

ÉTUDE **SOCIÉTÉS ET ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

## SOCIÉTÉ

Cette étude revient sur les modalités permettant de rendre effectives les clauses d'un pacte extrastatutaire en étudiant en premier lieu les solutions légales avant de voir, dans un second temps, les outils contractuels.

1303

# Comment assurer l'efficacité d'un **pacte** **d'associés**



Frédéric Aumont, Hubert Mroz  
et Sophie Thibert-Belaman

Frédéric Aumont, notaire à Lyon ; Hubert Mroz, notaire à Roubaix ; Sophie Thibert-Belaman, notaire à Paris. Les auteurs sont membres de la deuxième commission du 118<sup>e</sup> congrès des notaires de France

**1** - Une entreprise, exploitée sous quelque forme sociale que ce soit, est avant tout une histoire d'hommes et de femmes qui ont décidé de porter ensemble un projet. Le périmètre actionnarial est donc, à l'origine, constitué d'un, voire, plusieurs associés qui vont s'associer pour créer une nouvelle activité. Puis, avec le temps, ce périmètre va nécessairement évoluer. La croissance va nécessiter de faire entrer de nouveaux associés. Un rapprochement avec un partenaire va élargir leur cercle. Les évolutions et les vicissitudes de la vie vont aussi reconfigurer la détention capitalistique de la société.

**2** - Que l'on soit dans des évolutions choisies ou dans des évolutions subies, il faudra composer avec les souhaits et les contraintes de chacun. Dans ce contexte, l'absence de cadre contractuel est aussi préjudiciable qu'un cadre contractuel non adapté.

**3** - Si les statuts ont un caractère obligatoire, le pacte extrastatutaire a un caractère facultatif. Néanmoins, il nous semble essentiel d'aborder avec nos clients les enjeux de ces deux contrats. Et paradoxalement, c'est parce que l'on s'interrogera sur la pertinence de recourir ou non à un pacte extrastatutaire que l'on se posera les bonnes questions sur les clauses à la fois des statuts mais aussi du pacte extrastatutaire.

4 - Peu savent que les statuts peuvent être très sommaires et renvoyer, pour l'essentiel de leurs dispositions, à un pacte extrastatutaire<sup>1</sup>. Plusieurs paramètres entrèrent en ligne de compte au moment de l'arbitrage entre clause statutaire et clause extrastatutaire. Outre l'enjeu du caractère public ou non<sup>2</sup>, une des principales interrogations sera de savoir de quelle façon les clauses pourront être efficaces en cas d'inexécution, par refus d'exécuter ou de mauvaise foi de l'une des parties.

5 - Dans le critère de choix, il faut savoir qu'au regard des textes et de la jurisprudence, certaines clauses seront plus efficaces si elles sont statutaires plutôt que dans un pacte extrastatutaire<sup>3</sup>.

6 - Il en sera de même pour la forme du pacte d'associés. Comme nous le verrons, le pacte d'associés, reçu en la forme d'un acte authentique, aura une force exécutoire qui pourra être décisive dans certaines situations. Indéniablement, le pacte d'associés est un terrain de jeu naturel pour le développement de l'ingénierie notariale au service de l'accompagnement de l'associé.

7 - Nous allons donc étudier les modalités permettant de rendre effectives les clauses d'un pacte extrastatutaire en étudiant en premier lieu les solutions légales avant de voir, dans un second temps, les outils contractuels.

## 1. Les dispositions légales permettant de rendre effectives les clauses d'un pacte extrastatutaire

8 - Certains auteurs ont considéré que la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016<sup>4</sup> allait fragiliser les pactes extrastatutaires, alors que d'autres y ont vu un renforcement des droits et des obligations<sup>5</sup>. S'il est encore trop tôt pour en tirer une direction en l'absence de jurisprudence, on peut affirmer que la réforme a permis de clarifier et codifier de nombreuses dispositions qui avaient une origine jurisprudentielle.

1 Les articles 1835 du Code civil et L. 210-1 à L. 210-9 du Code de commerce précisent les mentions devant figurer dans les statuts avec des différences selon les formes sociales.

2 Si les statuts sont accessibles à tous, le pacte d'associés a un caractère confidentiel, ce qui est une motivation souvent importante.

3 V. S. Schiller et D. Martin, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés 2019/2020* : LexisNexis, coll. Guides, 2019, Fiche 45, IV.

4 Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 : JO 11 févr. 2016, texte n° 26 ; JCP E 2016, act. 151 ; JCP E 2016, 1283 ; JCP E 2016, 1371 à 1377.

5 *Sur les incidences de cette réforme en droit des sociétés*, V. Th. Massart (dir.), *Droit des sociétés et réforme du droit des contrats : Actes prat. ing. sociétaire 2016*, n° 147, dossier 3. - M. Mekki, *Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?* : *Rev. sociétés* 2016, p. 483 et 563. - E. Lamazerolles, *La société*, in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, L. Andreu et M. Mignot (dir.) : LGDJ, 2017, p. 199.

9 - La crainte réelle des praticiens repose sur l'article 1171 du Code civil qui confère au juge un pouvoir modérateur dans les contrats d'adhésion. Sont réputées non écrites les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. La définition qui est donnée du contrat d'adhésion par l'article 1110 du Code civil<sup>6</sup> est tellement générale qu'elle pourrait visiblement s'appliquer à des pactes d'associés rédigés par un associé majoritaire, ou par un associé financier minoritaire qui en ferait une condition non négociable de son entrée au capital. La doctrine est aujourd'hui partagée pour savoir si le pacte d'associés pourrait rentrer dans le champ d'application du contrat d'adhésion<sup>7</sup>. Il conviendra d'attendre les premières jurisprudences en la matière pour voir le champ d'application qu'entend donner la Cour de cassation aux pactes d'associés, mais il faut rester vigilant notamment en présence d'un associé entrant qui n'aurait pas d'autre choix que d'adhérer à un pacte extrastatutaire préexistant.

Un équilibre devra donc être trouvé entre ce qui sera à faire figurer dans les statuts, et ce qui pourra être renvoyé à un pacte.

10 - D'une façon globale, si des dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016 peuvent fragiliser le pacte extrastatutaire, la grande majorité des auteurs considère que cette réforme du droit des contrats renforce et clarifie les clauses des pactes extrastatutaires.

11 - Le notaire, homme du contrat et non de l'une des parties, devra s'attacher, lors de la rédaction d'un tel acte, à trouver un équilibre entre toutes les parties pour éviter une remise en cause ultérieure ou bien encore la nullité de telle ou telle clause

### A. - L'action interrogatoire

12 - C'est notamment le cas des « actions interrogatoires » (C. civ., art. 1123, al. 3 et 4, 1158 et 1183) qui ont pour objectif de sécuriser les contrats, en écartant les causes de nullité ou d'inopposabilité. En vertu de l'article 1123 du Code civil, celui qui entend se porter acquéreur de titres pourra interroger, s'il le connaît, 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. À défaut de réponse, le bénéficiaire ne pourra plus demander à être substitué dans la cession conclue, ni demander la nullité de celle-ci. Si cet accord de préférence est statutaire, son existence sera publique, et ses bénéficiaires aisément identifiables. Si cet accord est inséré dans un pacte qui n'a pas été rendu opposable à la société, le tiers acquéreur n'en connaîtra pas l'existence, et n'aura pas l'identité d'un éventuel bénéficiaire à interroger.

6 « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

7 A. Tadros, « L'adhésion » du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. *Contrat d'adhésion ou cession de contrat ?* : D. 2017, p. 171.

## B. - La sanction de la révocation de la promesse unilatérale

13 - Autre mesure qui est de nature à renforcer les dispositions d'un pacte extrastatutaire, et qui était attendue, c'est la sanction en cas de révocation d'une promesse unilatérale. L'article 1124 du Code civil, issu de la réforme du droit des contrats, dispose que la révocation de la promesse de vente n'empêche pas la formation du contrat<sup>8</sup>. Pour les promesses de vente conclues antérieurement au 1<sup>er</sup> octobre 2016, la Cour de cassation, par un revirement de jurisprudence, a appliqué cette nouvelle règle<sup>9</sup>.

14 - Quand bien même la promesse unilatérale de vente engage le vendeur qui ne peut plus rétracter son consentement, il sera conseillé de recourir à la forme authentique pour permettre une exécution forcée plus rapide et plus efficace.

## C. - Les dommages-intérêts et la résolution judiciaire

15 - En vertu des articles 1217 et 1227 du Code civil, issus de l'ordonnance du 10 février 2016, l'inexécution des clauses d'un pacte extrastatutaire peut engendrer la demande en justice de la résolution du pacte et/ou la condamnation à des dommages-intérêts du responsable.

Bien entendu, il faudra rapporter la preuve d'un préjudice tangible, donc mesurable, et établir la violation d'une obligation.

## D. - L'exécution forcée

16 - En dehors de la force exécutoire hautement appréciable, voire déterminante, d'un pacte extrastatutaire reçu par acte authentique, un autre aspect tient à l'exécution forcée (*C. civ., art. 1221 et 1222*). Elle a toujours eu une place à part, dans la mesure où elle permet de contraindre une partie à respecter ses engagements mais qu'elle peut, par ailleurs, à la fois se révéler difficile à mettre en œuvre, et avoir des conséquences dommageables. Elle est donc souvent pondérée, et son régime issu de l'ordonnance du 10 février 2016 reflète bien cette ambiguïté.

17 - Même si le législateur a abrogé l'ancien article 1142 du Code civil qui prévoyait l'allocation de dommages et intérêts, la jurisprudence n'avait pas attendu la réforme du droit des contrats pour ordonner l'exécution forcée de dispositions contenues dans un pacte

d'associés<sup>10</sup>. Sur ce point, la réforme du droit des contrats n'a fait qu'entériner une position jurisprudentielle déjà bien installée.

18 - À ce principe de l'exécution en nature, viennent immédiatement deux tempéraments.

En premier lieu, le bénéficiaire du pacte ne pourra pas obtenir l'exécution forcée en nature si cette exécution est impossible. Il s'agit d'une limitation traditionnelle qui vise des obstacles matériels, juridiques ou moraux.

En second lieu, pour les pactes conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016, l'exécution en nature sera écartée s'il existe une disproportion manifeste entre l'intérêt qu'elle présente pour le bénéficiaire, et son coût pour le tiers (*C. civ., art. 1221*)<sup>11</sup>. Cette disposition est extrêmement large et laisse à penser que bien souvent, en pratique, elle sera invoquée pour s'échapper d'une exécution en nature. La loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, qui a ratifié l'ordonnance, a précisé que cette limite ne pourrait être invoquée qu'en l'absence de mauvaise foi du débiteur<sup>12</sup>.

19 - Avec le temps, il conviendra de voir comment la jurisprudence va appliquer cette clause d'exécution forcée, qui dépendra probablement de la nature des dispositions pour lesquelles elle sera réclamée. En effet, s'il y a des hypothèses où, *a priori*, l'exécution en nature va se révéler facile à mettre en œuvre, comme par exemple un droit d'information ou encore les obligations de vendre ou d'acheter<sup>13</sup>, dans d'autres domaines, elle va se révéler plus compliquée à appliquer, comme la violation d'une convention de droit de vote ou d'une promesse de porte-fort.

Le rôle du notaire, rédacteur du pacte d'associés reçu par acte authentique, sera donc essentiel pour assurer une plus grande efficacité de ce type de clauses.

En parallèle, pour assurer une efficacité complémentaire, le rédacteur d'un pacte extrastatutaire se retournera vers des clauses contractuelles, complémentaires des dispositions légales.

## 2. Les dispositions contractuelles permettant de rendre effectif les clauses d'un pacte extrastatutaire

20 - Compte tenu de la faiblesse et des incertitudes des textes et de la jurisprudence sur la sanction en cas d'inexécution d'une

8 La jurisprudence de la Cour de cassation s'étant depuis ralliée à cette thèse : *Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 23 juin 2021, n° 20-17.554, FS-B ; *JurisData* n° 2021-010019 ; *JCP N* 2021, n° 27, 1252, note P. Pierre ; *JCP E* 2021, 1468, note D. Mainguy ; *JCl. Civil Code, Synthèse* 560.

9 *Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 23 juin 2021, n° 20-17.554, préc. - *Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 20 oct. 2021, n° 20-18.514 ; *JurisData* n° 2021-016744 ; *Constr.-Urb.* 2022, comm. 19, obs. C. Sizaire ; *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. 176, obs. L. Leveneur.

10 Ph. Simler, *Exécution forcée en nature*, *JCl. Civil, Fasc. unique : Contrat. - Inexécution du contrat. - Exécution forcée en nature*, n° 2. - Par ex., en cas de violation d'une clause de non-acquisition, *Cass. com.*, 24 mai 2011, n° 10-24.869 ; *JurisData* n° 2011-009581 ; *Rev. sociétés* 2011, p. 482, note A. Gaudemet ; *D.* 2011, p. 2315, note G. Helleriger ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 168, note R. Mortier.

11 *Issu Ord.* n° 2016-131, 10 févr. 2016, préc.

12 Laquelle devra être démontrée.

13 La réforme du droit des contrats a facilité leur exécution forcée par des règles spécifiques intégrées à la nouvelle sous-section 3 consacrée au « pacte de préférence et promesse unilatérale » (*C. civ., art. 1123 et 1124*).

## La grande majorité des auteurs considère que cette réforme du droit des contrats renforce et clarifie les clauses des pactes extrastatutaires

clause extrastatutaire, le pacte devra impérativement prévoir des dispositions complémentaires ou alternatives.

### A. - Les clauses relatives à l'exécution forcée

#### 1° La clause pénale et la clause résolutoire

21 - Bien souvent, le pacte extrastatutaire stipulera des sanctions contractuelles, telles qu'une clause pénale ou une clause résolutoire.

Sur la base des dispositions de l'article 1231-5 du Code civil, la clause pénale<sup>14</sup>, pour être efficace, devra notamment prévoir :

- un objet très précis qui ne devra pas s'assimiler à une possibilité de dédit ;
- les causes du dommage entraînant sa mise en jeu ;
- son montant qui pourra toujours être révisé par le juge (*C. civ., art. 1231-5, al. 2*) ;
- son sort si l'inexécution n'est que partielle.

La clause pénale doit être la réponse à l'inexécution d'une obligation contractuelle, critère qui la distingue de l'indemnité d'immobilisation<sup>15</sup> et de la clause de dédit<sup>16</sup>.

22 - Désormais codifiée dans le Code civil (*C. civ., art. 1124 et 1225*), la clause résolutoire peut être soit appliquée de plein droit, soit soumise à une décision judiciaire. Elle pourra s'appliquer à tout manquement aux obligations du présent contrat (*C. civ., art. 1225*).

Si elle est appliquée de plein droit, elle prend effet dès que le créancier a notifié au débiteur qu'il en fait usage, sauf clause contraire prévue dans le pacte extrastatutaire.

Si, en revanche, la clause ne prévoit pas la résolution du seul fait de l'inexécution, le créancier ne peut invoquer la clause résolutoire que s'il a au préalable mis en demeure le débiteur en mentionnant expressément son intention de se prévaloir de la clause résolutoire.

#### 2° L'astreinte conventionnelle

23 - Le pacte extrastatutaire peut prévoir que l'inexécution d'une obligation fera l'objet d'une astreinte, dont le montant pourra toujours être révisé par le juge.

Cette clause, organisée par l'article 1231-5 du Code civil, sera en complément et en amont d'une clause pénale ou d'une clause résolutoire ; le montant contractuel de l'astreinte pourra bien entendu être révisé par le juge.

Enfin, même en l'absence de toute clause contractuelle, l'astreinte pourra être prononcée par le juge pour assurer l'exécution de sa décision.

#### 3° La clause d'exécution forcée en nature

24 - Nous avons vu ci-dessus le champ d'application de la clause d'exécution forcée résultant du Code civil. Écarter les exceptions à l'article 1221 du Code civil pourrait dès lors être tentant pour les parties. Un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 27 mars 2008<sup>17</sup> a admis la validité d'une clause qui écartait l'application de l'ancien article 1142 du Code civil. Le nouvel article 1221 du Code civil prévoit, comme nous l'avons vu ci-dessus, deux exceptions à l'exécution en nature. La doctrine est aujourd'hui partagée sur la capacité à les exclure contractuellement. Elle considère que cela ferait courir le risque au débiteur de supporter une sanction disproportionnée, et conseille donc plutôt de les aménager en attendant de voir les orientations de la jurisprudence<sup>18</sup>.

En cette matière, le recours à l'acte authentique permettrait d'avoir une copie exécutoire, de façon à rendre plus effective l'application de cette clause d'exécution forcée.

### B. - Les clauses relatives à la gestion du pacte

#### 1° La nomination d'un gestionnaire

25 - Née de la pratique afin d'assurer une plus grande efficacité, la nomination d'un gestionnaire va avoir pour objectif d'assurer une exécution plus rigoureuse et plus transparente des clauses du pacte extrastatutaire.

L'étendue des missions de ce mandataire dépendra des clauses du pacte. En règle générale, il aura *a minima* pour mission d'être séquestre des titres objets du pacte extrastatutaire. Il évitera ainsi qu'il y ait des mouvements sur les titres qui soient en contravention avec les dispositions du pacte. Mais le pouvoir de ce gestionnaire peut aller bien au-delà. La rédaction de la clause devra donc être particulièrement soignée afin de bien définir les contours de sa mission. Certains pactes confèrent à ce mandataire un droit de vote sur des titres lorsque le pacte contient des conventions de droit de vote. Or, ce mandataire ne peut pas

14 L'expression « clause pénale » n'est plus employée dans le texte qui parle d'une « certaine somme à titre de dommages et intérêts ».

15 Qui est généralement une somme correspondant à une indemnisation forfaitaire, conséquence de la non-exécution d'un contrat à la différence de la clause pénale qui sanctionne la violation d'une obligation contractuelle.

16 Ce type de clause offre au débiteur le choix entre exécuter le contrat ou bien ne pas l'exécuter et verser une somme à titre de dédit.

17 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 mars 2008, n° 07-11.721, inédit : *JurisData* n° 2008-043404 ; *JCP G* 2008, I, 218, obs. A. Constantin.

18 Ph. Delebecque, *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat* : *Dr. & patr.* juin 2016, p. 62 et s.

avoir de pouvoir de disposition. Il conviendra donc d'être vigilant sur le contenu du droit de vote qui lui sera reconnu.

26 - Il faut savoir que cette clause n'est pas un remède aussi efficace qu'on le pense face à la faiblesse du pacte extrastatutaire en ce qui concerne l'efficacité de la convention. En effet, quand bien même il y aurait un gestionnaire du pacte et des titres, une cession réalisée en violation des dispositions du pacte sera rarement remise en question par un juge, sauf collusion avec le cessionnaire.

Trop peu pensé, le recours au notaire, en tant que gestionnaire du pacte et des titres, pourrait être une façon de donner une plus grande solennité à cette clause et indirectement une plus grande efficacité.

## 2° La mise en fiducie

27 - D'un recours pour l'instant moins fréquent, mais d'une efficacité plus grande, la fiducie mériterait d'être dévelop-

pée pour assurer l'effectivité d'un pacte extrastatutaire. Le fiduciaire, disposant d'un droit réel sur les titres, pourra se voir reconnaître des pouvoirs de gestion, d'administration mais aussi de disposition, opposables à tous en raison de la nature du contrat lui-même.

La fiducie permettra également de sécuriser les conventions de droit de vote dans la mesure où le fiduciaire pourra se voir reconnaître l'exercice des droits de vote qui y sont attachés.

28 - **Conclusion.** - La rédaction d'un pacte statutaire ou extrastatutaire est un domaine qui fait appel pleinement à l'ingénierie notariale. Comme nous venons de le voir, il s'agit systématiquement d'un contrat sur-mesure. Certes, un certain nombre de clauses se retrouvent dans beaucoup de pactes. Mais on peut dire en la matière qu'il n'existe pas de pacte statutaire ou extrastatutaire type. En fonction du contexte, une rédaction sur-mesure sera nécessaire. Le rôle du notaire sera donc déterminant à plusieurs titres. ■

Visionnez une vidéo des membres de la 2<sup>e</sup> commission  
du 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France

