1515, note L. Caffin-Moi; RLD 2014, 95, note J.-C. Pagnucco ; D. 2014, p. 2156, obs. A. Lienhard ; D. 2014, p. 2434, note E. Lamazerolles).

par l'art. 1123, al. 2 du code civil<sup>44</sup>. La circonstance que la clause méconnue soit statutaire ne facilite pas la mise en œuvre des sanctions ; la preuve de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, n'est pas favorisée par la publicité des statuts. De même, que la clause de promesse de vente ou d'achat soit statutaire ou extrastatutaire, les sanctions sont identiques<sup>45</sup>. Elles résultent désormais de l'article 1124, al. 2 et 3 du code civil. Ici encore, la circonstance que la clause méconnue soit statutaire ne simplifie guère la mise en œuvre des sanctions, sauf à retenir que, par principe, la publicité des statuts suffit à établir la connaissance de la promesse par le tiers, ce qui est loin d'être certain<sup>46</sup>. Une nouvelle fois, la localisation de la clause est indifférente. Les exemples pourraient être multipliés et la même conclusion s'imposerait: le régime juridique de la sanction dépend moins de la nature statutaire ou extrastatutaire de la clause méconnue, que de sa nature juridique<sup>47</sup>.

Pour toutes ces raisons, il est impossible d'affirmer que les pactes pâtissent de la médiocrité des sanctions de leur violation, à la différence des statuts dont la violation serait mieux sanctionnée. Plus généralement, il faut se garder de croire que les statuts ont certains avantages dont les pactes seraient systématiquement dépourvus.

## **B. Plus généralement, les pactes n'auraient pas les « avantages » des statuts**

**Les pactes seraient « plus difficiles à modifier » que les statuts.** L'une des nombreuses faiblesses des pactes par rapport aux statuts tiendrait aux contraintes liées à leurs modifications. Alors que la révision des statuts est soumise à des règles de majorité qualifiée, variables selon la forme sociale, la révision d'un pacte d'associés requiert par principe le consentement unanime des parties, conformément aux exigences de l'article 1193 du code civil. Cette différence entre les pactes et les statuts est indéniable ; il convient toutefois de la tempérer dans son principe et d'indiquer qu'il est possible de l'atténuer conventionnellement. Tout d'abord, on rappellera que l'unanimité est parfois exigée par la loi pour des modifications statutaires, par exemple pour les sociétés civiles (art. 1852 du code civil), pour certaines clauses statutaires dans la SAS (art L227-19 du code de commerce) et plus généralement en cas d'augmentation des engagements des associés<sup>48</sup>. De plus, il

<sup>44</sup> Dommages et intérêts en réparation du préjudice par le bénéficiaire du pacte, nullité ou substitution si le tiers contractant connaissait l'existence de la clause de préférence et l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir

<sup>45</sup> Dommages et intérêts, privation d'effet de la révocation de la promesse, nullité de la vente conclue au mépris de la promesse si le tiers contractant en connaissait l'existence.

<sup>46</sup> En droit des sociétés, il n'existe pas de lien systématique entre publication des statuts et opposabilité aux tiers (S. Schiller et D. Martin, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés*, préc., n° 29 et s). Au regard du droit des contrats, la mauvaise foi ne se présumant pas, la seule publicité des statuts ne devrait pas suffire à prouver la connaissance de la promesse par le tiers.

<sup>47</sup> Par exemple, la circonstance qu'une clause de non concurrence ou qu'une clause renforçant le droit à l'information des associés soit insérée dans un pacte et non dans les statuts, n'affaiblit pas la clause et n'empêche pas une demande d'exécution forcée.

<sup>48</sup> L'alinéa 2 de l'article 1836 du code civil pose un principe général du droit des sociétés (repris par quelques dispositions spéciales, v. C. com., art. L. 223-30, al. 2 pour les SARL et L. 225-96 pour les SA), lorsqu'il affirme qu'« *En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* ». H. Le Nabasque, *La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés*, Dr. Sociétés, actes prat. 1997, n°12 ; F. Rizzo, *Le principe d'intangibilité des engagements des*

est selon nous possible de corriger cette faiblesse des pactes en y introduisant une clause permettant sa révision à la majorité<sup>49</sup> ; plus exactement, il s'agit d'introduire une clause par laquelle les parties au pacte expriment leur consentement aux modifications ultérieures décidées à la majorité. Quelques précautions rédactionnelles s'imposent cependant. En premier lieu, la majorité retenue ne doit pas permettre à une seule partie de modifier le pacte ; une solution pourrait alors consister à prévoir, pour la révision du pacte, la même majorité que pour la révision des statuts de la société en cause, ou une majorité très proche. En second lieu, il serait prudent de rappeler que le consentement unanime des parties redevient nécessaire pour toute révision impliquant une augmentation de leurs engagements à l'égard de la société. A défaut d'insertion d'une telle clause dans le pacte, sa révision à l'unanimité risque d'être difficile, ce qui peut d'ailleurs constituer un avantage pour les associés qui disposent ainsi d'un droit de véto.

**Les pactes auraient « des effets plus limités » que les statuts.** Une autre faiblesse des pactes tiendrait à leurs effets, dont le rayonnement serait plus limité que pour les statuts. Tandis que les statuts seraient opposables à tous les associés comme aux tiers, en raison de leur publicité, les effets du pacte seraient cantonnés à ses seuls signataires, selon le principe de l'effet relatif des conventions (art. 1199). Une telle présentation manque de précision et risque d'être source de confusions. S'agissant des effets à l'égard des associés, il est indéniable que les statuts lient tous les associés, fondateurs comme nouveaux entrants, alors que le pacte ne lie que les associés qui y ont expressément consentis ; cela implique que tout nouvel associé doit consentir au pacte préexistant pour que ce pacte s'impose à lui<sup>50</sup>. S'agissant des effets à l'égard des tiers, le lien établi entre la publicité des statuts et leur opposabilité de plein droit aux tiers reste très discutable<sup>51</sup>. De plus, croire que les pactes n'ont d'effet qu'à l'égard de leurs signataires résulterait d'une erreur de compréhension du principe de l'effet relatif des conventions. Ce principe signifie uniquement qu'un contrat ne peut pas faire naître d'obligations à l'égard d'une personne qui n'y a pas consenti ; dit autrement, un tiers au pacte d'associés ne peut pas devenir créancier ou débiteur d'une obligation née de ce pacte. La relativité des conventions ne signifie pas pour autant que le pacte est dépourvu d'effets à l'égard des tiers<sup>52</sup>. Comme l'énonce désormais l'article 1200 du code civil, le contrat est opposable aux tiers et invocable par les tiers. Appliqués au pacte d'associés, le principe d'opposabilité implique que le tiers au pacte qui s'est rendu complice de sa violation pourra voir sa responsabilité délictuelle engagée<sup>53</sup> ; quant au principe d'invocabilité, il permet à un tiers au pacte de s'en prévaloir pour obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice que la violation

---

associés, RTD com. 2000, p. 27 ; G. Taormina, *Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé*, Rev. sociétés, 2002, p. 267 ; J. Monnet, *Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés*, Mél. J. Paillusseau, Dalloz 2003, p. 403 ;

<sup>49</sup> V. sur ce point, J. Mousseron, P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, 4<sup>e</sup> éd., 2010, F. Lefebvre., n<sup>os</sup> 1616 s.

<sup>50</sup> Il y a là une difficulté que la pratique tente de surmonter par différents mécanismes plus ou moins efficaces (par exemple, engagement de porte fort de l'associé cédant de faire adhérer au pacte son cessionnaire, cession conditionnée à l'adhésion au pacte du cessionnaire, recours à une cession du pacte).

<sup>51</sup> Cf supra

<sup>52</sup> S. Messai-Bahri, *L'opposabilité du pacte d'actionnaires par les tiers*, Bull. Joly 2008, § 107, p. 493 ; D. Poracchia et A. Raynaud, *Relativité et opposabilité des pactes extrastatutaires*, Dr. et patr. 2009. 186 ; G. Marain, *L'opposabilité des pactes d'actionnaires*, Rev. des sociétés 2017, p. 542.

<sup>53</sup> Selon la jurisprudence, toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'inexécution (V. Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n<sup>o</sup> 03-19.376 : JCP G 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; ibid. I, 176, n<sup>o</sup> 1, obs. F. Labarthe ; JCP N 2006, 1256, note Thullier ; Contrats, conc. consom. 2006, 153, obs. L. Leveneur). La mise en oeuvre de cette jurisprudence pour un pacte d'associés suppose que la preuve de sa connaissance par le tiers puisse être apportée, ce qui risque d'être difficile compte tenu de la confidentialité des pactes. Cette difficulté probatoire ne doit pas être exagérée ; en pratique, les « tiers » au pacte dont la responsabilité est recherchée sont « proches » des associés ou de la société (il s'agit d'associés non parties au pacte, de dirigeants...).

du pacte lui a causé<sup>54</sup>, voire pour remettre en cause une décision qui aurait été prise en violation dudit pacte<sup>55</sup>. Pour toutes ces raisons, les effets des pactes d'associés débordent largement la seule sphère de leurs signataires.

**Les pactes seraient « inférieurs » aux statuts.** Enfin, dans le prolongement de tout ce qui précède, on insiste volontiers sur « l'infériorité normative » des pactes par rapport aux statuts. Il existerait en droit des sociétés une sorte de « hiérarchie des normes sociétaires », dont les statuts constitueraient la norme fondamentale. La supériorité des statuts sur les pactes tiendrait à leurs effets erga omnes et à leur publicité. Par conséquent, en cas de contradiction ou d'incompatibilité entre des dispositions statutaires et des dispositions extrastatutaires, l'application des secondes devrait être exclue au profit des premières. Cette question de la hiérarchie des statuts et des pactes ne se pose véritablement qu'en cas de concours entre des dispositions statutaires et extrastatutaires incompatibles, valides, ayant une vocation égale à s'appliquer, c'est-à-dire ayant le même objet et les mêmes sujets. Si la clause insérée dans le pacte est conciliable avec les statuts, il y aura une application combinée<sup>56</sup> ; si elle est annulée, il n'existe alors plus de situation de concours. En présence d'un réel concours, la supériorité des statuts sur les pactes ne va pas de soi. Cette prétendue hiérarchie des normes sociétaires ne repose en effet sur aucune règle, sur aucun principe tirés ou inférés d'un texte de droit des sociétés. L'analyse de la jurisprudence ne révèle pas non plus l'existence d'une telle hiérarchie<sup>57</sup>. Le droit commun des contrats permet même de contester les conséquences attachées à l'infériorité supposée des pactes par rapport aux statuts. En effet, en droit des contrats, la contradiction de clauses liant les mêmes contractants conduit le juge à exclure purement et simplement l'application des dites clauses, sans faire primer l'une sur l'autre, sauf si l'une des clauses est plus spéciale que l'autre ; dans ce dernier cas, elle l'emportera sur la clause plus générale<sup>58</sup>. Au regard du droit des contrats comme au regard du droit des sociétés, il est par conséquent impossible de soutenir que les pactes sont par principe et par nature inférieurs aux statuts. Les pactes expriment autant que les statuts la volonté de ceux qui en sont les parties. Aussi,

---

<sup>54</sup> Le tiers n'obtiendra pas l'exécution à son profit du pacte d'associés : le principe d'invocabilité ne peut pas avoir pour effet de contourner le principe de relativité (pour une illustration, CA Versailles, ch. 12, 22 mai 2012, n° 11/04433 : JurisData n° 2012-013399, sur renvoi après cassation, Cass. Com. 24 mai 2011, n°10-24.869 ; Rev. Sociétés 2011, p. 482, note A. Gaudemet). Sur cette responsabilité des contractants à l'égard des tiers en cas de manquement à leurs obligations, Cass., ass. plén., 6 oct. 2006: n° 05-13.255; JCP 2006. II. 10181, avis A. Gariazzo, note M. Billiau; JCP 2007. I. 115, n° 4, obs. Ph. Stoffel-Munck. - Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mai 2017, n° 16-11.203 P: D. 2017. 1225, note D. Houtcieff; RTD civ. 2017. 651, obs. H. Barbier; ibid. 666, obs. P. Jourdain; Contrats, conc., consom. 2017, n° 163, note L. Leveneur. – Pour une application à un pacte d'associés : Cass. com., 18 déc. 2007, n° 05-19.397; D. 2009, 323, obs. E. Lamazerolles ; adde, B. Fages, *Pacte d'actionnaires et action en responsabilité délictuelle de la société non signataire* : RTD civ. 2008, p. 297

<sup>55</sup> Par exemple, les salariés peuvent ainsi contester le caractère réel et sérieux de leur licenciement, au motif qu'il n'a pas été décidé selon les modalités prévues par un pacte auquel ils n'étaient pourtant pas parties. Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-45.212 : JCP S 2010, 1007, note R. Chiss et V. Manigod ; Bull. Joly Sociétés 2009, p. 786, note A. Constantin. - Cass. soc., 1er déc. 2011, n° 10-26.064 : RTD com. 2012, p. 345, obs. A. Constantin ; Gaz. Pal. 10-11 févr. 2012, p. 32, note B. Dondero ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 352, note B. Saintourens.

<sup>56</sup> En pratique, les pactes d'associés servent parfois à préciser le contenu des statuts. Par exemple, en cas d'exclusion prévue par les statuts, le pacte peut servir à en préciser les modalités, en toute discrétion ; dans ce cas, statuts et pacte seront combinés (par ex. CA Paris, pôle 5, ch. 9, 20 juin 2003, n° 13/03892, JurisData n°2013-012910 ; Dr. Sociétés 2013, comm. 203, note D. Gallois-Cochet).

<sup>57</sup> S. Schiller, *Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie* : Rev. sociétés 2011, p. 331 : « L'analyse de ces différents types d'aménagements contractuels complétée par une étude approfondie de notre droit positif a permis d'aboutir à une conclusion surprenante. Aucun support n'apparaît clairement et constamment supérieur aux autres. »

<sup>58</sup> Cette jurisprudence a été consacrée par la réforme du code civil (article 1119). V. Forti, *La discordance entre les conditions générales invoquées par les deux parties (observations comparatives sous l'article 1119, alinéa 2, du Code civil)*, RDC 2017, p. 552.

pour prévenir les difficultés d'application que pourrait causer une contradiction entre pacte et statuts, une hiérarchisation conventionnelle est à recommander en pratique<sup>59</sup>.

**Irréductibilité exclusive de toutes généralités.** Au terme de cette étude, un constat s'impose : il est illusoire de chercher l'existence de règles générales applicables aux pactes d'associés dans leur ensemble, parce qu'ils sont trop dissemblables ; ce qui est pertinent pour un pacte, au regard d'une clause, s'avère souvent inexact pour un autre pacte, au regard d'une autre clause. Gardons-nous donc des idées reçues et retenons simplement que les pactes d'associés ne sont « que » des contrats; leur régime juridique relève dès lors principalement de la combinaison des règles de droit commun applicables aux différentes clauses qui les composent, dans le respect de l'ordre public sociétaire.

---

<sup>59</sup> Par une « clause de priorité » qui détermine la portée normative des différents documents contractuels.