

## 10 L'Agrément



**Anne-Françoise ZATTARA-GROS,**  
maître de conférences à l'université de La Réunion



**Bruno DONDERO,**  
agrégé des facultés,  
professeur à l'École de droit de la Sorbonne



**Sophie SCHILLER,**  
agrégée des facultés,  
professeur à l'université Paris-Dauphine



**Hervé LÉCUYER,**  
agrégé des facultés,  
professeur à l'université Panthéon-Assas



**Clément BARRILLON,**  
maître de conférences à  
l'université Paris-Nanterre,  
membre du Centre de droit civil des affaires  
et du contentieux économique  
(CEDCACE – EA 3457)



**Caroline TABOUROT-HYEST,**  
maître de conférences à l'université Paris  
I-Panthéon Sorbonne,  
responsable du diplôme supérieur de notariat



**Nicolas DUPOUY,**  
notaire à Ossun, membre du réseau Monassier



**Isabelle OLLIVIER,**  
avocate à Pau (droit des sociétés, droit fiscal)

### 1. - L'AGRÈMENT DANS LES INSTRUMENTS SOCIÉTAIRES

- A. - À la création de la société
- 1° Absence de choix possible en cas de monopole statutaire
  - 2° Critère de choix entre statuts et pacte extrastatutaires en l'absence de monopole
- B. - En cours de vie sociale : l'exemple de la SAS
- 1° L'indépendance de principe du régime de l'agrément dans la SAS
  - 2° La dépendance résiduelle du régime de l'agrément dans la SAS

### 2. - L'AGRÈMENT DANS LA VIE SOCIÉTAIRE

- A. - Champ d'application de l'agrément
- 1° Champ *ratione personae*
  - 2° Champ *ratione materie*

- B. - La procédure d'agrément
- 1° Les modalités de l'agrément
  - 2° Le refus d'agrément

### 3. - L'AGRÈMENT AU-DELÀ DU DROIT DES SOCIÉTÉS

- A. - Les particularités de l'agrément dans les structures sociétaires d'exercice libéral
- 1° La dérogation
  - 2° L'absence de dérogations
- B. - Les perturbations de l'agrément dans la société en difficulté
- 1° L'agrément dans le cadre des procédures préventives
  - 2° L'agrément dans le cadre des procédures de redressement ou liquidation judiciaire

## Introduction

Anne-Françoise ZATTARA-GROS

maître de conférences à l'université de La Réunion

1 - « On peut dire de l'agrément [...] que c'est une symétrie dont on ne sait point les règles, et un rapport secret des traits d'ensemble »<sup>1</sup>.

Pris dans cette acception, l'agrément désigne la qualité de quelqu'un ou quelque chose d'agréable. L'agrément dont il est question dans ce dossier s'entend de l'action d'agréer, c'est-à-dire de donner un assentiment à quelque chose ou à quelqu'un. Ce faisant, le lien est tissé avec la première acception. Ceci est particulièrement vrai pour la matière concernée, à savoir le droit de sociétés. L'agrément, qui est à la fois d'origine légale ou conventionnelle, y est perçu comme un mécanisme de contrôle de l'entrée d'un nouvel associé ou actionnaire dans la société en cours de vie sociale, conférant à l'organe social compétent pour se prononcer sur l'opération en cause de choisir celui ou celle qui est à son gré, au besoin d'écartier l'indésirable. Il est source d'équilibre, source de cohésion.

2 - L'on saisit ainsi pourquoi dans les sociétés de personnes, de type SNC ou SCS, l'agrément est la règle. Dans les sociétés de capitaux, où la considération de la personne n'est pas totalement exclue<sup>2</sup>, l'agrément trouve aussi une place<sup>3</sup>, servi par les articles L. 228-23 à L. 228-26 du Code de commerce issus de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966. Ces textes dessinent un droit commun de l'agrément statutaire dans les sociétés par actions<sup>4</sup>. Fort utilisés des praticiens pour faire échec à la règle de libre négociabilité des actions, ils ont fait depuis l'objet de différentes modifications, dont de retouches importantes par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004, qui concernent tant le champ d'application de ces clauses que les conditions de leur mise en œuvre. Aussi, l'étude de l'agrément sera restreinte ici à sa seule dimension conventionnelle, se proposant de livrer une analyse de la clause d'agrément, à l'exclusion de l'agrément légal. Celle-ci est volontiers définie, par une doctrine autorisée, comme une « clause (insérée dans les statuts) d'une société qui subordonne la cession des parts ou actions à l'assentiment d'un organe social »<sup>5</sup>. Elle constitue la clause type limitant le transfert des droits sociaux quand d'autres, qui lui sont voisines, ont pour effet d'interdire purement et simplement à l'associé de transférer ses droits sociaux, hypothèse de la clause d'inaliénabilité, dont la validité a été reconnue aux actes à titre onéreux<sup>6</sup> hors des sociétés dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé<sup>7</sup> et avec laquelle elle peut d'ailleurs se combiner, l'une et l'autre poursuivant des finalités différentes : la première contrôler la géométrie de l'actionariat, la seconde contrôler la stabilité de celui-ci. Ce jeu d'« assemblage » n'est d'ailleurs pas isolé puisque la clause d'agrément peut se combiner, voire interférer avec d'autres clauses. L'on songe à la clause de préemption, dont elle se distingue même si celle-ci peut parfois constituer une clause d'agrément déguisée entre actionnaires. Loin de restreindre le transfert des droits sociaux, elle a pour

objet de conférer la priorité à un ou plusieurs associés ou actionnaires d'acquiescer ces droits, trouvant un fondement récent dans le nouvel article 1123 du Code civil (pacte de préférence) issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme des contrats. Aussi, y a-t-il, selon les circonstances, un intérêt à les associer de façon à maintenir les équilibres en place. L'éventail de combinaison offert au praticien est ainsi large, laissant libre cours à l'ingénierie sociétariaire, y compris à la possibilité de combiner clauses d'agrément entre elles, hypothèse prise de régler le sort de la société au décès d'un associé<sup>8</sup>.

3 - Il reste alors au professionnel de prendre les précautions nécessaires de rédaction en vue d'assurer la validité et l'efficacité de la clause<sup>9</sup>. Ainsi, le rédacteur de la clause devra s'interroger sur son emplacement dans les instruments sociétariaires avant d'en préciser le champ d'application et d'en définir le régime.

Ceci implique en droit qu'il connaisse les règles du droit positif issues des textes ou de la jurisprudence sur ce sujet. La tâche n'est pas aisée tant elles sont nombreuses, tantôt communes tantôt propres à chaque forme sociale, le tout dans une matière marquée par une forte instabilité législative au nom de la simplification. Si l'on dresse un état du sujet, l'agrément est à l'honneur des dernières réformes du droit des sociétés et de celles intervenues au-delà de celui-ci. L'on songe d'emblée à l'ordonnance du 4 mai 2017<sup>10</sup>, prise sur habilitation de la loi dite « Sapin II »<sup>11</sup>, qui a, dans un but de simplification, modifié l'article L. 227-19 du Code de commerce, applicable aux SAS. Afin d'éviter les situations de blocage générées par l'exigence de l'unanimité du vote des associés pour l'adoption et la modification des clauses d'agrément, ces clauses pourront désormais être insérées dans les statuts à la création de la société mais en cours de vie sociale non plus par une décision collective des associés prise à l'unanimité mais par une décision prise dans les conditions et formes prévues par les statuts. Quant à leur modification en cours de vie sociale, elles opèrent selon les mêmes conditions et formes que prévues précédemment. Les sociétés spéciales ne sont pas épargnées. L'avènement de nouvelles structures sociétariaires d'exercice libéral, telle que la société pluriprofessionnelle d'exercice (SPE) créée par l'ordonnance n° 2016-394 du 31 mars 2016 complétée de ses décrets d'application du 5 mai 2017, renouvelle la littérature juridique autour de l'agrément en réglant la transmission des parts sociales ou des actions à cause de mort. Enfin, de façon plus inédite, le mécanisme de l'agrément surgit au détour de la réforme du droit des entreprises en difficulté opérée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 dite « loi Macron » par l'introduction d'un nouvel article L. 631-19-2 au sein du Code de commerce consacrant une hypothèse de cession forcée des droits sociaux en redressement judiciaire.

4 - Ceci implique en fait que le rédacteur scrute l'intention des associés pour savoir quelles personnes sont visées et opérations subordonnées à agrément et ce qu'ils entendent notamment par « cession » aux fins de déterminer si ces derniers entendent stipuler un agrément pour les cessions au sens strict tels celles entre vifs conclues à titre onéreux, qu'elles visent la pleine propriété, la nue-propriété ou l'usufruit<sup>12</sup>, les échanges et les apports isolés<sup>13</sup>, ou plus largement d'autres opérations tel qu'un transfert de parts

1. La Rochefoucault, *Maximes*, 240.

2. M. Cachia, *Le déclin de l'anonymat dans les sociétés par actions*, *Études Kayser*, t. 1 : PUAM, 1979, p. 213. – I. Pascual, *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés* : RTD com. 1998, p. 273. – A. Morin, *Intuitus personae et societatis cote* : RTD com. 2000, p. 299.

3. Roblot, *L'agrément des nouveaux actionnaires*, *Me?l. Bastian*, t. 1 : *Librairies techniques*, 1974, p. 283. – J. Bardoul, *Les clauses d'agrément et les cessions entre actionnaires* : D. 1973, chron. p. 137.

4. B. Dondero, *Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme* : LPA 22 sept. 2005, n° 189, p. 44.

5. V° Agrément, *Vocabulaire juridique (dir. Cornu)* : PUF, 1998, p. 40.

6. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 févr. 1953 : Bull. civ. I, n° 61, p. 57. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 oct. 2007 : Bull. Joly Sociétés 2008, p. 121, note A. Couret ; D. 2007, p. 2954, obs. S. Bigot de la Touanne.

7. R. Mortier, *La nouvelle aire des clauses d'inaliénabilité* : JCPN 2008, n° 5, 1064.

8. CA Paris, Po?le 3, 1<sup>re</sup> ch., 29 juin 2011, n° 10/12355 : *JurisData* n° 2011-014734 ; Dr. sociétés 2011, comm. 190, note H. Hovasse.

9. Pour un notaire, V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2007 : Bull. civ. I, n° 143.

10. Ord. n° 2017-747, 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés.

11. L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

12. CA Bordeaux, 4 janv. 1961 : *Rev. sociétés* 1961, p. 65.

13. Cass. com., 21 janv. 1970 : *Rev. sociétés* 1970, p. 292, note J. G.

ou d'actions opérée à l'occasion d'une fusion ou scission<sup>14</sup>. De ce point de vue, une attention doit être portée à la rédaction du préambule de l'instrument sociétaire destiné à recevoir la clause de façon à éclairer le juge en cas de conflit survenant à propos de l'interprétation de cette clause.

Les règles d'interprétation des clauses d'agrément dans les sociétés par actions par **Bruno DONDERO**, agrégé des facultés, professeur à l'École de droit de la Sorbonne. Le principe étant que l'associé a le droit de céder ses actions<sup>15</sup>, la clause d'agrément constitue une exception à ce principe. Les exceptions doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, conformément à l'adage *Exceptio est strictissimae interpretationis*. Cela justifie que les cas dans lesquels la clause doit recevoir application ne puissent être étendus au-delà des hypothèses énumérées par les parties. Cela justifie également que la prorogation du délai de rachat ne puisse pas résulter d'un accord conventionnel, quand bien même l'associé s'étant vu opposer un refus d'agrément y aurait consenti<sup>16</sup>.

5 - De ces considérations, il résulte que l'attention du praticien doit être attirée sur les règles relatives à l'emplacement de l'agrément dans les instruments sociétaires (1) et à l'exercice de celui-ci au cours de la vie sociale (2), lesquelles se conjuguent avec des dispositions particulières qui viennent en perturber l'application au-delà du droit des sociétés (3).

Anne-Françoise ZATTARA-GROS

## 1. L'agrément dans les instruments sociétaires

6 - L'insertion d'une clause d'agrément dans les instruments sociétaires, que sont les statuts ou tout autre pacte extrastatutaire, donne lieu à de multiples questions, que ce soit au stade de la création de la société (A) ou en cours de vie sociale (B).

### A. - À la création de la société

Sophie SCHILLER

agrégée des facultés, professeur à l'Université Paris-Dauphine

7 - La première question que doit se poser le praticien, saisi de la rédaction de statuts de société, est de savoir où placer la clause d'agrément dans les instruments statutaires. Doit-il l'insérer dans les statuts ? Peut-il l'exiler dans un pacte extrastatutaire ? La réponse varie suivant la forme sociale choisie. Elle est négative en cas de monopole statutaire (1°). Hors de cette hypothèse, la liberté retrouvée, le choix du support peut être guidé par différents critères (2°).

#### 1° Absence de choix possible en cas de monopole statutaire

8 - **Formes statutaire obligatoire de l'aménagement de l'agrément légal.** - Dans certaines formes sociales, l'agrément est imposé par la loi. Dans les SNC, par principe, les cessions à quelque personne que ce soit, même entre associés ou au profit du conjoint, ne sont autorisées qu'avec le consentement unanime des associés. Cet agrément est d'ordre public et la loi répute non écrite toute clause contraire (C. com., art. L. 221-13). Dans les sociétés civiles, le principe énoncé par la loi est que les parts sociales ne peuvent

être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés (C. civ., art. 1861, al. 1<sup>er</sup>), excepté entre ascendants et descendants (C. civ., art. 1861, al. 2). L'agrément est donc en principe exigé lorsque la cession a lieu au profit d'un coassocié ou d'un conjoint. Néanmoins, à la différence du régime des SNC, ces dispositions sont supplétives et peuvent être aménagées. Il est possible de substituer les règles de la majorité à celle de l'unanimité, de prévoir des majorités différentes selon la qualité des cessionnaires et de dispenser d'agrément les cessions aux coassociés ou aux conjoints. Le principe de l'agrément est cependant d'ordre public quand les parts sociales doivent être cédées à des tiers<sup>17</sup> et la cour d'appel de Paris a ainsi réputé non écrite car contraire à l'article 1861 du Code civil la clause de statuts d'une société civile de moyens qui avait limité « le refus d'agrément à la mise en cause de l'honorabilité ou de l'insolvabilité de cessionnaire »<sup>18</sup>. Dans les SARL, la nécessité d'un agrément témoigne du caractère hybride de la forme sociale qui « sur ce plan, cousine avec les sociétés de personnes »<sup>19</sup>. Il est imposé par la loi lorsque le cessionnaire pressenti est un tiers et facultatif si le cessionnaire est un coassocié ou un membre de la famille du cédant<sup>20</sup>. Alors que dans les sociétés civiles, les statuts peuvent assouplir le régime légal, dans les SARL, ils peuvent le restreindre en rendant l'agrément plus difficile à obtenir. Les articles applicables à la SARL sont tout à fait clairs. Ils précisent que la cession à un tiers est soumise au consentement de la majorité « à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte » (C. com., art. L. 223-14). Entre associés, ils posent la libre cessibilité excepté « si les statuts contiennent une clause limitant la cessibilité » et « les statuts peuvent, dans ce cas, réduire la majorité ou abrégier les délais prévus audit article ». La même référence multiple aux statuts se retrouve dans l'article 1861 du Code civil qui décrit le régime de l'agrément dans les sociétés civiles. L'accord de l'unanimité est imposé, mais « les statuts peuvent toutefois convenir que cet agrément sera obtenu à une majorité qu'ils déterminent, ou qu'il peut être accordé par les gérants. Ils peuvent aussi dispenser d'agrément les cessions consenties à des associés ou au conjoint de l'un d'eux. Sauf dispositions contraires des statuts, ne sont pas soumises à agrément les cessions consenties à des ascendants ou descendants du cédant ». À trois reprises, l'article précise que tous ces aménagements ne sont envisageables qu'à la condition d'être sous forme statutaire.

9 - **Ambiguïté des textes relatifs à l'agrément conventionnel.** - Parfois, les termes de la loi sont tout à fait clairs pour indiquer l'obligation de choisir un support statutaire pour insérer une de ces stipulations. Ainsi, les décisions du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sont prises à la majorité des membres présents ou représentés « à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte » (C. com., art. L. 225-37, al. 2 et L. 225-82, al. 2). Le plus souvent, le texte de loi présente la clause statutaire comme une possibilité : « les statuts peuvent... » (C. com., art. L. 225-125, L. 225-68, L. 225-110, L. 227-13, L. 227-14, L. 232-16) ou « peut être [...] par une clause des statuts » (C. com., art. L. 228-23, L. 225-123). Si les statuts « peuvent », est-ce que cela signifie que cette possibilité leur est réservée et que la stipulation ne peut pas être insérée dans un support extrastatutaire ? C'est ce que déduit une partie de la doctrine, sans toujours se poser vraiment la question<sup>21</sup>. Dans son ouvrage de référence sur la linguistique juridique, le doyen Cornu classe les dispositions contenant le verbe « pouvoir » dans « le faisceau des verbes qui expriment

14. Cass. com., 19 avr. 1972 : Gaz. Pal. Rec. 1972, 2, jurispr. p. 755, note P. Delaisi ; Rev. sociétés 1973, p. 105, note R. Houin ; RTD com. 1972, p. 656 ; D. 1972, jurispr. p. 538, note D. Schmidt.

15. V. not. Cass. com., 22 oct. 1969 : Bull. civ. IV, n° 307.

16. V. ainsi Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-18.362 : Bull. civ. IV, n° 85, jugeant que « le caractère impératif des dispositions de l'article L. 228-24 du Code de commerce ne permet pas d'y déroger par convention, en prévoyant un mode de prorogation du délai imparti pour la réalisation de la cession, après refus d'agrément, autre que la prorogation judiciaire prévue à l'alinéa 3 de cet article ».

17. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés* : LexisNexis, 29<sup>e</sup> éd., 2016, p. 648, § 1529.

18. CA Paris, ch. 25, 1<sup>er</sup> déc. 1987 : JurisData n° 1987-028418.

19. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc. n° 16, spéc. p. 580, § 1370.

20. Pour une description de la procédure d'agrément dans les SARL, V. infra.

21. J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami : *Lamy Sociétés commerciales* 2016, § 4329. - F. Pasqualini, *La validité des pactes d'actionnaires*, in *Mél. en l'honneur de Ph. Malaurie* : Defrénois 2005, p. 356, § 8.

ment un droit »<sup>22</sup>. Il explique que ces rédactions ne permettent pas de reconnaître une disposition d'ordre public et il n'envisage même pas un caractère exclusif implicite de ce droit. Le guide de la législation n'évoque pas non plus la question<sup>23</sup>. Il est donc difficile d'en déduire une règle simple, d'application générale.

**10 - Forme statutaire a priori non obligatoire de l'agrément conventionnel.** – Parmi tous les articles concernés, celui relatif aux clauses d'agrément (*C. com.*, art. L. 228-23) a fait l'objet d'une jurisprudence fournie. Plusieurs arrêts des juges du fond évoquent des « pactes d'actionnaires » ou « pactes d'actionnaires extrastatutaires » contenant une clause d'agrément sans rejeter leur validité<sup>24</sup>. La chambre commerciale a également admis implicitement à plusieurs reprises la validité de pactes contenant une clause d'agrément<sup>25</sup>. Un arrêt de cour d'appel affirme même expressément la validité d'un tel pacte : « Il apparaît que les parties ont voulu de manière affirmée contrôler, autrement que par des dispositions statutaires, le développement de la société fondée sur des changements importants de la structure. Il n'est pas démontré que ce type de pacte viole la législation susvisée. Le pacte qui s'impose aux parties en application de l'article 1134 du Code civil a introduit, pour une durée de trois ans, une procédure d'agrément rigoureuse des nouveaux associés [...]. Le pacte ne saurait être annulé »<sup>26</sup>. Dans son ouvrage sur les *Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Yves Guyon consacrait d'ailleurs un paragraphe aux clauses extrastatutaires d'agrément<sup>27</sup>. Il émettait des réserves lorsqu'elles ne s'accompagnent d'aucune obligation d'achat à la charge de celui qui refuse l'agrément, mais admettait le principe de leur validité. Il serait dès lors bien difficile d'affirmer catégoriquement l'obligation de choisir la forme statutaire pour toutes les prérogatives prévues par des articles qui emploient le verbe « pouvoir ». Néanmoins, Michel Jeantin expliquait que « l'agrément étant une prérogative de la société, la stipulation ne peut valablement être réalisée que par la voie d'une clause statutaire. À défaut, la société est étrangère à la clause, ce qui empêche que l'on puisse la considérer comme une clause d'agrément »<sup>28</sup>. Il est vrai que les textes relatifs à cette clause dans les SA (*C. com.*, art. L. 228-24), SAS (*C. com.*, art. L. 227-14) et SARL (*C. com.*, art. L. 223-14) renvoient à un agrément de la société, mais cette procédure n'est pas systématique<sup>29</sup>. Dans les dispositions applicables aux sociétés civiles (*C. civ.*, art. 1861) ou aux SNC (*C. com.*, art. L. 221-13), la société n'apparaît pas, la cession des parts sociales nécessitant exclusivement le consentement des associés, solution confirmée par la Cour de cassation qui a affirmé que l'article 19 de la loi de 1966, devenu article L. 221-13 du Code de commerce, n'impose pas que la SNC donne son consentement à la cession des parts d'associé<sup>30</sup>. Bien que non systématique, l'agrément donné par la société est particulièrement courant et c'est alors une recherche d'efficacité qui oblige à recommander de l'insérer

sous forme statutaire, afin de renforcer l'engagement pris par la société<sup>31</sup>.

### 2° Critère de choix entre statuts et pacte extrastatutaires en l'absence de monopole

**11 - Huit critères.** – Lorsque les textes ne précisent pas la forme de l'agrément, les parties peuvent choisir de l'insérer dans les statuts ou un pacte extrastatutaire. Huit critères principaux peuvent être pris en compte pour choisir.

**12 - Critère 1 : Majorité pour insérer ou modifier.** – La clause d'agrément peut être insérée ou modifiée en cours de vie sociale en appliquant généralement une majorité d'AGE, c'est-à-dire à titre d'exemple des deux tiers dans une SA et des trois quarts dans une SARL et sans unanimité depuis l'ordonnance du 4 mai 2017 dans une SAS. En revanche, toute clause figurant dans un pacte d'actionnaires ne peut être insérée, modifiée ou supprimée qu'à l'unanimité des signataires du pacte.

**13 - Critère 2 : Confidentialité.** – Les statuts ont pour caractéristique essentielle d'être publics. Ils sont joints au dossier d'immatriculation et toute modification statutaire doit faire l'objet d'une publicité auprès du registre du commerce et des sociétés. Par une simple consultation du site Infogreffe, les tiers peuvent prendre connaissance de statuts. Certaines informations font l'objet d'une diffusion renforcée en figurant dans l'extrait Kbis, et en particulier, « le cas échéant, l'existence de clauses relatives à l'agrément des cessionnaires d'actions et la désignation de l'organe social habilité à statuer sur les demandes d'agrément » (*C. com.*, art. R. 210-4, al. 2, 2°). Compte tenu de ce caractère public, lorsque les parties souhaitent conserver un caractère confidentiel alors stipulations, elles choisissent de les insérer dans un pacte d'actionnaires.

**14 - Critère 3 : Portée au-delà des signataires pour s'imposer aux associés futurs.** – Si une clause d'agrément figure dans les statuts, elle engage tous les associés présents lors de son insertion mais également tous ceux qui rentrent par la suite, même s'ils n'ont pas manifesté une acceptation expresse. En revanche, si elle figure dans un pacte d'actionnaires, même conclu à l'unanimité, elle ne s'impose qu'aux signataires du pacte et les futurs associés ne sont tenus de la respecter que s'ils ont accepté le pacte. La pratique prévoit parfois de soumettre la cession des titres à la ratification du pacte mais une telle clause n'a jamais autant d'efficacité que la simple présence dans les statuts.

**15 - Critère 4 : Opposabilité aux tiers.** – Même si une clause statutaire a fait l'objet d'une publication au RCS, elle ne bénéficie pas d'une opposabilité absolue aux tiers. De façon générale, en cas de distorsion entre la réalité et la publicité au registre du commerce, « la réalité connue l'emporte sur une publicité incorrecte »<sup>32</sup>. Si elle est insérée dans les statuts, la clause d'agrément bénéficie quand même d'une opposabilité supérieure à celle conférée par la forme extrastatutaire. En effet, sous forme extrastatutaire, elle n'est pas opposable aux tiers sauf pour les sociétés cotées, car elle est alors publiée, en application de l'article L. 233-11 qui impose la publication de toute « convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions » (*C. com.*, art. L. 233-11), ou en présence d'une action de concert ou d'un franchissement de seuil.

**16 - Critère 5 : Possibilité pour les tiers de les invoquer.** – À l'inverse de l'opposabilité qui profite aux signataires, si un acte est invocable, alors les tiers pourront eux-mêmes s'en prévaloir pour agir contre ses signataires, c'est-à-dire la société ou ses associés. Contrairement aux statuts, les pactes ne sont pas publiés et les tiers pourront donc plus difficilement les invoquer, car ils en auront rarement connaissance.

22. G. Cornu, *Linguistique juridique* : LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2005, p. 266, n° 66.

23. V. [www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique](http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique).

24. Par ex., *CA Paris*, ch. 3, sect. A, 9 déc. 2003, n° 2002/03991 : *JurisData* n° 2003-229975. – *CA Versailles*, ch. 12, 25 juin 2013, n° 12/01016 : *JurisData* n° 2013-015646.

25. *Cass. com.*, 28 avr. 2004, n° 00-15.003 qui a rejeté le pourvoi contre *CA Paris*, 25<sup>e</sup> ch., sect. B, 18 févr. 2000, n° 1999/16771, qui avait affirmé que « la clause d'agrément comme le droit de préemption résultant d'un pacte d'actionnaires extrastatutaire peut valablement s'appliquer à une fusion-absorption... ». – *Cass. com.*, 17 janv. 2012, n° 10-28.509 : *JurisData* n° 2012-000370.

26. *CA Poitiers*, 2<sup>e</sup> ch. civ., 12 nov. 2002, n° 01/00424 : *JurisData* n° 2002-203560.

27. Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés* : LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2002, § 219.

28. M. Jeantin, *Les clauses de préemption statutaires entre les actionnaires* : JCP E 1991, 49.

29. M.-H. Monsérié-Bon, *Le contrôle des mouvements d'associés, in Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?* : LexisNexis, coll. Act. dr. entr., 2013, n° 30, p. 77-78.

30. *Cass. com.*, 13 févr. 1996, n° 93-21.140.

31. S. Schiller et D. Martin, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés* : LexisNexis, 2018, n° 221 et s.

32. P.-L. Périn et Th. Dupont, note ss *Cass. com.*, 12 mai 2015, n° 14-12.483 : *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 431.

17 - **Critère 6 : Pérennité.** – Si la clause est insérée dans les statuts, elle peut être modifiée à une simple majorité d'AGE, ce qui lui confère une moins bonne pérennité que le pacte qui ne pourra être modifié qu'à l'unanimité.

18 - **Critère 7 : Durée.** – Une clause statutaire, sauf modification, s'applique pendant une durée équivalente à celle de la société, c'est-à-dire le plus souvent 99 ans. Lorsque la clause est insérée dans un pacte extrastatutaire, les parties peuvent choisir entre plusieurs hypothèses. Elle prend fin soit à un terme fixé, soit pour certains événements établis affectant un des signataires, soit sans terme et elle est alors soumise à résolution unilatérale. La durée contractuellement prévue ne peut jamais atteindre 99 ans.

19 - **Critère 8 : Efficacité du régime en cas de violation.** – Lorsqu'elle est sous forme statutaire, la clause d'agrément, tant dans les SARL que les sociétés civiles, les SAS et les SA, est soumise à un régime particulier, qui comprend une disposition relative à l'inexécution dans les SA. L'article L. 228-23 du Code de commerce énonce dans son dernier alinéa que : « Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle ». La règle est très originale pour les SA, mais elle s'applique dans les SAS pour toute cession intervenue en violation d'une disposition quelconque des statuts (C. com., art. L. 227-15). De même, dans les SARL, la nullité sera prononcée dès lors que la procédure d'agrément n'est pas respectée (C. com., art. L. 223-14). Les juges du fond ont admis que la société devait refuser de procéder au transfert des titres sur ses registres<sup>33</sup>. Le cédant conserve alors sa qualité d'associé, tandis que le cessionnaire devient propriétaire des titres<sup>34</sup>. Pour éviter le maintien de cette situation fort inconfortable, il semble que le cessionnaire pourra alors solliciter la résolution de la cession sur le fondement de l'article 1610 du Code civil pour défaut de délivrance des titres cédés. En cas de violation de l'agrément, la contestation de la cession est soumise à une prescription triennale, même en cas de fraude<sup>35</sup> et, a priori, elle n'est acceptée par les juges que si elle est exercée par ceux dont le consentement était requis. Lorsque la cession n'a pas respecté une procédure d'agrément, des cessionnaires non agréés deviennent associés. La nullité ne peut être couverte par une demande d'agrément présentée ultérieurement<sup>36</sup>. Néanmoins, elle est relative et peut donc faire l'objet d'une régularisation, même implicite. Les juges du fond l'avaient accepté pour un nouvel associé qui avait participé aux assemblées générales de la société, sans opposition des autres<sup>37</sup>. La solution est peut-être remise en cause depuis qu'un arrêt de 2015 d'application générale a annulé une délibération sociale prise avec la participation d'associés non agréés, alors même que leur vote n'avait pas eu de réelle influence sur la décision<sup>38</sup>. Une clause d'agrément sous forme extrastatutaire ne bénéficie pas de la même efficacité. Certes, l'exécution forcée a été facilitée par l'ordonnance de réforme du droit des obligations et, désormais, une sous-section entière du Code civil lui est consacrée. Elle débute par un article 1221 qui pose le principe de l'exécution forcée en nature pour toute inexécution contractuelle, en prenant l'exact contre-pied de l'ancien article 1142 qui affirmait, également sous forme de principe, la règle inverse. Désormais, le créancier a le droit, s'il le souhaite, de demander l'exécution en nature dès lors qu'il a adressé au débiteur une « mise en demeure », sans avoir à apporter la preuve ni que l'inexécution est empreinte d'une certaine gravité, ni qu'elle a causé un préjudice

au débiteur<sup>39</sup>. Au-delà de ce principe général, le même article introduit deux limites potentiellement très larges et toute la portée de la nouvelle règle dépendra de l'appréciation de ces exceptions. Tout d'abord, l'exécution en nature est écartée si elle est « impossible ». Par ailleurs, elle est écartée par une seconde limite, plus novatrice, lorsqu'il « existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». L'exécution en nature d'une clause extrastatutaire d'agrément n'est pas impossible, car il est toujours possible d'annuler la cession intervenue en violation de la clause. En revanche, le coût peut s'avérer disproportionné avec l'intérêt du créancier d'imposer son exécution. La preuve souvent délicate risque de maintenir de grande difficulté pour obtenir l'exécution forcée d'une clause d'agrément extrastatutaire et maintenir sur ce point une différence importante avec la clause statutaire dans les SARL, SA et SAS.

Sophie SCHILLER

## B. - En cours de vie sociale : l'exemple de la SAS

Clément BARRILLON

maître de conférences à l'université Paris-Nanterre,  
membre du Centre de droit civil des affaires  
et du contentieux économique (CEDCACE – EA 3457)

20 - En cours de vie sociale, les associés peuvent exprimer le souhait d'insérer ou de modifier une clause d'agrément. La littérature est déjà dense sur le sujet<sup>40</sup> mais des textes récents lui donnent, s'agissant de la société par actions simplifiée, une intensité nouvelle. L'attention sera donc portée sur cette société. Précisons que s'interroger sur l'insertion ou la modification d'une clause d'agrément suppose de se placer en cours de vie sociale car au moment de la création de la société les éventuelles difficultés sont d'une tout autre nature et ne concernent, a fortiori, que l'insertion de la clause. Malgré tout, l'analyse qui sera menée vaut tout autant pour l'introduction de la clause dans les statuts lors de la création de la société.

Le mécanisme d'agrément dans les SAS est susceptible de puiser dans deux sources distinctes : les textes propres à la SAS, peu diserts, et les dispositions communes applicables aux actions. Cette interférence de normes n'existe que pour les SAS. Dans les autres sociétés par actions, le mécanisme de l'agrément est régi par les textes généraux<sup>41</sup> et dans les sociétés de personnes, il est régi par des textes spéciaux, sans chevauchement, dans l'un et l'autre cas, avec d'autres dispositions. La situation de la SAS, sur cette question, est donc singulière et les incertitudes qui en émanent sont multiples.

C'est la raison pour laquelle les praticiens ne se sont pas désintéressés de cette situation et on a le sentiment, depuis quelques années, que deux questions ont plus particulièrement retenu leur attention, la seconde étant directement liée à la première : les règles prévues par les dispositions communes applicables aux actions sont-elles, d'une manière générale, applicables aux SAS ? Plus spécialement, est-il possible d'écarter, dans une SAS, le droit de repentir ainsi que le droit au rachat, prévus par ces dispositions ?

À cet égard, il est intéressant de remarquer que deux textes récents ont supprimé un argument important utilisé pour défendre l'autonomie du régime de l'agrément dans les SAS. Ces textes auraient-ils, alors, modifié les termes du débat ?

33. CA Versailles, 29 sept. 1994 : *RJDA* 1995, n° 30.

34. Cass. com., 27 mars 1990, n° 88-20.356 : *Bull. civ. IV*, n° 102 ; *JurisData* n° 1990-000900 ; *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 442, note P. Le Cannu.

35. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 oct. 2015, n° 14-17.517, inédit : *JurisData* n° 2015-025446 ; *Rev. sociétés* 2016, p. 150, note J.-F. Barbiéri.

36. Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567 : *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *JurisData* n° 2003-018972 ; *RJDA* 2003, n° 837, p. 738.

37. T. com. Paris, ch. 2, 13 mars 2007 : *JurisData* n° 2007-344400.

38. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2015, n° 13-27.248, préc. n° 34.

39. D. Mazeaud, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des obligations* : D. 2016, p. 2477 et s., spéc. § 8. – B. Fages, *Droit des obligations* : *LGDJ*, 2016, spéc. n° 291.

40. V. not. M. Carteron, *Clause d'agrément et intérêt social* : *Rev. sociétés* 1968, p. 261. – A. Couret et C. Perrier, *Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive* : *BJS* 1999, n° 110, p. 523. – B. Saintourens, *Le nouveau droit des clauses d'agrément* : *Rev. sociétés* 2004, p. 611. – A. Theimer, *Les clauses d'agrément*, *JCP E* 2005, 1857. – D. Poracchia, *Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions – questions contemporaines*, in *Mél. M. Germain* : *LexisNexis*, 2015, p. 679.

41. C. com., art. L. 228-23 et L. 228-24. – V. *infra*.

Les lignes qui vont suivre se proposent de discuter ces questions, en intégrant le contexte normatif contemporain. Il apparaît ainsi qu'en dépit de l'indépendance de principe du régime de l'agrément dans la SAS (1°) pèse sur ce régime une forme de dépendance résiduelle (2°).

### 1° L'indépendance de principe du régime de l'agrément dans la SAS

21 - S'il existe deux régimes distincts, potentiellement applicables de façon cumulative (a), il semble néanmoins que le mécanisme de l'agrément dans la SAS ait été conçu comme un mécanisme autonome (b).

#### a) Régime général et régime spécial

22 - À l'examen de l'agencement des textes dans le Code de commerce, il apparaît que le mécanisme de l'agrément dans la SAS est susceptible d'être régi par deux séries de dispositions. Les dispositions communes applicables à toutes les actions (*C. com.*, art. L. 228-7 et s.), d'une part. Les dispositions propres à la SAS<sup>42</sup>, d'autre part. Parmi les dispositions communes applicables à toutes les actions, figurent les articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce. Ces textes constituent, à eux deux, le droit commun du mécanisme de l'agrément, applicable à toutes les sociétés par actions dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé.

23 - Selon l'article L. 228-23 du Code de commerce, « dans une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts.

*Une clause d'agrément ne peut être stipulée que si les titres sont nominatifs en vertu de la loi ou des statuts.*

*Cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant.*

*Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsqu'une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé réserve des actions à ses salariés, dès lors que la clause d'agrément a pour objet d'éviter que lesdites actions ne soient dévolues ou cédées à des personnes n'ayant pas la qualité de salarié de la société.*

*Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle ».*

24 - L'article L. 228-24 du Code de commerce dispose, pour sa part, que « si une clause d'agrément est stipulée, la demande d'agrément indiquant les nom, prénoms et adresse du cessionnaire, le nombre des titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital dont la cession est envisagée et le prix offert, est notifiée à la société. L'agrément résulte, soit d'une notification, soit du défaut de réponse dans un délai de trois mois à compter de la demande.

*Si la société n'agrée pas le cessionnaire proposé, le conseil d'administration, le directoire ou les gérants, selon le cas, sont tenus, dans le délai de trois mois à compter de la notification du refus, de faire acquérir les titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, soit par un actionnaire ou par un tiers, soit, avec le consentement du cédant, par la société en vue d'une réduction du capital. A défaut d'accord entre les parties, le prix des titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital est déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil. Le cédant peut à tout moment renoncer à la cession de ses titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital. Toute clause contraire à l'article 1843-4 dudit code est réputée non écrite.*

*Si, à l'expiration du délai prévu à l'alinéa précédent, l'achat n'est pas réalisé, l'agrément est considéré comme donné. Toutefois, ce délai peut être prolongé par décision de justice à la demande de la société ».*

25 - Les dispositions cumulées de ces deux textes façonnent un régime qui apparaît comme étant complet. Il prévoit les situations dans lesquelles une clause d'agrément peut être stipulée et celles dans lesquelles cette possibilité n'est pas offerte. Il détaille la procédure d'agrément qui doit être respectée et cette procédure est d'autant plus précise que l'article R. 228-23 du Code de commerce vient en complément de ces deux textes de loi. Les droits du cédant sont évoqués et les hypothèses possibles (agrément ou refus d'agrément) sont envisagées.

Cet effort de précision contraste avec la concision des dispositions propres à la SAS. Un seul texte<sup>43</sup>, l'article L. 227-14 du Code de commerce, fait référence à l'agrément dans cette société. Selon celui-ci, « les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société ». Ce texte suscite chez le lecteur deux sentiments contradictoires. D'un côté, sa concision peut laisser penser que le régime général de l'agrément est pleinement applicable. En somme, on dirait peu pour dire par renvoi. De l'autre, sa présence pourrait indiquer que le régime général a, au contraire, été écarté par le législateur car, à défaut, on comprendrait mal la raison de la présence du texte. De ces sentiments contradictoires, naissent en définitive deux interrogations : l'existence de l'article L. 227-14 traduit-elle une volonté du législateur de rappeler que les clauses d'agrément sont possibles dans la SAS tout en renvoyant, incidemment, au régime général ? Ou est-ce plutôt une manière de déroger au régime des articles L. 228-23 et L. 228-24 du même code ? Nous allons voir que la seconde lecture peut être défendue, y compris à la suite de la réforme souhaitée par la loi dite « Sapin II ».

#### b) L'autonomie du régime spécial

26 - S'interroger sur l'autonomie de l'article L. 227-14 par rapport au régime général de l'agrément dans les sociétés par actions n'est pas une préoccupation inutile. Car si l'autonomie est défendue, c'est le principe de la liberté statutaire qui ressurgit. En revanche, si un lien de dépendance est établi, ce lien est susceptible de contraindre les rédacteurs de statuts de SAS qui devront se conformer aux prescriptions du régime général. Leur liberté n'existerait qu'à la marge. Quelle analyse faut-il suivre ?

La question a été discutée en doctrine et elle l'est toujours. Il semble pourtant que les opinions aient évolué au cours des années.

Au lendemain de l'introduction de la SAS en droit français<sup>44</sup>, les auteurs penchaient plutôt pour l'applicabilité de l'article L. 228-24<sup>45</sup> à cette société<sup>46</sup>. Mais aujourd'hui, les opinions sont différentes. Certains considèrent que l'article L. 228-24 est partiellement applicable à la SAS, même si ce n'est que de façon résiduelle<sup>47</sup>. D'autres excluent purement et simplement son application à la SAS au nom de « la nature même de la SAS qui porte à croire que l'article L. 227-14 revêt une réelle autonomie par

43. Trois dispositions non spécifiques à l'agrément viennent néanmoins en renfort de celui-ci : *C. com.*, art. L. 227-15 (sanction), L. 227-18 (1843-4) et L. 227-19 (adoption ou modification).

44. L. n° 94-1, 3 janv. 1994 instituant la société par actions simplifiée.

45. Ancien article 275 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

46. En ce sens : Y. Guyon, *Présentation générale de la société par actions simplifiée* : *Rev. sociétés* 1994, p. 207, spéc. n° 19. - J.-J. Daigre, *Les clauses relatives à la cession des actions* : *Cah. dr. entr.* 1994, n° 2, p. 15. - M. Germain, *La société par actions simplifiée* : *JCP E* 1994, I, 341, spéc. n° 32, ce dernier apparaissant néanmoins plus hésitant sur ce point.

47. M. Germain et P.-L. Périn, *SAS, La société par actions simplifiée* : *Joly éd.*, 6<sup>e</sup> éd., 2016, p. 235, n° 368. Ces auteurs considèrent que les points qui touchent à l'ordre public, au sein du régime général, sont applicables à la SAS. - V. également P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés* : *LGDJ*, 6<sup>e</sup> éd., 2015, p. 680, n° 1040 et s.

42. Un seul article est réellement consacré à la procédure d'agrément : *C. com.*, art. L. 227-14.

rapport aux articles L. 228-23 et L. 228-24 »<sup>48</sup>. D'autres, enfin, considèrent que ces textes ne seraient applicables que de façon supplétive, c'est-à-dire uniquement en cas de silence des statuts<sup>49</sup>. Quelle position faut-il suivre aujourd'hui ?

27 - Il est vrai qu'avec les premiers commentateurs de la loi instituant la SAS, on peut songer au fait que les articles L. 228-23 et L. 228-24 figurent au sein d'une section du Code de commerce intitulée « *des actions* », applicable à toutes les sociétés par actions. Ces textes sont donc, par principe, applicables aux actions de la SAS. Or, le principe *specialia generalibus derogant* ne pourrait pas être opposé puisque l'article L. 227-14 ne déroge pas vraiment à l'article L. 228-24. Au contraire, les textes paraissent presque se compléter puisque le premier prévoit que « *les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société* » et que le second précise que « *si une clause d'agrément est stipulée, la demande d'agrément indique les nom, prénoms [...]* ». En somme, selon cette articulation, le premier rappellerait la possibilité de stipuler une clause d'agrément dans la SAS et le second en préciserait le régime. Cette lecture ferait sens puisque les actions de SAS sont des valeurs mobilières soumises, par définition, au principe de libre négociabilité. On aurait donc pu juger nécessaire de prévoir spécialement la possibilité de stipuler une clause d'agrément puisque cette dernière est une exception au principe de la négociabilité. Et les exceptions doivent toujours être précisées au cas par cas. Ceci étant, en réponse, on objectera que l'article L. 228-23 prévoit déjà la possibilité d'insérer une clause d'agrément dans les sociétés par actions. Dès lors, était-il nécessaire de rappeler cette possibilité de façon spécifique dans les SAS ? On peut en douter. L'article L. 227-14 serait donc inutile ? Ceci est peu probable. La raison de sa présence est sans doute ailleurs.

28 - Si ce texte existe, en plus des deux articles qui figurent dans les dispositions générales, cela ne traduit-il pas plutôt la volonté du législateur d'instituer un régime d'agrément autonome dans les SAS ? L'absence de précision sur le régime de cet agrément conduirait ainsi à penser que le silence gardé par le législateur est signe de liberté : le législateur n'a pas entendu rappeler que l'agrément est possible dans les SAS, mais a consacré, par la présence et la brièveté de l'article L. 227-14, un régime distinct, dirigé par le principe de liberté contractuelle.

Cette analyse est bien celle qui a été suivie au moment de l'adoption des textes relatifs à la SAS. En effet, la question a été posée par un député, M. De Roux, qui s'interrogeait sur le régime de l'agrément que le Parlement s'appropriait à instituer : fallait-il reprendre celui de l'article L. 228-24 qui existait déjà ou s'en remettre à la liberté des statuts ? Le Sénat a tenté d'introduire un dispositif similaire à celui de l'article L. 228-24 dans l'article L. 227-14, mais celui-ci a été supprimé par l'Assemblée nationale au motif que les règles relatives à l'agrément dans la SAS « relèvent clairement des statuts et non de la loi »<sup>50</sup>. L'esprit dans lequel a été construit ce texte est donc très net.

Par ailleurs, on pourrait se demander si cette analyse ne serait pas confirmée par l'article L. 227-18 du code prévoyant le recours à l'expert de l'article 1843-4 : comment expliquer la présence de ce texte dans les dispositions relatives à la SAS alors que cette règle est déjà prévue par l'article L. 228-24 ? Si ce dernier texte était applicable à l'agrément dans la SAS, pour quelle raison aurait-on introduit l'article L. 227-18 ? Il aurait fallu exclure le renvoi de ce texte à l'article L. 227-14 si l'application de l'article 1843-4 du Code civil était déjà imposée par un autre texte applicable (en l'occurrence, l'article L. 228-24). On peine à penser qu'il s'agisse

d'une redite. Sans doute la présence de ce texte confirme-t-elle plutôt la liberté laissée aux rédacteurs des statuts de SAS pour modeler à leur guise la clause d'agrément, en marge de l'article L. 228-24. Pour autant, le législateur a souhaité que ceux-ci ne puissent pas se soustraire au recours à l'expertise. La présence d'une disposition spécifique dans la SAS conduit donc à penser que cette règle n'était pas applicable sans un tel texte. Cela paraît confirmer que, dans l'esprit du législateur, l'article L. 228-24 ne s'appliquait pas d'office à la SAS. Ainsi, l'agencement des textes paraît confirmer que la volonté en 1994, lors de l'introduction en droit français des dispositions relatives à la SAS, était de ne pas transposer à ces sociétés les règles existantes pour les autres sociétés par actions, figurant au sein des articles L. 228-23 et L. 228-24.

29 - Ces arguments étaient autrefois soutenus par une idée forte, tirée de l'exigence d'unanimité pour adopter ou modifier une clause d'agrément dans une SAS<sup>51</sup>. Cette idée était la suivante : « une telle unanimité, qui n'est pas en principe requise pour permettre l'insertion et la modification d'une clause d'agrément dans les autres sociétés par actions, se justifie si l'on accepte de donner aux associés le pouvoir de modeler une clause d'agrément particulière, plus contraignante notamment que celle envisagée aux articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce et qui, du fait de son originalité, suppose que tous les associés soient d'accord tout à la fois pour l'insérer dans les statuts, mais également pour la modifier »<sup>52</sup>. Néanmoins, l'ordonnance du 4 mai 2017<sup>53</sup>, prise sur habilitation de la loi dite « Sapin II »<sup>54</sup>, a supprimé cette exigence. La référence à l'article L. 227-14 au sein de l'article L. 227-19, qui imposait l'unanimité, a été supprimée. L'unanimité n'est donc plus obligatoire mais les statuts peuvent l'imposer. Par ailleurs, un second alinéa a été ajouté à ce texte : « *les clauses statutaires mentionnées à l'article L. 227-14 ne peuvent être adoptées ou modifiées que par une décision prise collectivement par les associés dans les conditions et formes prévues par les statuts* ». Cet ajout est destiné à éviter que la décision puisse être prise par le président de la SAS sans consulter les associés.

30 - L'argument reposant sur l'unanimité ne peut donc plus, aujourd'hui, être utilisé en renfort de l'analyse qui précède. Mais, pour autant, cela ne paraît pas affaiblir la démonstration. Les discussions préalables à l'adoption de la loi instituant la SAS, l'existence de l'article L. 227-14 ainsi que les dispositions de l'article L. 227-18 du Code de commerce, militent pour l'autonomie du régime de l'agrément dans la SAS. Selon toute vraisemblance, ce régime a été conçu pour laisser une large place à la liberté statutaire. La seule règle du régime général que le législateur souhaitait imposer aux rédacteurs des statuts est celle qui a été expressément transcrite dans les textes relatifs à la SAS, par l'article L. 227-18, c'est-à-dire le recours à l'expert de l'article 1843-4 du Code civil. Pour les autres règles, rien n'est dit. Ce silence, par opposition au discours de l'article L. 227-18, semble indiquer que les rédacteurs de clauses d'agrément, dans la SAS, jouissent d'une liberté de principe en dehors des règles concernant l'article 1843-4 du Code civil.

Il semble ainsi que la construction des textes révèle un souhait assez net de consacrer l'autonomie du régime de l'agrément dans la SAS. Et si cette autonomie n'a pas été plus clairement affirmée à l'époque, c'est probablement parce que cela était sous-entendu par la philosophie d'ensemble de la SAS : on instituait une société nouvelle, imprégnée de liberté. Fallait-il rappeler ce principe pour chaque mécanisme ?

48. L. Godon, *La société par actions simplifiée* : LGDJ, 2014, p. 608, n° 805. – V. également A. Couret, A. Charvériat et B. Zabala, *Mémento sociétés commerciales* : Éd. Francis Lefebvre, 2017, n° 60700. – B. Dondero, note ss Cass. com., 17 janv. 2012, n° 09-17.212 : BJS 2012, p. 310, dernier § du I.

49. V. not. M. Jeantin, *Les associés de la société par actions simplifiée* : Rev. sociétés 1994, p. 223, spéc. n° 30.

50. Rapp. AN, n° 258, p. 14.

51. Unanimité qui était requise par l'article L. 227-19 du Code de commerce.

52. D. Poracchia, *Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions – questions contemporaines*, art. préc. n° 39, spéc. p. 681.

53. Ord. n° 2017-747, 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés.

54. L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

L'autonomie du mécanisme de l'agrément dans les SAS, par rapport au régime prévu par les articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce, peut donc bel et bien être défendue. Pour autant, il ne semble pas que cette autonomie soit absolue. Dès lors que les textes sont susceptibles de se compléter, il paraîtrait parfaitement justifié de faire ressurgir le spectre des articles L. 228-23 et L. 228-24, en cas de silence des statuts d'une SAS. Plus exactement, si ceux-ci se limitent à rappeler qu'un mécanisme d'agrément est prévu, sans véritablement préciser son régime, il y a tout lieu de penser que le mécanisme de droit commun doit trouver application. Cela serait justifié puisque ce régime s'applique par hypothèse à toutes les sociétés par actions. Il paraît donc possible d'affirmer que, du point de vue de la SAS, ces textes présentent un caractère supplétif.

31 - En définitive, il semble que le régime de l'agrément dans la SAS ait été pensé comme un régime dérogatoire. Dans l'absolu, les rédacteurs de statuts pourraient donc s'abstraire des dispositions des articles L. 228-23 et L. 228-24. Mais en même temps, on voit mal que, dans le silence des rédacteurs des statuts d'une SAS, il soit refusé l'application de ces deux textes à l'agrément dont seul le principe aurait été prévu. Ceci conduirait à penser que les articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce ont, s'agissant de la SAS, une vocation supplétive d'application. Ils ne s'appliqueraient donc qu'en cas de silence.

Mais est-ce à dire, a contrario, que la liberté des rédacteurs est totale ? Si, a priori, ils ne sont pas tenus par les termes des articles L. 228-23 et L. 228-24 qui ne saisiraient que leur silence, leur liberté peut-elle être rattrapée par certains mécanismes inclus dans ces textes mais prenant leur source dans des principes généraux du droit des sociétés ? Concrètement, cela signifierait que les rédacteurs de statuts de SAS pourraient déroger à tout, sauf à ces règles. C'est ce qu'il convient maintenant d'examiner.

## 2° La dépendance résiduelle du régime de l'agrément dans la SAS

32 - En substance, les articles L. 228-23 et L. 228-24 définissent le champ et la sanction des clauses d'agrément, établissent la procédure, consacrent un droit au rachat et un droit de repentir pour le cédant, et renvoient à l'article 1843-4 du Code civil en cas de blocage. Parmi ces dispositions, trois étaient susceptibles de puiser leur fondement dans des principes généraux et donc de contraindre les rédacteurs de statuts de SAS. De ces trois, il faut ôter l'article 1843-4, rendu obligatoire pour l'agrément dans les SAS par un texte spécial. Il ne reste donc que le droit de repentir (a) et le droit au rachat (b).

### a) La question du droit de repentir

33 - L'article L. 228-24 du Code de commerce prévoit qu'en cas de refus d'agrément, « le cédant peut à tout moment renoncer à la cession de ses titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital »<sup>55</sup>. Le texte confère donc au cédant ce que l'on a dénommé un « droit de repentir ». La légitimité de ce droit est parfois contestée<sup>56</sup>. D'où la tentation, dans la SAS, de l'écartier dans les statuts. Mais est-ce possible ?

L'analyse qui précède conduirait normalement à conclure que le droit de repentir du cédant ne s'impose pas en matière de SAS. Telle est l'opinion de plusieurs auteurs<sup>57</sup>. Les statuts seraient donc

libres de le prévoir ou de l'exclure. Mais d'autres auteurs semblent plus circonspects et attachent au droit de repentir un caractère impératif qui puiserait dans la jurisprudence passée rendue à propos de la société anonyme<sup>58</sup>. Selon eux, « au regard de cette expérience historique en matière de société anonyme, il paraîtrait logique de considérer que ce droit doit subsister aussi dans la SAS »<sup>59</sup>.

34 - Néanmoins, cette dernière analyse postule ici encore une identité de situations entre la SA et la SAS. Or, il a été observé pour quelles raisons le doute devait s'installer devant une telle affirmation. À notre avis, la solution en matière de SA ne devrait pouvoir être transposée à la SAS que si un principe général permet de dépasser la frontière qui existe entre la SA et la SAS en matière d'agrément. Par exemple, il pourrait être considéré que le droit de demeurer associé impose de maintenir le droit de repentir car, à défaut, cela signifierait que toute demande d'agrément dans une SAS conduirait à un départ de l'associé. Mais on voit mal qu'un tel raisonnement puisse être soutenu en matière de SAS, tant on sait que ces sociétés sont le siège des clauses d'exclusion (C. com., art. L. 227-16). L'existence d'un droit fondamental de demeurer associé d'une SAS apparaît très discutable<sup>60</sup>. Et dès lors que l'on considère que ce droit est inexistant dans la SAS, comment est-il possible de défendre l'impérativité du droit de repentir ? Il n'est pas évident d'identifier d'autres droits fondamentaux permettant de soutenir cette idée. Donc, à défaut de principe général imposant de reproduire le droit de repentir existant au sein de l'article L. 228-24, il n'est pas certain qu'il s'impose dans les SAS.

Sans rechercher parmi les principes généraux, ne faudrait-il pas alors raisonner en termes de conséquences ? La question de la possibilité ou non de supprimer conventionnellement le droit de repentir avait été posée à la Chancellerie en 1969. La réponse avait été la suivante : refuser son droit de repentir au cédant qui n'a pas été agréé « aboutirait à créer un droit de préemption en faveur de la société que le législateur n'a pas prévu »<sup>61</sup>. Il est vrai que la société aurait, dans cette hypothèse, l'entière maîtrise de l'acquisition des titres dès que la procédure d'agrément est déclenchée par le cédant. Et l'on conçoit alors très bien que la réponse ministérielle soit en ce sens puisque le droit de repentir a été expressément prévu dans des dispositions communes, et son caractère impératif exclut corrélativement l'idée d'un droit de préemption<sup>62</sup>. Mais dès lors que le régime des articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce est rendu supplétif dans la SAS, le fait qu'un droit de préemption puisse être créé au profit de la société ne peut plus être considéré comme étant interdit par la loi. L'argument de la création d'un droit de préemption, par l'effet de la suppression du droit de repentir, ne paraît donc pas dirimant dans la SAS, alors qu'il l'est dans les SA et dans les SCA.

35 - On le comprend donc il existerait une différence importante de régime entre, d'une part, les SA et les SCA (dans lesquelles le cédant disposerait toujours du droit de renoncer à la vente en cas de refus d'agrément) et, d'autre part, la SAS (dans laquelle le cédant pourrait être lié par sa décision initiale de vendre). Au fond, ce résultat est-il dérangeant ? Pas nécessairement. Davantage institutionnelles, les SA et SCA sont imprégnées d'ordre public. Ce n'est pas le cas de la SAS qui a été bâtie sur une tout autre logique. L'ordre public n'occupe pas la même place. Dans ces conditions, pourquoi ne pas admettre qu'effectivement, un cédant qui mani-

55. Ce droit a été introduit par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières.

56. R. Mortier, *Contre le droit de repentir en droit des sociétés* : *Rev. sociétés* 2009, p. 547.

57. M. Jeantin, *Les associés de la société par actions simplifiée*, préc. n° 48. – L. Godon, *La société par actions simplifiée*, préc. n° 47, spéc. p. 612, n° 809. – V. également apparemment en ce sens : D. Poracchia, *Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions – questions contemporaines*, préc. n° 39. – Adde, plus nuancé mais admettant quand même la suppression : P. Le Cannu, *Société par actions simplifiée* : *Rép. soc.*, Dalloz, févr. 2000, spéc. n° 195.

58. V. not. Cass. com., 10 mars 1976 : *Rev. sociétés* 1976, p. 332, note J. Hémar. 59. M. Germain et P.-L. Périn, *SAS, La société par actions simplifiée*, op. cit., p. 238, n° 370.

60. V. not. sur le sujet : A. Couret, *Unanimité et clauses statutaires d'exclusion*, Mél. J.-J. Daigre : *Éd. Joly*, 2017, à paraître, spéc. n° 10 et s. – J. Granotier, *L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ?* : *JCP G* 2012, 653. – V. plus gén. A. Tadros, *La jouissance des titres sociaux d'autrui* : Dalloz, 2013, préf. Th. Revet, p. 79, n° 66. – J.-J. Daigre, *La perte de la qualité d'actionnaire*, in *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* : *Rev. sociétés* 1999, p. 535.

61. Rép. min. n° 3241 : *JOAN* 1<sup>er</sup> févr. 1969, p. 267.

62. V. C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption* : *LGDJ*, 1979.

festes son intention de céder ses titres, puisse être, par la volonté des statuts, définitivement lié par son choix ? Sur le terrain du droit des sociétés, cela paraît concevable.

36 - Reste à se demander ce qu'il adviendrait si un cédant plaiderait sur le terrain des articles 1582 et 1583 du Code civil, ou même sur celui de l'article 1102 du même code, son droit de renoncer à la vente. Selon le droit commun de la vente, le vendeur ne peut être contraint de remettre son bien à un tiers que s'il y a accord sur la chose et sur le prix. Que dire, donc, au cédant qui refuserait finalement de céder ses titres après un refus d'agrément et qui invoquerait un « droit de repentir » tiré du droit commun de la vente ou plus généralement, du principe de liberté contractuelle ? Il ne faut pas oublier que tout contractant dispose du droit de choisir son cocontractant. La règle est aujourd'hui expressément affirmée par le Code civil<sup>63</sup>, même si elle est souvent malmenée<sup>64</sup>. Cet argumentaire a peut-être des chances d'emporter la conviction dans les prétoires, et ce d'autant plus que la Cour de cassation s'est déjà fondée sur ces textes pour consolider l'existence du droit de repentir du cédant dans la SA<sup>65</sup>. Sur le terrain du droit des contrats, donc, les arguments sont plus troublants qu'ils ne le sont sur celui du droit des sociétés. Sont-ils, pour autant, réellement infranchissables ? Renoncer par anticipation à sa liberté contractuelle n'est-il pas fréquent dans les pactes d'associés ? Oui, répondra-t-on mais, le pacte d'associé est accepté par le cédant, ce qui n'est pas nécessairement le cas de la clause des statuts qui supprime le droit de repentir. Et pour cause, ressurgit ici la réforme issue de la loi Sapin II. Désormais, une clause d'agrément peut être insérée ou modifiée à la majorité et non plus à l'unanimité. Ceci a pour conséquence qu'elle peut être imposée à un associé. Si la clause (nouvelle ou modifiée) ne comporte aucun droit de repentir, cela reviendrait à lui faire renoncer sans son consentement et par anticipation à sa liberté de choisir son contractant. Le schéma devient douteux. En effet, en dehors de quelques cas prévus par la loi, le droit des contrats ne semble pas permettre de supprimer de force et par anticipation la liberté qui appartient à tout contractant de choisir son cocontractant<sup>66</sup>. Par suite, à supposer que la suppression du droit de repentir soit licite au regard des règles du droit des contrats, il faudrait, selon nous, *a minima*, que la clause ait recueilli le consentement de l'associé cédant<sup>67</sup> et donc que la clause d'agrément ait été adoptée à l'unanimité<sup>68</sup>.

37 - En définitive, aucune règle du droit des sociétés ne paraît s'opposer à ce que les statuts d'une SAS suppriment le droit de repentir, mais il n'est pas certain que cette pratique résiste aux règles du droit de la vente ou du droit commun des contrats. L'analyse des juges pourrait, ainsi, différer selon le terrain sur lequel est porté le débat. Si, en revanche, les statuts sont silencieux sur le sujet, cela renvoie aux paragraphes qui précèdent : il y a toutes les raisons de penser que le mécanisme des articles L. 228-23 et L. 228-24 trouve à s'appliquer, en ce inclus, le droit de repentir. Qu'en est-il, à présent, du droit au rachat ?

#### b) La question du droit au rachat

38 - On l'a vu, si l'on s'en tient aux seuls principes du droit des sociétés, le droit de repentir ne semble pas présenter un caractère impératif au-delà des seules SA et SCA car il ne paraît fondé que sur le droit de demeurer associé et ce droit n'en est pas réellement

un dans la SAS. En revanche, le raisonnement est différent s'agissant du droit au rachat car ce dernier ne découle pas du droit de demeurer associé mais de celui de quitter la société. Pour autant, la même question se pose : le droit de quitter la société est-il un droit inhérent à la qualité d'associé dont la légitimité serait telle que ce droit gagnerait la SAS et imposerait aux rédacteurs de statuts de prévoir un mécanisme de rachat en cas de refus d'agrément ?

Intuitivement, on peine à contester la légitimité du droit de quitter la société<sup>69</sup> alors qu'on le fera avec moins d'hésitation pour le droit de demeurer associé. En d'autres termes, il semble plus naturel de soutenir qu'un associé peut revendiquer le droit de quitter la société, plutôt que de soutenir qu'il a le droit de demeurer dans la société.

Et pour cause, trop de mécanismes de sortie du capital existent en droit des sociétés, et a fortiori dans les sociétés par actions, pour que l'on puisse contester l'existence d'un droit fondamental à quitter la société<sup>70</sup>. Parmi ces mécanismes, il est possible de songer aux cessions de titres sociaux, aux programmes de rachat d'actions ainsi qu'au remboursement de titres<sup>71</sup>. En outre, refuser de reconnaître l'existence du droit de quitter la société pourrait heurter frontalement la prohibition des engagements perpétuels<sup>72</sup> puisque l'on sait que la durée de vie d'une société peut être de 99 ans (*C. civ.*, art. 1838), et que cette durée est renouvelable (*C. civ.*, art. 1844-6). Enfin, la jurisprudence fait souvent référence au droit de sortir de la société et condamne par la nullité les clauses qui privent l'actionnaire de toute possibilité de sortie<sup>73</sup>. Pour ces trois raisons principales, et sans nécessairement aller jusqu'à évoquer un « droit propre » ou un « droit fondamental », il semble bel et bien exister un droit pour tout associé de quitter la société.

39 - Mais ce droit vaut-il aussi pour l'associé d'une SAS ?

La possibilité de stipuler des clauses d'inaliénabilité pourrait conduire certains à démentir l'existence d'un droit de quitter la SAS. Par comparaison, la possibilité de stipuler des clauses d'exclusion nous avait conduits à nier l'existence d'un droit de demeurer associé dans cette forme sociale. Mais, étonnamment, on n'accorde pas aux clauses d'inaliénabilité la même portée que ces dernières. Les premières sont considérées comme des exceptions au principe tandis que les secondes auraient la force de renverser le principe. Ainsi, en dépit de la possibilité de stipuler des clauses d'inaliénabilité dans les statuts de SAS, les auteurs considèrent très majoritairement que l'associé a un droit de quitter la SAS et donc d'obtenir le rachat de ses actions<sup>74</sup>. En d'autres termes, la possibilité de stipuler des clauses d'inaliénabilité dans la SAS ne paraît pas fonder l'existence d'une obligation pour l'associé de la SAS de demeurer dans la société. On ne saurait, à notre avis, considérer qu'un associé est le prisonnier du contrat de société. La logique qui préside à l'acquisition de la qualité d'associé est très différente et le principe d'intangibilité de l'apport n'a pas une telle signification.

Par voie de conséquence, et dans la mesure où il ne paraît pas envisageable de considérer que la possibilité de stipuler des clauses d'inaliénabilité crée une obligation générale de fidélité pour l'associé de SAS, nous sommes d'avis que le droit pour l'associé de quitter la société vaut également pour cette forme sociale. Et s'il vaut également pour cette forme sociale, l'associé doit pouvoir exiger

63. *C. civ.*, art. 1102 issu de l'Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

64. V. not. A. Bénabent, *Droit des obligations* : 16<sup>e</sup> éd., 2017, p. 44, n° 36.

65. *Cass. com.*, 10 mars 1976 : *Rev. sociétés* 1976, p. 332, note J. Hémar.

66. Outre certains cas prévus par la loi. V. spéc. R. Morel, *Le contrat imposé in Mél. Ripert*, 1950, t. II, p. 116. – L. Jossierand, *Le contrat forcé et le contrat légal* : *DH* 1940, p. 5. – P. Durand, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel* : *RTD civ.* 1944, p. 73.

67. V. gén. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* : *LGDJ*, 12<sup>e</sup> éd., 2017, p. 70, n° 61 et s.

68. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 rappelle cette possibilité : « l'unanimité, bien que non obligatoire, pourra toujours être imposée par les statuts ».

69. D'ailleurs solennellement affirmé s'agissant des associations, au nom du principe de liberté contractuelle. V. *Cass. ass. plén.*, 9 févr. 2001, n° 99-17.642 : *Bull. civ.* III, p. 385.

70. V. spéc. à ce sujet : *Quel avenir pour le capital social* : Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, dir. H. Le Nabasque et A. Couret, 2004.

71. Sur cette distinction, V. R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux* : *Dalloz*, 2003, p. 227 et s. ; *Opérations sur capital social* : *LexisNexis*, 2<sup>e</sup> éd., p. 441, n° 730 et s.

72. V. not. A. Bénabent, *Droit des obligations*, préc. n° 63, spéc. p. 270, n° 329.

73. V. not. *Cass. com.*, 22 oct. 1969 : *Bull. civ.* IV, n° 307.

74. V. not. A. Couret, A. Charvériat et B. Zabala, *Mémento sociétés commerciales*, préc. n° 47, spéc. n° 60702. – P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, préc. n° 46, spéc. n° 1042. – M. Germain et P.-L. Périn, *SAS, La société par actions simplifiée*, préc. n° 58, spéc. p. 238, n° 369 et l'ensemble des auteurs cités note 169.

le rachat de ses actions en cas de refus d'agrément. Le droit au rachat paraît donc s'imposer dans la SAS de même qu'il s'impose dans les SA et dans les SCA. Ce droit doit être effectif mais, pour autant, rien ne paraît imposer que la règle prévue par l'article L. 228-24 soit retranscrite en l'état. Notamment, les statuts de la SAS pourraient prévoir que le rachat aura lieu dans un délai autre que celui prévu pour les SA et les SCA (3 mois à compter de la notification du refus). Ce délai pourrait à notre avis être réduit, ou augmenté mais, dans ce dernier cas, le délai ne devra pas être excessif sous peine de priver d'efficacité le droit pour tout associé de quitter la société.

40 - En conclusion, tout ceci conduit à considérer que la liberté des rédacteurs de clauses d'agrément dans la SAS est, par construction, relativement étendue, mais il faudrait immédiatement faire exception à cette liberté s'agissant du droit au rachat qui semble s'imposer en toutes circonstances. S'agissant du droit de repentir, l'analyse est plus sensible. S'il est susceptible de s'imposer dans les SAS, il semble que cela soit davantage en raison des règles du droit des contrats qu'en raison de celles du droit des sociétés. En effet, à première vue et si l'on ne considère que les règles du droit des sociétés, le droit de repentir semble pouvoir être supprimé dans la SAS, sans véritablement d'obstacles. Mais qu'advierait-il si un cédant invoquait les règles du droit des contrats pour renoncer à la cession ? Le cessionnaire proposé par le cédant n'ayant pas été agréé par la société, ce dernier devrait, selon ces règles, recouvrer sa liberté de vendre. Peut-on valablement lui ôter ce droit sans heurter le principe de la liberté contractuelle ou les règles du droit de la vente ? Cela pourrait être envisagé si la clause a été préalablement acceptée par le cédant<sup>75</sup>. Mais cela devient très contestable si la clause lui a été imposée, notamment en appliquant la règle d'adoption issue de la loi Sapin II et de l'ordonnance du 4 mai 2017. Car, même si la qualité d'associé implique la soumission aux statuts, le droit des contrats, outre quelques cas prévus par la loi, ne semble pas permettre de supprimer de force et par anticipation la liberté qui appartient à tout contractant de choisir son cocontractant.

Au résultat, à suivre cette analyse, la liberté de rédaction d'une clause d'agrément dans une société par actions simplifiée concernerait, *a minima*, le champ d'application de la clause (qui pourrait donc être prévue en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession à un conjoint, ascendant ou descendant, à la différence des autres sociétés par actions) ainsi qu'à la procédure qui devrait être suivie (principalement : délais et formalités de dépôt de la demande, procédure d'examen de celle-ci, organe compétent et délai au terme duquel l'agrément est considéré comme étant donné après le refus d'agrément en l'absence de rachat). En revanche, la suppression du droit au rachat ne semble pas possible et la suppression du droit de repentir, même si elle peut être défendue, n'est pas sans risque

Clément BARILLON

Quelle forme peuvent prendre les « débordements » des clauses d'agrément présentes dans les statuts de SAS ? par **Bruno DONDERO**, agrégé des facultés, professeur à l'École de droit de la Sorbonne

Concrètement, il peut advenir que la clause prévue par les statuts d'une SAS s'applique à toutes les cessions, y compris en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession à un conjoint, à un ascendant ou à un descendant, alors que l'article L. 228-23 dispose expressément que dans toutes ces hypothèses, la clause d'agrément « est écartée » (al. 3).

Il peut également advenir que les statuts de la SAS ne suivent pas la règle du double délai de 3 mois édictée par l'article L. 228-24. Ce texte prévoit comme on le sait un premier délai de 3 mois pour que la société réponde à la demande d'agrément lorsque celle-ci lui a été notifiée, et un second délai de trois mois à compter du refus d'agrément pour qu'il soit procédé au rachat des actions du cédant. Il se pourrait encore que les statuts d'une SAS ne prévoient pas d'intervention de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil en cas de désaccord sur le prix, mais qu'ils prévoient au contraire une modalité de calcul du prix prédéterminée. Il est enfin concevable que les statuts d'une SAS ne prévoient pas de droit de repentir pour le cédant. La clause d'agrément se transformerait alors en véritable clause d'exclusion, puisque celui qui exprime l'intention de céder ses actions et qui se heurte à un refus d'agrément se trouverait contraint de céder à la société ou à la personne désignée par elle, et à un prix fixé par l'expert de l'article 1843-4 ou convenu différemment.

La question doit donc être posée clairement : est-il possible que les statuts d'une SAS dérogent comportent une clause d'agrément dérogeant aux règles prévues par les articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce ?

En sens négatif, on peut prendre en compte le fait que les articles L. 228-23 et L. 228-24 figurent dans un chapitre intitulé « Des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions », ce qui les rendrait donc applicables aussi aux SAS. On observera que le style de rédaction de ces articles laisse assez peu de place à la volonté des parties, une fois qu'elles ont inséré une clause d'agrément dans les statuts, et que si l'on voit l'agrément comme une exception au principe de libre transmissibilité des titres, il faut interpréter cette exception de manière restrictive.

En sens affirmatif, on peut avoir égard à l'article L. 227-14 du Code de commerce. Ce texte propre aux SAS dispose que « Les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société ». On peut donc voir cette disposition comme créant une zone de liberté particulière dans la SAS. Si le législateur ne parle pas pour ne rien dire, il ne s'est pas contenté de rappeler que la SAS était soumise aux textes sur les clauses d'agrément contenues dans les articles L. 228-23 et L. 228-24, mais il a permis aux statuts de déroger à ces dispositions.

Cette seconde analyse a notre préférence, même si elle doit être appréhendée avec mesure.

Nous entendons par là que la clause d'agrément contenue dans les statuts d'une SAS ne doit pas comporter d'atteintes excessives au droit de l'associé de céder ses actions. La procédure prévue peut sans doute prévoir des délais plus longs que les délais de 3 mois prévus par l'article L. 228-24, mais elle ne saurait comporter des délais trop longs, rendant en pratique les actions concernées impossibles à céder, car il faudrait attendre par exemple un an avant de savoir si la SAS donne ou non son agrément.

Une question délicate est enfin celle du droit de repentir. L'existence de ce droit est indiscutable dans les sociétés anonymes, puisque l'article L. 228-24 du Code de commerce dispose expressément, en sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 que « le cédant peut à tout moment renoncer à la cession de ses titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital ». Un ouvrage de référence sur la SAS écrit qu'« au regard de cette expérience [jurisprudentielle et législative] en matière de société anonyme, il paraîtrait logique de considérer que ce droit doit rester aussi dans la SAS »<sup>76</sup>. Ces auteurs, qui citent un arrêt d'appel admettant qu'une clause d'agrément de SAS puisse ne pas prévoir de droit de repentir<sup>77</sup>, ajoutent prudemment qu'il serait préférable que les statuts fixent précisément les limites de ce droit<sup>78</sup>.

76. M. Germain et P.-L. Périn, *SAS – La société par actions simplifiée* : Joly Éditions, 5<sup>e</sup> éd. 2013, n° 370.

77. CA Paris, 14 oct. 2008 : *RJDA* 2009, n° 110.

78. *Loc. cit.*

75. L'idéal serait donc de maintenir la règle de l'unanimité s'agissant de l'insertion ou de la modification d'une clause d'agrément.

Car c'est là une autre question délicate : lorsque les statuts d'une SAS n'auront pas prévu de règles particulières sur la procédure d'agrément mise en place, pourra-t-on se référer à la procédure des articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce ? La réponse nous semble ici clairement positive, puisque ces articles figurent dans un chapitre relatif aux valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, incluant donc les SAS... tant que leurs statuts n'ont pas écarté ces textes.

## 2. L'agrément dans la vie sociétaire

41 - Une fois insérée dans les instruments sociétaires, vient le temps de l'application de la clause d'agrément en cours de vie sociale au gré des opérations qui se présenteront. D'où l'intérêt d'en penser soigneusement le champ d'application (A) et d'en définir rigoureusement la procédure (B).

### A. - Champ d'application de l'agrément

42 - Parce que la clause d'agrément est celle par laquelle les associés se donnent un droit de regard sur l'entrée d'un nouvel associé, elle vise prioritairement les personnes (1°) avant les opérations associées (2°).

#### 1° Champ *ratione personae*

**M<sup>e</sup> Nicolas DUPOUY**  
notaire à Ossun, Membre du réseau Monassier  
et M<sup>e</sup> Isabelle Ollivier, Avocat à Pau

43 - La mutation des titres sociaux, parfois libre, est bien souvent soumise à l'agrément de la collectivité des associés ou d'un autre organe avec un régime qui oscille de la semi-liberté à la rigidité en fonction de la forme sociale retenue et du degré d'intuitu personae recherché.

#### Liberté ----->----- Semi-liberté -----> -----Rigidité

Il est nécessaire d'être vigilant dans la rédaction des clauses qui encadrent particulièrement les transmissions intrafamiliales dès lors que les dispositions légales apportent certaines restrictions.

Ces transmissions s'entendent de toutes mutations à titre gratuit ou onéreux au profit des descendants, des ascendants, du conjoint, du partenaire pacsé mais également des mutations intervenant au sein de l'indivision successorale.

Il est important de noter que les cessions au profit de frères et sœurs sont traitées comme des mutations à des tiers étrangers à la société et l'attention doit être attirée sur les montages frauduleux visant à contourner la règle légale au détriment des droits des associés<sup>79</sup>. La cession à des tiers relève, pour une large part, des dispositions restrictives d'ordre public, la liberté étant cantonnée aux seules sociétés par actions.

Cela étant, le champ d'application de l'agrément diffère selon que la mutation intervient du vivant de l'associé (a) ou à son décès (b). L'agrément applicable en cas de démembrement, de par son particularisme, fera l'objet d'un développement dédié (c).

#### a) Les mutations intrafamiliales du vivant de l'associé

44 - Il faut ici entendre par « mutation » la cession (regroupant la vente, l'échange et l'apport isolé) ou la donation de titres sociaux, démembrés ou non. Quoi qu'il en soit, en pratique, il conviendra pour éviter tout litige de viser expressément les opérations englobées par la clause statutaire car les juges interprètent souverainement le sens et la portée des clauses qu'ils estiment ambiguës.

Les associés, en fonction du degré d'intuitu personae qu'ils entendent conférer à leur structure, doivent rédiger les clauses d'agrément avec précision et s'y référer avant tout projet de cession

dès lors qu'elles permettent d'écarter l'entrée de certaines personnes dans la société.

La liberté contractuelle dont ils disposeront sera plus ou moins étendue selon la forme sociale adoptée : les sociétés à fort *intuitu personae* contraignent les associés (SNC – rigidité) alors que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée leur permettent plus de liberté (SA/SARL – semi-liberté). Les sociétés civiles dont l'activité n'est pas réglementée bénéficient d'une grande souplesse (SC – liberté). La SAS offrira l'avantage des clauses sur mesures (liberté).

La vigilance sera particulièrement de mise lorsque le capital comprendra des associés « personne morale ». L'insertion d'une clause de changement de contrôle sera recommandée pour éviter le contournement des dispositions statutaires par le biais de l'interposition de personnes.

Dans un souci de clarté, compte tenu des différences de traitement qui cohabitent dans les dispositions légales, seront successivement présentées les mutations au profit des ascendants et descendants, du partenaire de l'associé, qu'il soit conjoint ou partenaire pacsé.

45 - **La mutation au profit des ascendants et des descendants.** – Dans la SAS, règne un principe de liberté. L'article L. 227-14 du Code de commerce dispose : « *Les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société* ». Cette structure sociale offre, en matière de clauses d'agrément et dans bien d'autres domaines, une grande liberté rédactionnelle, le principe étant que toutes les transmissions y sont libres y compris au profit des membres du cercle familial. A contrario, les statuts pourront soumettre à agrément toutes les transmissions, y compris aux ascendants, descendants, conjoints, partenaires pacsés, etc. Il conviendra, dès lors, d'être particulièrement attentif à la rédaction des clauses d'agrément et de définir si le souhait des associés est de favoriser la transmission aux membres de la famille ou au contraire d'en restreindre ou fermer l'accès, et ce d'autant plus que la modification de ces dispositions statutaires sera plus ou moins aisée. La liberté contractuelle dominant la rédaction des statuts de la SAS se rapproche ainsi de celle en vigueur dans les pactes extrastatutaires.

46 - Dans les sociétés civiles de droit commun, l'agrément légal est assoupli par la liberté contractuelle. L'article 1861 du Code civil dispose : « *Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés*.

*Les statuts peuvent toutefois convenir que cet agrément sera obtenu à une majorité qu'ils déterminent, ou qu'il peut être accordé par les gérants. Ils peuvent aussi dispenser d'agrément les cessions consenties à des associés ou au conjoint de l'un d'eux. Sauf dispositions contraires des statuts, ne sont pas soumises à agrément les cessions consenties à des ascendants ou descendants du cédant. (.../...)* ». Le principe de la libre cessibilité des parts sociales aux ascendants et descendants peut être écarté par les statuts, et, l'agrément peut n'être imposé que pour une seule catégorie de personne énumérées, par exemple uniquement les ascendants ou uniquement les descendants. La libre cessibilité au profit des membres du cercle familial peut se justifier par la nature même de la société et son objet qui est la gestion du patrimoine et souvent la conservation du patrimoine familial et donc sa transmission.

47 - Dans les SARL, c'est un régime de semi-liberté qui prévaut. L'article L. 223-13 du Code de commerce dispose : « *Les parts sociales sont librement transmissibles par voie de succession ou en cas de liquidation de communauté de biens entre époux et librement cessibles entre conjoints et entre ascendants et descendants*.

*Toutefois, les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé dans les conditions prévues à l'article L. 223-14. (.../...)* ».

L'article L. 223-14 du Code de commerce prévoit quant à lui que « *Les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés*

79. Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-25.058.

représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte. (.../...) ».

Le législateur a institué un régime de semi-liberté dès lors que : les associés sont libres de soumettre ou non à agrément les cessions au profit des descendants et ascendants (et de ne l'exiger que pour une seule des deux catégories de personnes, soit les ascendants, soit les descendants) ; mais s'ils optent pour l'agrément, ils se voient imposer les règles de majorité résultant des dispositions de l'article L. 223-14 du Code de commerce, étant précisé qu'en l'absence de dispositions légales cette majorité est déterminée compte tenu de la personne et des parts de l'associé cédant.

Il est à noter qu'il s'agisse de la SARL ou de la société civile (non réglementée) la notion de descendant devra être interprétée restrictivement si la clause d'agrément n'est pas prévue, la notion de descendants ne concernant alors que les héritiers en ligne directe et non les collatéraux. En revanche, si un agrément est institué au profit des héritiers en ligne directe, les tribunaux pourront en faire une interprétation plus large. Ainsi, jugé pour une société civile de famille que la notion d'héritier en ligne directe, selon la commune intention des parties, s'applique implicitement à l'ensemble des héritiers de l'associé, en ce compris le conjoint survivant<sup>80</sup>.

48 - Dans les sociétés par actions autres que la SAS, les transmissions intrafamiliales sont favorisées. L'article L. 228-23 du Code de commerce dispose : « Dans une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts. (.../...) »

Cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant. (.../...) ».

L'agrément semble donc être une simple faculté laissée à l'appréciation des actionnaires. Mais, la liberté statutaire est ici écartée pour les mutations entre vifs au profit des descendants et ascendants ainsi qu'au profit du conjoint (nous y reviendrons ci-après) de l'actionnaire.

Il s'agit là d'une disposition impérative à laquelle les actionnaires ne peuvent déroger sous réserve des dispositions concernant les actions réservées aux salariés (art. L. 228-23, al. 4). En effet, les clauses d'agrément peuvent être appliquées en cas de cession aux ascendants, descendants ou conjoints à condition d'une part, de figurer dans les statuts d'une société qui réserve des actions à ses salariés et, d'autre part, d'avoir pour objet d'éviter que les actions ne soient transmises à des personnes n'ayant pas la qualité de salarié de la société.

Il est à noter que l'article L. 228-23, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce doit être interprété restrictivement : le groupe familial ne vise pas les frères ou sœurs de l'actionnaire.

49 - Enfin, dans les sociétés à fort *intuitu personae* comme la SNC, la clause d'agrément s'impose. L'article L. 221-13 du Code de commerce dispose : « Les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables. Elles ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. »

Toute clause contraire est réputée non écrite ».

Toute cession doit, nonobstant toute clause contraire des statuts, être autorisée par les associés statuant à l'unanimité. L'autorisation est nécessaire non seulement pour les cessions proprement dites, mais encore pour les donations et les échanges. L'*intuitu personae*, particulièrement fort dans la SNC, est fondé sur le rôle déterminant de chaque associé au cours de la vie sociale. Dès lors, aucune atteinte ne peut être portée à la répartition des parts sociales sans l'accord de tous les associés. Il n'existe donc aucune liberté dans la transmission familiale des titres sociaux, ascendants et descendants étant soumis à l'agrément.

50 - **La mutation au profit du « partenaire » de l'associé : le conjoint ou le partenaire pacsé.** – Il arrive bien souvent que les associés n'entendent pas régler l'entrée du « partenaire » dans la société comme celle des descendants ou des ascendants. Là encore, la liberté contractuelle dont ils disposeront sera plus ou moins étendue selon la forme sociale adoptée.

Il est renvoyé aux développements ci-avant concernant la liberté dont disposent les associés de la SAS quant aux mutations au bénéfice du conjoint et du partenaire pacsé.

Dans les sociétés civiles dont l'activité n'est pas réglementée, les cessions consenties au conjoint doivent en principe être soumises à l'agrément des autres associés. Mais les statuts peuvent dispenser de cet agrément, les dispositions légales étant supplétives. Il est à noter que la dispense d'agrément, compte tenu de la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 1861 du Code civil, s'applique tant au cas de cession au conjoint qu'au cas de cession au conjoint d'un autre associé. Les cessions et opérations assimilées étant soumises à agrément quel que soit l'acquéreur, le partenaire pacsé sera soumis à agrément sous réserve d'aménagements statutaires.

Dans les SARL, le conjoint est soumis au régime de semi-liberté exposé ci-avant pour les ascendants et descendants, dès lors les associés sont libres de soumettre ou non à agrément les cessions au profit du conjoint. Mais s'ils optent pour l'agrément, ils se voient imposer les règles de majorité résultant des dispositions de l'article L. 223-14 du Code de commerce, étant précisé qu'en l'absence de dispositions légales cette majorité est déterminée compte tenu de la personne et des parts de l'associé cédant. En revanche, la cession au partenaire pacsé, en tant que personne étrangère à la société, sera soumise à l'agrément des associés qui sera donné à la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte (C. com., art. L. 223-14, al. 1<sup>er</sup>). Cette majorité est déterminée compte tenu de la personne et des parts de l'associé cédant.

Dans les sociétés par actions autres que la SAS, le principe de liberté statutaire est écarté pour les mutations entre vifs au profit du conjoint de l'actionnaire. Il ne peut dès lors être soumis à agrément et les cessions à son profit sont libres (sous réserve de la dérogation visée ci-avant concernant les actions réservées aux salariés). La cession au partenaire pacsé sera soumise aux dispositions statutaires (qui l'encadreront ou non au choix des actionnaires).

Dans les SNC, aucune liberté n'est laissée aux associés. Les mutations de parts sociales au profit du conjoint et du partenaire pacsé sont donc soumises à l'agrément des associés. Quelle que soit la forme sociale, il existe toutefois une contrainte particulière à la mise en œuvre de la procédure d'agrément en matière de Pacs (distinction selon que le Pacs est conclu avant ou après le 1<sup>er</sup> janvier 2007 – indivision ou séparation) qu'il conviendra d'analyser avant toute mutation de titres sociaux.

51 - Pour finir, l'on notera que le domaine de l'agrément connaît des limites en cas de liquidation de communauté selon les formes sociétaires. La clause d'agrément n'est pas applicable dans les sociétés par actions en cas de liquidation du régime matrimonial (C. com., art. L. 228-23, al. 3). Les parts sociales de la SARL peuvent être attribuées au conjoint après liquidation de communauté (C. com., art. L. 223-13, al. 1<sup>er</sup>) selon le régime de semi-liberté visé ci-avant lors de la cession au conjoint. Concernant les parts de sociétés civiles, le principe de l'agrément légal peut être aménagé statutairement pour permettre la libre transmission au conjoint lors de la liquidation de la communauté.

#### b) L'agrément « à cause de mort »

52 - Quelles sont les personnes susceptibles d'être agréés, ou nécessitant de l'être, en cas de décès d'un associé ? Telle est la question que sera très souvent amené à résoudre le notaire ou l'avocat. En la matière, les choses ne sont pas simples et les pièges sont légions. Le contentieux en la matière est intarissable, le litige soumis au pouvoir souverain des juges du fond, portant très souvent sur l'interprétation de la clause d'agrément.

Les propos liminaires qui suivent permettent d'attirer l'attention du professionnel sur l'importance de la précision dans la rédaction de la clause d'agrément.

Il faut garder à l'esprit qu'une liquidation de communauté ne peut être assimilée à un avantage matrimonial<sup>81</sup>.

La question de savoir si un légataire est un héritier se pose. Là où l'article 1870 du Code civil distingue l'héritier et le légataire, les autres textes du droit des sociétés relatifs à l'agrément ne visent que les héritiers. De fait, puisque le code civil distingue les deux, il semble difficile de soutenir, lorsque le Code de commerce ne vise que l'héritier, qu'il y a confusion et qu'ainsi un légataire est un héritier<sup>82</sup>. Un auteur, tout en admettant que la lecture de l'article L. 223-13 du Code de commerce aboutit à une conception restrictive du terme d'héritier, juge cette interprétation inopportune<sup>83</sup>.

Il appartiendra au praticien d'être attentif à la combinaison et au contournement des clauses d'agrément. S'il ne l'est pas, la Cour de cassation le sera pour lui. L'absence d'agrément dans le cadre d'une cession entre vifs ne doit pas permettre de contourner l'agrément exigée à cause de mort au moyen d'une transmission intercalaire : « 2° Après avoir constaté que la cession aux enfants du conjoint survivant des parts dont celui-ci avait hérité n'avait pas, aux termes des statuts, à être soumise à l'agrément des associés et avait donc régulièrement produit ses effets, la cour d'appel retient à bon droit que cette cession n'a pas pour autant conféré la qualité d'associé aux intéressés, que les associés survivants avaient également refusé d'agréer, et qu'en décider autrement reviendrait à contourner la condition d'agrément des héritiers. »<sup>84</sup>.

Le décès d'un associé est abordé différemment suivant la forme de la société choisie par les associés et le degré d'*intuitu personae* qu'ils ont souhaité insuffler.

Après avoir étudié dans un premier temps les principes posés par les textes suivant les différentes formes sociales, il conviendra d'envisager les aménagements contractuels qui peuvent être envisagés.

**53 - Le principe de la libre transmission des droits sociaux aux héritiers en cas de décès de l'associé.** – Si le droit des sociétés prévoit majoritairement que la société n'est pas dissoute par le décès d'un associé et que la société continuera avec ses héritiers, il n'en demeure pas moins qu'il existe une limite applicable aux sociétés empreintes d'un fort *intuitu personae*.

La règle de la continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé prévaut pour nombre de formes sociétaires. S'agissant de la société civile, la société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataires (*C. civ.*, art. 1870). Les statuts peuvent cependant y déroger tel que nous le verrons ci-après. Il en est de même pour la SARL (*C. com.*, art. L. 223-13), les sociétés par actions (*C. com.*, art. L. 228-23), les SAS (*C. com.*, art. L. 227-14) où les titres sociaux sont librement transmissibles par voie de succession. Dans ces hypothèses, les titres sont librement transmissibles quelle que soit la qualité du successeur, héritier ou légataire, à titre particulier ou universel, venant de son propre chef ou par représentation, en vertu d'un testament ou d'une donation entre époux<sup>85</sup> et cela sans avoir à être agréé par les associés survivants. L'héritier ne devient associé, comme le légataire, que dès lors qu'il a accepté la succession. Il est cependant précisé que la Cour de cassation a indiqué qu'un héritier déjà associé n'avait pas à être soumis à une procédure

d'agrément<sup>86</sup>. Ainsi, si parmi les héritiers, il en existe qui sont déjà associés, les autres associés ne pourront pas faire jouer la clause d'agrément à leur égard. Dès lors le droit de rachat des parts en cas de refus d'agrément ne pourra être invoqué qu'à l'égard de l'héritier non associé attributaire dans le partage. Lorsque la succession comprend deux héritiers dont l'un seulement est associé et que l'héritier non associé renonce à la succession au profit de son cohéritier, ce dernier peut se faire attribuer la totalité des parts du défunt, les autres associés ne pouvant pas prétendre exercer leur droit d'agrément sur les parts qui auraient dû revenir à l'héritier renonçant<sup>87</sup>. La Cour de cassation reconnaît à chacun des indivisaires la qualité d'associé sous réserve d'agrément<sup>88 89</sup>. Chaque co-indivisaire a la qualité d'associé, même s'il doit décider et agir collectivement. S'il y a plusieurs héritiers, une indivision succède à l'associé unique en attendant le partage. Mais l'indivision, faute de personnalité morale, n'est pas un associé unique. Il faut donc faire attention entre deux hypothèses : si le *de cuius* avait la qualité d'associé-gérant, ses successeurs deviendront associés de plein droit mais n'auront pas la qualité de gérant. Il conviendra d'en nommer, si nécessaire, un nouveau ; si le défunt avait la qualité d'apporteur en industrie, ses héritiers ou légataires n'auront pas la qualité d'associé. En effet, seules les parts représentatives d'un apport en capital peuvent ouvrir droit à cette qualité. Ces parts sont liées à l'activité de l'apporteur et doivent être annulées lors de son décès.

Par exception, la société est dissoute en cas de décès de l'associé. Cette exception vaut pour les sociétés ayant un fort *intuitu personae*. Aux termes de l'article L. 221-15 du Code de commerce, la SNC prend fin par le décès de l'un des associés. En effet, cette dernière est fortement marquée par un caractère *intuitu personae*. Il n'y a pas d'autre exemple de société aussi fermée. Le décès d'un associé commandité (société en commandite simple ou par actions) met fin, en principe, à la société. Le décès de l'un des commanditaires, en revanche, ne met pas fin à la société (*C. com.*, art. L. 222-10).

**54 - Les dispositions statutaires permettant de limiter la transmission des droits sociaux aux héritiers.** – Les clauses d'agrément permettent d'éviter l'entrée dans la société de personnes dont la présence n'est pas, pour une raison quelconque, souhaitée. Elles sont fréquentes dans les statuts des sociétés de famille et ceux des sociétés dont le capital est réparti entre différents « groupes » qui désirent maintenir entre eux l'équilibre existant.

Une liberté statutaire règne en la matière pour la plupart des formes sociales. La SAS est la société qui offre en la matière la plus grande liberté. Aux termes de l'article L. 227-14 du Code de commerce, les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société. Ainsi quelle que soit la qualité du successeur de l'associé défunt, son entrée dans la société pourra être soumise au respect d'une procédure d'agrément. La rédaction de la clause d'agrément devra faire l'objet de la plus grande attention et précision afin d'éviter tous litiges par la suite. Il est possible d'en proposer un modèle, qui est le suivant :

Dispositions statutaires permettant de limiter la transmission des droits sociaux aux héritiers  
**ARTICLE X – DÉFINITIONS**  
Pour les besoins et pour l'application du présent Titre, les définitions ci-après seront applicables :

81. CA Colmar, 8 oct. 2014 : *Dr. sociétés* 2015, comm. 4, obs. H. Hovasse.

82. M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, t. 2 : LGDJ, 2014, p. 232, n° 1821.

83. H. Lécuyer, *Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL* : LPA 16 avr. 2004, p. 4.

84. Cass. com., 6 nov. 2012 n° 11-25.058, F-D : *JurisData* n° 2012-025198 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 3, obs. H. Hovasse.

85. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 24 mars 1998, n° 96-11.538 : *Dr. sociétés* 1998, n° 103, note Th. Bonneau.

86. Cass. com., 28 oct. 1974 ; *Rev. soc.* 1975, p. 251, note Randoux ; *JCP G* 1975, II, 18204, note Bernard ; *D.* 1975, p. 209, note Y. Guyon.

87. CA Montpellier, 8 juin 1976 : *JCP G* 1977, II, n° 18604, note Bernard.

88. Trois courants s'étaient dégagés : faire de l'indivision l'associé, V. note Cl. Champaud : *RTD com.* 1969, p. 505. – Considérer qu'il y a un seul associé en plusieurs personnes distinctes, V. J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales* : Dalloz, 1974, t. 2, n° 616. – Investir chaque indivisaire de la qualité d'associé, V. A. Viandier, *La notion d'associé* : LGDJ, 1978, n° 239.

89. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 févr. 1980 : *Rev. sociétés* 1980, p. 521, note A. Viandier.

a) **Cession** : signifie toute opération à titre onéreux ou gratuit entraînant le transfert de la pleine propriété, de la nue-propriété ou de l'usufruit des Actions et Valeurs mobilières émises par la Société, à savoir : vente, cession, transmission, échange, apport en société, fusion et opération assimilée, cession judiciaire, constitution de trust ou fiducie, nantissement, donation, liquidation, transmission universelle de patrimoine, succession.

b) **Action** : signifie les Actions et les valeurs mobilières émises par la Société donnant accès de façon immédiate ou différée et de quelque manière que ce soit, à l'attribution d'un droit au capital et/ou d'un droit de vote de la Société, ainsi que les bons et droits de souscription et d'attribution attachés à ces valeurs mobilières.

#### ARTICLE XX – AGRÈMENT DES TRANSMISSIONS PAR DÉCÈS

La Société n'est pas dissoute par le décès d'un associé.

Toute transmission d'actions ayant sa cause dans le décès d'un associé s'effectue librement au profit de toute personne ayant déjà la qualité d'associé.

Toute autre transmission d'actions pour cause de décès est soumise à l'agrément préalable du ou des associés survivants statuant à la majorité des deux tiers des voix autres que celles dépendant de l'indivision successorale à moins que les Actions indivises puissent être prises en compte pour les décisions collectives.

Tant que subsiste une indivision successorale, les voix attachées aux Actions qui en dépendent ne sont prises en compte pour les décisions collectives que si un indivisaire au moins n'est pas soumis à agrément. Ceux des indivisaires qui répondent à cette condition ont seuls la qualité d'associé. S'il n'en existe qu'un, il représente de plein droit l'indivision ; s'il en existe plusieurs, ils doivent désigner un mandataire commun.

Lorsque les droits hérités sont divis, l'héritier ou l'ayant droit qui n'a pas la qualité d'associé, notifie à la Société une demande d'agrément en justifiant de ses droits et qualités. Si la Société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de deux (2) mois de la réception de cette notification, l'agrément est réputé acquis.

Si tous les indivisaires sont soumis à agrément, la Société peut, sans attendre le partage, statuer sur leur agrément global. De convention essentielle entre les associés, elle peut aussi, à l'expiration d'un délai de six (6) mois à compter du décès, intenter toute action appropriée devant la juridiction compétente du lieu d'ouverture de la succession pour obtenir qu'il soit procédé au partage de l'indivision dont le maintien empêche le fonctionnement normal de la Société.

Les dispositions concernant la procédure d'agrément et les conséquences du refus d'un projet de cessions entre vifs sont applicables, en tant que de raison, aux mutations par décès. Si aucune des solutions prévues par ces dispositions n'intervient dans les délais impartis, l'agrément est réputé acquis.

La valeur des Actions payée aux héritiers et ayants droit qui ne deviennent pas associés, soit par les nouveaux titulaires des Actions, soit par la Société, si celle-ci les a rachetées pour les annuler, est déterminée au jour du décès. En cas de contestation, l'évaluation est faite conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code Civil. Aucun abatement de minorité ne peut être appliqué.

55 - S'agissant de la SNC<sup>90</sup>, toutes les combinaisons sont envisageables, et notamment : continuation de la société avec un ou certains des héritiers, ou avec tous ; continuation de la société avec les seuls associés survivants ; continuation de la société avec le seul

conjoint survivant. Le tout sous réserve qu'un agrément préalable ne soit pas prévu par les statuts. Il est à noter que la Cour de cassation a reconnu valable la clause des statuts ouvrant la faculté pour les associés d'opter, au moment du décès, pour la continuation de la société entre eux (à l'exclusion des héritiers du prédécédé), la continuation de la société avec les héritiers ou la dissolution immédiate<sup>91</sup>. L'option est parfois reconnue aux héritiers eux-mêmes<sup>92</sup>. Les statuts doivent alors préciser le délai accordé aux héritiers pour prendre parti, les modalités d'exercice de l'option ainsi que les conséquences pour les héritiers de l'expiration du délai sans qu'ils se soient prononcés (retrait de la société ou maintien dans celle-ci). Cette option, par analogie, semble être ouverte tant aux SARL qu'aux sociétés civiles.

56 - S'agissant de la SARL, les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé dans les conditions prévues à l'article L. 223-14 du Code de commerce. Les statuts peuvent stipuler qu'en cas de décès de l'un des associés la société continuera avec son héritier ou seulement avec les associés survivants. Il peut aussi être stipulé que la société continuera, soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires.

S'agissant de la société civile, aux termes de l'article 1870, alinéa 2, il peut être convenu que le décès entraînera la dissolution de la société ou que celle-ci continuera avec les seuls associés survivants. Les statuts peuvent subordonner l'entrée dans la société d'un héritier ou d'un légataire à l'agrément préalable des associés survivants. La rédaction de l'article 1870 du Code civil laisse supposer que les associés survivants pourront choisir, parmi les héritiers ou les légataires, d'en agréer certains et pas d'autres.

L'agrément n'est pas nécessairement global. Il devra être apporté une attention toute particulière à la rédaction de cette clause d'agrément afin de limiter le pouvoir d'interprétation des juges du fond, et éviter ainsi qu'un montage familial puisse être remis en cause en raison de la rédaction trop imprécise d'une telle clause.

Solution de Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-25.058 (n° 1098 F-D) Les statuts d'une société civile de famille (un groupement foncier agricole) prévoyaient que les héritiers « en ligne directe » d'un associé décédé pouvaient devenir associés s'ils étaient agréés par une décision unanime des associés survivants. C'est par une interprétation souveraine de la commune intention des parties lors de la signature des statuts qu'une cour d'appel retient qu'il résulte implicitement mais nécessairement de cette clause que les héritiers autres que ceux en ligne directe, tel le conjoint survivant, ne peuvent devenir associés que s'ils sont agréés par les associés survivants.

Ayant constaté que le conjoint d'un associé décédé n'avait pas obtenu cet agrément, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'était pas devenu associé.

57 - On relèvera que l'héritier n'a pas à être nommé désigné s'il est aisément désignable (par exemple, le fils aîné) mais qu'au contraire le bénéficiaire de la clause doit être nommé désigné s'il n'est pas héritier. La Cour de cassation a considéré que la possibilité pour les associés survivants de déterminer les personnes agréées était assimilable à la désignation nominative du bénéficiaire prévue à l'article 1870, alinéa 3 du Code civil. En effet, elle a admis la validité d'une clause de statuts de SARL prévoyant que les parts de l'associé décédé dont les héritiers n'ont pas été agréés, peuvent être rachetées par les associés survivants, soit pour leur propre compte, soit pour le compte de tiers dûment agréés<sup>93</sup>. Cette décision semble transposable à la société civile. Sauf clause

90. C. com., art. L. 221-15 : « La société prend fin par le décès de l'un des associés, sous réserve des dispositions du présent article.

S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement avec les associés survivants, ces dispositions sont suivies, sauf à prévoir que pour devenir associé, l'héritier devra être agréé par la société.

Il en est de même s'il a été stipulé que la société continuerait, soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires [...] ».

91. Cass. req., 20 juin 1887 : S. 1890, I, p. 515.

92. Cass. com., 14 déc. 2004, n° 1826 : RJD 4/05, n° 396. – T. civ. Seine, 24 déc. 1928 : DP 1929, II, p. 105.

93. Cass. com., 2 avr. 1973 : Rev. sociétés 1974, p. 81, note Nocquet.

contraire des statuts, lorsque la succession est dévolue à une personne morale, celle-ci ne peut devenir associée qu'avec l'agrément des autres associés, donné selon les conditions statutaires ou, à défaut, par l'accord unanime des associés.

58 - Le praticien doit se poser différentes questions au regard des limites du domaine de l'agrément. Dans une société par actions, il ne peut y avoir une clause d'agrément en cas de succession, (*C. com.*, art. L. 228-23), sauf si la société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé réserve des actions à ses salariés, dès lors que la clause d'agrément a pour objet d'éviter que lesdites actions ne soient dévolues ou cédées à des personnes n'ayant pas la qualité de salarié de la société. L'impossibilité d'avoir une clause d'agrément en matière successorale vise-t-elle uniquement les héritiers *ab intestat* (c'est-à-dire la proche famille) ou tous les héritiers y compris les légataires qui n'auraient pas également la qualité d'héritier *ab intestat* ? Le législateur a-t-il voulu favoriser uniquement les proches parents. La rédaction de l'article L. 228-23 du Code de commerce n'est forcément évidente et ne permet pas de trancher avec certitude cette question.

### c) Agrément et démembrement de propriété

59 - L'agrément de la mutation de titres ou droits démembrés n'est pas traité par les dispositions légales. Or, il n'est pas rare que de telles mutations interviennent principalement en matière de transmissions intrafamiliales.

Le praticien devra, dès lors, attacher une importance particulière à la rédaction des clauses statutaires pour pallier cette carence des textes et éviter d'éventuels conflits entre l'usufruitier et le nu-proprétaire. Quoi qu'il en soit, le débat ne portera pas ici sur la qualité (ou non) d'associé reconnue à l'usufruitier.

La majorité de la doctrine s'accorde pour soumettre la cession du seul usufruit de droits sociaux à la procédure de l'agrément<sup>94</sup> car compte tenu de ses droits de vote, la cession de son droit par l'usufruitier peut affecter les équilibres de la société. La pratique applique cette procédure lorsque la loi ou les statuts ne visent que les cessions de droits sociaux sans autre précision.

La cession de l'usufruit est libre si elle est faite au profit du conjoint, d'un descendant ou d'un ascendant de l'usufruitier (*C. com.*, art. L. 228-23. – *C. civ.*, art. 1861), sauf le cas des sociétés par actions simplifiées dont les statuts peuvent exiger l'agrément pour toutes les cessions (*C. com.*, art. L. 227-14).

En cas de démembrement de propriété engendré par le décès de l'associé, chacun des usufruitiers ou nus-proprétaires, choisis par les associés survivants, procédera à l'indemnisation des co-indivisaires de l'indivision à laquelle ils appartiennent.

Les conséquences du refus d'agrément ne seront pas abordées ici mais il ne faut pas perdre de vue que le dispositif légal de rachat des titres du cédant est inapplicable en cas de démembrement, puisqu'il suppose une annulation isolée des droits d'usufruit. La solution consisterait, selon certains auteurs, à consentir au profit du nu-proprétaire un droit de préemption de ces droits d'usufruit. L'acquisition par le nu-proprétaire emportera extinction de l'usufruit et reconstitution corrélatrice de la pleine propriété des titres sur sa tête<sup>95</sup>.

Mais l'on glisse déjà ici sur le champ d'application *ratione materie* de l'agrément.

M<sup>e</sup> Nicolas DUPOUY  
et M<sup>e</sup> Isabelle OLLIVIER

94. V. en ce sens, A. Le Bayon, G. Ripert et R. Roblot, t. 1 par M. Germain et L. Vogel. – J. Prieur, *La cession de parts de sociétés civiles : aspects juridiques* : JCP N 2012, 1397, § 12.

95. En ce sens, R. Gentilhomme, *Démembrement de titres et opérations sur le capital social* : Dr. et patrimoine mai 1996, p. 54 et s. – J.-P. Ferret, *Vulnérabilités des démembrements sur les titres*, in *Actes du colloque*, 17 oct. 1994, *Démembrement de propriété – Vulnérabilités et paradoxes* : Dr. et patrimoine janv. 1995, p. 34, hors-série, n° 1.

## 2° Champ *ratione materie*

Bruno DONDERO  
agrégé des facultés, professeur à l'École de droit de la Sorbonne

60 - La clause d'agrément doit faire l'objet d'une rédaction attentive, y compris dans la définition de son champ d'application *ratione materie*. Il conviendra de prendre garde à ce qu'aucune opération de transfert de titres n'échappe au dispositif de contrôle, en énumérant toutes les opérations concernées ou en visant plus largement tout transfert de titres, ou encore, idéalement, en visant tout transfert de titres et en assortissant cette stipulation d'une liste ouverte d'exemples de transferts concernés (a). Il conviendra aussi de tenir compte de la combinaison de la clause d'agrément avec d'autres clauses, qui lui sont proches telle celle de préemption dès lors que les champs d'application *ratione materie* de chacune des clauses qui trouvent interférence sont les mêmes (b).

### a) Jeu d'application

61 - Dans les sociétés par actions, l'on sait que l'agrément s'applique à toute opération de cession de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital (*C. com.*, art. L. 228-23). Il convient de savoir s'il faut entendre le terme de cession dans un sens large ou restrictif. La jurisprudence a depuis longtemps opté pour une interprétation extensive du terme de cession, qui s'entend de toute transmission des titres tels la vente, l'échange, la donation ou l'apport isolé<sup>96</sup>. Ceci laisse ouverte la question de savoir si une clause d'agrément s'applique à la transmission d'actions résultant notamment d'une fusion ou scission ou consécutive à une transmission universelle du patrimoine régie par l'article 1844-5 du Code civil.

62 - La jurisprudence a admis, avant et post-réforme de 2004, que l'agrément puisse statutairement être exigé dans différentes hypothèses d'opérations sociétaires, dont en présence d'une fusion-absorption<sup>97</sup> ou d'une scission<sup>98</sup> même si la Cour de cassation a décidé que la fusion relève d'un « mécanisme différent de la cession »<sup>99</sup>.

Toutefois, il est acquis qu'une opération de fusion peut être soumise à la procédure d'agrément si cela a été prévu par les parties. Dans l'hypothèse où la clause ne serait pas claire, les juges du fond apprécieront souverainement la portée de la clause<sup>100</sup>. On signalera encore, à titre de comparaison, des décisions rendues par la Cour d'appel de Paris à propos de clauses de préemption. Cette juridiction a jugé, par un arrêt en date du 18 février 2000<sup>101</sup>, que le pacte d'actionnaires qui contient une clause de préemption devait être interprété restrictivement, dès lors qu'il constitue une limite à la libre négociation des actions, qui est le principe. Les magistrats parisiens ont donc retenu que le droit de préemption ne pouvait pas s'appliquer en l'espèce à une transmission des actions résultant d'une transmission universelle de patrimoine, dans le cadre d'une fusion, tout en admettant la possibilité d'une telle

96. *Cass. com.*, 21 janv. 1970 : JCP G 1970, II, 16541, note B. Oppetit.

97. *Cass. com.*, 6 mai 2003, n° 01-12.567 : *Bull. civ. IV*, n° 115. – *Cass. com.*, 15 mai 2007, n° 06-13.484 : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1075, § 294, note M. Menjucq et A. Taste.

98. *Cass. com.*, 19 avr. 1972 : *Gaz. Pal. Rec.* 1972, 2, p. 755 ; *Rev. sociétés* 1973, p. 105, note R. Houin ; *RTD com.* 1972, p. 656 ; *D.* 1972, *jurispr.* p. 538, note D. Schmidt.

99. *Cass. com.*, 12 févr. 2008, n° 06-20.966 : *Dr. sociétés* 2008, comm. 74, obs. R. Mortier ; *JCP E* 2008, 2209, note Y. Paclot ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 28, note P. Le Cannu.

100. V. *Cass. com.*, 6 mai 2003, n° 01-12.567 : *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *D.* 2003, p. 1438, note A. Lienhard ; *RTD com.* 2003, p. 525, note J.-P. Chazal et Y. Reinhard. – Pour l'application d'une clause visant clairement les fusions, V. *Cass. com.*, 15 mai 2007 : *Bull. Joly* 2007, p. 1075, note M. Menjucq et A. Taste.

101. *CA Paris*, 25<sup>e</sup> ch. B, 18 févr. 2000 : *RJDA* 2000, n° 662.

application<sup>102</sup>. Mais un autre arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 2 juillet 2002, émanant faut-il préciser d'une autre chambre, a quant à lui retenu une interprétation large, en considérant que le pacte extrastatutaire de préemption, qui ne visait que les cessions, devait s'appliquer aussi aux prêts de consommation d'actions, en ce que ceux-ci emportent également transfert de la propriété des actions<sup>103</sup>.

#### b) Jeu de combinaison

63 - Une autre incertitude tient à la manière dont doivent recevoir application la clause d'agrément et la clause de préemption, lorsque l'une et l'autre visent les mêmes opérations de cession et que le calendrier de l'une et de l'autre clause ne sont pas « coordonnés » par les statuts, ce qui arrive parfois. On peut ainsi se trouver dans une situation, par exemple, où lorsque l'agrément est donné, le transfert des actions au profit du cessionnaire agréé doit être réalisé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision d'agrément, faute de quoi l'agrément est caduc. Mais si la clause de préemption reçoit application, il se peut que ce ne soit qu'à l'expiration d'un délai de 3 mois à compter de la notification du projet de cession au président de la société et aux associés que la cession pourra être réalisée, et encore si la société ne procède pas au rachat des actions, alors même qu'aucun droit de préemption n'aurait été exercé ! En toute hypothèse, il apparaît souhaitable que la société ne compromette pas le droit de l'associé de céder ses actions et de ne pas rester prisonnier de ses titres par un usage « malicieux » des clauses d'agrément et de préemption, d'autant que la société apparaît responsable des maléfices figurant dans ses statuts. Il conviendrait donc que la société fournisse aux associés souhaitant céder leurs titres, autant que possible, une réponse simultanée sur l'agrément et la préemption. Il sera prudent de procéder à la cession dans le délai prévu par les statuts et faisant suite à la décision d'agrément, quitte à insérer dans la cession une condition suspensive tenant à la « purge du droit de préemption » ; mais il faut souligner que les statuts exigent la « réalisation du transfert des actions » dans le délai précité, à peine de caducité.

Bruno DONDERO

## B. - La procédure d'agrément

64 - Hors des sociétés de parts, la procédure d'agrément oscille entre liberté et contraintes : liberté des associés de décider statutairement quel sera l'organe compétent pour se prononcer alors que dans la société civile ou la SARL la loi donne compétence à l'assemblée générale<sup>104</sup> ; contrainte pour l'organe compétent de se prononcer dans un délai imparti, face à des situations parfois complexes, liées aux modalités ou dimensions de l'agrément (1°), voire, en cas de refus, de mettre en place des dispositifs aux fins que l'associé ne reste pas prisonnier de ces titres (2°).

### 1° Les modalités de l'agrément

Bruno DONDERO  
agrégé des facultés, professeur à l'École de droit de la Sorbonne

65 - La pratique connaît des figures originales de l'agrément, lesquelles interrogent sur les modalités que peut prendre ce dernier. C'est l'hypothèse de l'agrément donné sous condition (a). C'est aussi la question de l'agrément collectif (b).

#### a) L'agrément conditionnel

66 - L'agrément à une opération emportant transfert des actions d'une société peut-il être donné de manière conditionnelle ? En clair, est-il possible que la société donne son agrément, sous condition par exemple que le candidat à l'acquisition fournisse tel ou tel document dans un délai donné ? Ou sous condition que ce candidat présente, à une date donnée, des caractéristiques particulières en termes de capital social ou de répartition de ses actions ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation a donné une réponse très claire à cette question par un arrêt en date du 17 janvier 2012, jugeant que si une clause d'agrément est stipulée, l'agrément d'un actionnaire doit être pur et simple de sorte que les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites.

Caractères de l'agrément : les enseignements de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 17 janvier 2012, n° 09-17.212 Par cet arrêt destiné à publication au Bulletin, la chambre commerciale de la Cour de cassation donne une intéressante précision sur les conditions dans lesquelles l'agrément d'un transfert d'actions doit intervenir<sup>105</sup>. La Cour juge en effet que cet agrément doit être pur et simple.

M. X, qui était actionnaire d'une société Astek, avait décidé d'apporter ses actions à une autre société, Anaodo. Le 30 juin 2006, c'est-à-dire antérieurement à cette décision, M. X avait cependant conclu un accord avec une société Robinson participations, qui se trouvait être l'actionnaire principal d'Astek, accord par lequel M. X bénéficiait d'une promesse d'achat de ses actions Astek. Sollicité par M. X pour donner son agrément à l'opération d'apport à Anaodo, le conseil d'administration d'Astek avait répondu favorablement le 6 décembre 2006, mais avait assorti l'agrément d'une double condition : un ou plusieurs avenants de substitution de parties aux différents actes composant l'accord du 30 juin 2006 devaient être signés, et un protocole d'accord devait intervenir entre M. X, la société Astek et la société Robinson participations concernant le changement de contrôle de la société Anaodo. Ce faisant, la société Anaodo devait être placée en situation de pouvoir invoquer la promesse d'achat d'actions consentie par Robinson participations. Le 9 janvier 2007, M. X et la société Anaodo notifiaient à Robinson participations qu'ils levaient l'option sur l'achat des actions Astek. Robinson participations répondait toutefois à M. X qu'ayant perdu la qualité d'actionnaire de la société Astek depuis le 30 décembre 2006, il ne pouvait plus solliciter l'application de la promesse du 30 juin 2006, tandis que la société Astek faisait savoir à la société Anaodo et à M. X qu'en l'absence de régularisation des actes auxquels était conditionné l'agrément, celui-ci était réputé ne pas être intervenu.

La société Anaodo et M. X assignaient alors Robinson participations, son dirigeant et la société Astek en exécution forcée de la cession des actions Astek et en paiement d'une certaine somme au titre du prix de vente. La cour d'appel saisie rejetait cependant ces demandes et déclarait nul l'apport des actions Astek fait par M. X au bénéfice d'Anaodo, au motif que les conditions auxquelles l'agrément était subordonné n'avaient pas été satisfaites.

102. Rapp. CA Paris, 25<sup>e</sup> ch. B, 12 avr. 2002 : JCP E 2002, 1077. – CA Paris, 3<sup>e</sup> ch., sect. A, 4 déc. 2007 : RTDF 2008, n° 2, p. 65, obs. J.-F. Louit et V. Lacarelle, pour d'autres exemples d'interprétation restrictive.

103. CA Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 2 juill. 2002 : RJDA 2003, n° 35 ; Bull. Joly 2002, p. 1204, note P. Le Cannu.

104. R. Besnard Goudet, *Clauses statutaires d'agrément de préemption et d'exclusion dans les cessions d'actions* : JCI. Banque – Crédit – Bourse, fasc. 1792, 17 avr. 2017.

105. Cass. com., 17 janv. 2012, n° 09-17.212 : Bull. civ. IV, n° 10 ; BRDA 2012/3, n° 1 ; RTD com. 2012, p. 141, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; BJS 2012, p. 310, note B. Dondero.

La chambre commerciale de la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel en ce qu'il a déclaré nul l'apport des actions de M. X à la société Anaodo et débouté celle-ci de ses prétentions au titre de l'engagement d'acquisition des actions Astek consenti par la société Robinson participations à M. X, pour violation des articles L. 228-23, alinéa 4, et L. 228-24 du Code de commerce, textes relatifs à l'agrément du cessionnaire d'actions. Un attendu de principe est même formulé, aux termes duquel « *si une clause d'agrément est stipulée, l'agrément d'un actionnaire doit être pur et simple de sorte que les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites* ».

L'arrêt doit bien entendu être rapproché d'une décision antérieure remarquée, en date du 8 avril 2008, par laquelle la Cour de cassation avait jugé que le délai dont dispose la société pour procéder au rachat des actions du cédant en cas de refus d'agrément ne peut être prorogé par décision des parties, la procédure légale de prorogation judiciaire devant nécessairement être respectée<sup>106</sup>. La chambre commerciale avait alors jugé que « le caractère impératif des dispositions de l'article L. 228-24 du Code de commerce ne permet pas d'y déroger par convention », en l'occurrence en prorogeant conventionnellement le délai imparti pour la réalisation de la cession, après refus d'agrément, et en ne recourant pas à la prorogation judiciaire prévue à l'alinéa 3 de l'article précité.

Par ses arrêts de 2008 et de 2012, la chambre commerciale de la Cour de cassation envoie donc un message clair : la procédure d'agrément est d'ordre public, et les différents intervenants, la société appelée à donner son agrément particulièrement, ne sauraient la moduler à leur guise, en prolongeant par convention cette procédure, ou en la complexifiant en apportant des nuances à l'agrément donné.

On observera encore que les conditions dont le conseil d'administration de la société Astek avait assorti son agrément en l'espèce étaient relatives entre autres à la substitution du cessionnaire au cédant dans des accords préexistants. C'est là un point important en pratique que de savoir si le nouvel actionnaire va se plier aux conventions extrastatutaires conclues avec le cédant. Dès lors que les stipulations d'un pacte ne sont pas transmises automatiquement au cessionnaire avec les actions cédées<sup>107</sup>, il est essentiel que les actionnaires parties au pacte soient assurés de l'adhésion du nouvel entrant à leur convention. Donner un agrément sous condition d'adhésion au pacte est une pratique qui doit être désormais oubliée. L'agrément serait en ce cas, ainsi que l'affirme l'arrêt du 17 janvier 2012, réputé avoir été donné purement et simplement. Il conviendra donc aux actionnaires de retenir l'agrément du cessionnaire jusqu'à ce que l'adhésion de celui-ci au pacte ait été formalisée – ou bien encore de s'assurer que l'adhésion au pacte est une condition de l'opération de cession elle-même.

67 - La position retenue par la chambre commerciale est tout sauf ambiguë : l'agrément doit être « pur et simple », c'est-à-dire qu'il ne peut être subordonné à une condition. La solution a le mérite de la simplicité. L'agrément est donné ou il est refusé, point. Il ne saurait être donné assorti de « peut-être » et de « il faudra tout de même savoir si... ». Cela facilitera la cession, et plus largement le transfert des actions, puisque l'actionnaire cédant et le cessionnaire, tiers ou déjà actionnaire, n'auront pas à interpréter une décision d'agrément conditionnel, afin d'apprécier si la condition est ou non remplie, et si la cession peut intervenir sans risque d'être annulée motif tiré du défaut d'agrément.

68 - Une question qui se pose est celle du périmètre des sociétés concernées par le principe d'interdiction de l'agrément conditionnel formulé par l'arrêt. Les articles L. 228-23 et L. 228-24 sont relatifs à l'agrément qui doit être donné en cas de transfert d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital d'une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé. Que les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions soient concernées est certain (il semble que la société Astek, impliquée dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 17 janvier 2012), était une société anonyme.

La question est plus délicate s'agissant des SAS et des SE. L'article L. 227-14 du Code de commerce dispose que les statuts de la SAS peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société. L'article L. 229-11 autorise quant à lui les statuts d'une SE à prévoir des restrictions à la libre négociabilité des actions, sans que ces restrictions puissent conduire à rendre les actions inaliénables pour une durée excédant dix ans. Si l'on considère que dans ces deux formes sociales, la question de l'agrément est laissée à l'appréciation des statuts, il doit être possible à ces derniers d'autoriser un agrément conditionnel. La solution semble plus certaine pour la SE, au regard des textes, que pour la SAS. Bien que nous soyons personnellement favorables à reconnaître l'autonomie de l'article L. 227-14 par rapport aux articles L. 228-23 et L. 228-24<sup>108</sup>, la solution consistant à affirmer que dans une SAS, les statuts pourraient autoriser un agrément qui ne serait que conditionnel, certes conforme à l'esprit de la SAS, manque de quelques mots de soutien. L'article L. 227-14 disposerait idéalement que les statuts de la SAS peuvent soumettre tout transfert d'actions de la SAS à l'agrément préalable de la société, *dans les conditions qu'ils prévoient*. La solution peut être considérée comme sous-entendue par le texte, sans doute. Il demeure que les articles L. 228-23 et L. 228-24 figurent dans un chapitre intitulé « *Des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions* », et pourraient donc être vus comme applicables à toutes les sociétés par actions, SAS comprises<sup>109</sup>.

69 - L'agrément donné ne pouvant l'être de manière conditionnelle, les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites<sup>110</sup>. La solution peut être rapprochée de celle retenue dans d'autres branches du droit en présence d'une condition interdite. En matière de libéralités, on sait que l'article 900 du Code civil répute non écrite, dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles et celles qui sont « *contraires aux lois ou aux mœurs* ». Les juges ne se privent pas pour autant de faire tomber l'acte tout entier lorsqu'ils estiment que la condition illicite a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité<sup>111</sup>. La question est plus discutée dans un autre domaine du droit des affaires, s'agissant de l'acceptation d'une lettre de change. L'article L. 511-17 du Code de commerce dispose que l'acceptation est pure et simple, ce qui incite à voir une condition assortissant l'acceptation comme une réserve prohibée. Mais la jurisprudence considère que l'acceptation conditionnelle n'existant pas, assortir une acceptation d'une condition équivaut à un défaut d'acceptation<sup>112</sup>. Le législateur est parfois plus clair, comme lorsqu'il complète l'affirmation selon laquelle l'endossement doit être pur et simple en précisant que « *toute condition à laquelle il est subordonné est réputée non écrite* » (C. com., art. L. 511-8, al. 4).

70 - Ce n'est pas tant le fait que le juge s'autorise à manier la sanction de la condition réputée non écrite dans une hypothèse où la

106. Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-18.362 : Bull. civ. IV, n° 85 ; D. 2008, p. 1207, obs. A. Lienhard ; D. 2009, p. 329, obs. J.-C. Hallouin ; Dr. sociétés 2008, comm. 129, note H. Hovasse. – V. également, S. Schiller, JCP E 2008, 1950. On rapprochera de cette décision et de l'arrêt commenté un arrêt de la chambre commerciale en date du 2 novembre 2011 (n° 10-15.887, à paraître au Bull.), qui manifeste la rigueur de la Cour de cassation, cette fois-là s'agissant de la procédure d'agrément dans les SARL.

107. V. Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-24.869 : D. 2011, p. 2315, obs. X. Delpéch ; RTD com. 2011, p. 587, obs. P. Le Cannu et B. Dondero.

108. V. supra.

109. Sur cette question, V. encore P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés : Montchrestien, 2015, 5<sup>e</sup> éd., n° 1039.

110. Cass. com., 17 janv. 2012, préc. n° 104.

111. V. not. Cass. req., 31 oct. 1922 : DP 1922, 1, p. 239.

112. Cass. com., 2 juin 1950 : Bull. civ. IV, n° 189 ; RTD com. 1951, p. 550, obs. J. Becqué et H. Cabrillac. – CA Paris, 28 oct. 1999 : D. 2000, AJ, p. 54.

loi ne l'a pas prévu, qui surprend<sup>113</sup>. C'est surtout qu'il ne nous semble pas aller de soi qu'un agrément conditionnel équivaille à un agrément pur et simple, plutôt qu'à une absence pure et simple d'agrément. Il est à se demander si le juge ne pourra pas, comme il le fait pour les conditions illicites dans les libéralités, considérer que l'agrément donné sous condition n'existe plus, une fois supprimée la condition interdite. Certes, on pourra objecter que ce faisant, l'on donnera finalement effet à la clause de condition pourtant prohibée<sup>114</sup>. Il convient aussi de prendre en compte le principe, qui est celui de la libre négociabilité des actions, auquel la clause d'agrément ne peut apporter des restrictions que par exception, ce qui suppose une interprétation restrictive de l'exigence d'agrément... et donc conduirait à voir un agrément conditionnel comme un agrément pur et simple. Mais on pourrait également retenir qu'en droit des sociétés, le droit à refuser l'entrée d'un indésirable dans le cercle des associés ou à refuser l'accroissement de la participation d'un actionnaire en place est assez important pour qu'un agrément donné sous condition soit interprété comme un défaut d'agrément. Et ce d'autant que la procédure d'agrément est déjà suffisamment encadrée par le législateur. Il est vrai cependant que l'on pourrait tout autant lire l'agrément donné sous condition comme une absence de réponse de la société, ce que l'article L. 228-24 interprète comme un agrément<sup>115</sup>.

#### b) L'agrément collectif

71 - Il est fréquent qu'une cession envisagée voie l'une des parties faire partie d'un bloc. Soit les cédants sont plusieurs à envisager ensemble la cession de leurs titres, soit les cessionnaires sont un groupe.

La question se pose de savoir dans quelle mesure la réponse donnée à la demande d'agrément peut s'affranchir de cette particularité.

La modalité de l'acquisition envisagée doit-elle, ou peut-elle, être communiquée à la société ou aux autres associés, à l'occasion de la notification du projet de cession ? Cette modalité n'est pas un élément qui doit figurer obligatoirement dans l'information donnée au titre de l'article L. 228-24 du Code de commerce, mais des statuts de SAS pourraient exiger une telle information. La modalité du rachat envisagé fait d'autant plus partie des informations utiles à la société et aux associés que le cessionnaire pourra avoir convenu avec eux dans le projet de rachat qu'il ne se portera pas acquéreur si l'agrément n'était pas donné pour la totalité du bloc d'actions qu'il convoite.

La jurisprudence n'a eu que peu d'occasions de se prononcer sur la question, mais la Cour de cassation a tout de même jugé que lorsque plusieurs associés envisagent la cession à un même acquéreur, ils ne peuvent être contraints de subir entre eux une division au profit de plusieurs acquéreurs. La chambre commerciale a rendu une décision en ce sens le 11 février 1980, à propos d'une SARL mais la solution apparaît transposable à la SAS<sup>116</sup>. Des auteurs confortent cette position. Les professeurs Michel Germain et Véronique Magnier écrivent ainsi qu'« au cas où une offre porterait sur une certaine quantité d'actions, l'intérêt légitime du cédant interdirait aux organes sociaux de donner leur agrément pour une part et de le refuser pour le reste »<sup>117</sup>.

72 - Il faut ajouter un argument dans le sens d'un traitement identique de tous les cédants par une même assemblée, qui est le suivant. La clause d'agrément vise à préserver l'*intuitus personae* au sein de la société. À cet égard, il ne serait pas compréhensible que la société réponde à l'associé A, qui veut céder au tiers Z, qu'on lui refuse l'agrément, et dans le même temps que cet agrément soit donné pour l'opération de cession projetée par un autre associé B à ce même tiers Z. La société manquerait de cohérence au regard de l'appréciation de son propre intérêt, ce qui pourrait être une forme de manquement au devoir de ne pas se contredire au détriment d'autrui.

On relèvera encore l'opinion du professeur Pierre Mousseron qui écrit, à propos de la clause de préemption : « Il faudra notamment déterminer si la préemption sera divisible et pourra alors ne porter que sur certains titres, ou indivisible en ne portant que sur une cession massive de la totalité des titres détenus. En cas de divisibilité, pour éviter de laisser le candidat à la sortie avec des lambeaux de participation, l'équité invite à convenir que le ou les préempteurs devront acquérir le solde ou les rompus de la victime d'un exercice partiel du droit de préemption au prorata du nombre de parts finalement détenu. Un arrêt rendu en matière immobilière plaide pour cette indivisibilité de principe »<sup>118</sup>.

Il apparaît donc qu'une société devrait donner aux actionnaires souhaitant céder leurs titres « en bloc » une réponse globale s'agissant de l'agrément, qu'elle soit positive ou négative.

**Bruno DONDERO**

## 2° Le refus d'agrément

Anne-Françoise ZATTARA-GROS

maître de conférences à l'université de La Réunion

73 - La clause d'agrément, dont le succès ne tarit pas à l'épreuve de la lecture des instruments sociétaires tant l'on en salue les atouts indéniables – favoriser la stabilité du capital, protéger la société contre la prise de contrôle par une ou plusieurs personnes extérieures – peut placer certains associés en difficulté. C'est l'hypothèse connue de l'associé minoritaire, qui souhaite céder ses droits sociaux et se heurte à un refus d'agrément, lequel n'a pas à être motivé. Il se retrouve contraint de rester dans la société, sauf à pouvoir exercer un droit de retrait dans les sociétés où celui-ci est admis par la loi, ou user d'une clause de sortie prévue notamment dans un instrument extrastatutaire. Aussi, pour parer à cette difficulté, la loi prévoit, dans certains cas, une obligation de rachat des droits sociaux, qui pèse sur la société ou les autres associés, voire un tiers. Dans les sociétés par actions, où les clauses d'agrément sont autorisées par la loi et encadrées au regard du principe de libre négociabilité des titres, qui implique le droit constitutionnel pour tout actionnaire de céder ses actions<sup>119</sup>, auquel elles constituent une entorse<sup>120</sup>, il appartient au conseil d'administration, au directeur ou aux gérants, selon le cas, dans le délai de 3 mois à compter de la notification du refus d'agrément, de faire acquérir les actions soit par un actionnaire ou par un tiers, soit, avec le consentement du cédant, par la société en vue d'une réduction du capital (*C. com.*, art. L. 228-24, al. 2) aux fins que soit. Dans d'autres sociétés, siège plus naturel de ces clauses, des mécanismes analogues de « sortie de crise » sont prévus<sup>121</sup>. Bien que la procédure soit strictement encadrée sur de nombreux points par la loi, reste alors à régler les questions relatives au prix d'achat ou de rachat (b), ce qui suppose de revenir sur le prix offert dans la demande d'agrément (a).

118. P. Mousseron, *Les conventions sociétaires* : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2014, n° 541.

L'auteur cite, à l'appui de son propos, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 juin 2012, n° 11-12.893.

119. *Cons. const.*, 28 nov. 1973 : *Rec. Cons. const.* 1973, p. 45.

120. *Cass. com.*, 22 oct. 1969, n° 67-10.189 : *Bull. civ.*, IV, n° 307.

121. *C. civ.*, art. 1862, al. 2 et 3. – *C. civ.*, art. L. 223-13 sur renvoi de *C. com.*, art. L. 223-13.

113. Sur la jurisprudence, source autonome de clauses réputées non écrites, V. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette : *Economica*, 2006, n° 371 et s.

114. *Rapp. S. Gaudemet, préc. n° 112, spéc. n° 581* : « faire disparaître l'acte dans son intégralité ce serait alors, lorsque la clause qui contredit une valeur de l'ordre social est stipulée comme condition résolutoire, indirectement lui donner effet. Or tel est précisément le résultat que l'on entend éviter ».

115. *C. com.*, art. L. 228-24, al. 1<sup>er</sup> : « L'agrément résulte, soit d'une notification, soit du défaut de réponse dans un délai de trois mois à compter de la demande ».

116. *Cass. com.*, 11 févr. 1980 : *Rev. sociétés* 1980, p. 477, note D. Schmidt.

117. M. Germain et V. Magnier, *Les sociétés commerciales* : LGDJ, 20<sup>e</sup> éd., 2011, n° 1619.

### a) Les enjeux liés au prix offert

74 - Ils sont particulièrement évidents en matière de cession d'actions dès lors que l'article L. 228-24 du Code de commerce dispose que la notification de la demande d'agrément à la société doit mentionner notamment le nombre d'actions dont la cession est envisagée et « le prix offert » sans autre précision. Certains auteurs estiment la disposition applicable au-delà de ces formes sociales, par la simple référence à un « projet de cession » qui suppose forcément un prix (par ex. *C. com.*, L. 223-14, al. 2).

#### 1) Un prix provisoire ou définitif ?

75 - L'exigence de « prix offert » peut avoir des conséquences pour la suite de l'opération au sens où se pose la question de savoir si, en cas de refus d'agrément, le rachat doit s'opérer au prix arrêté dans cette demande. Autrement dit, le prix offert a-t-il un caractère définitif ou provisoire ? L'enjeu est de taille et il se pose particulièrement au professionnel qui est saisi de l'opération, lequel doit savoir s'il doit conseiller à son client, lequel va procéder à la notification de la demande d'agrément à la société, d'indiquer dans la demande le prix définitif ou alors s'il peut lui proposer de prévoir un prix provisoire (par exemple un prix plancher, en dessous duquel la cession ne pourrait pas opérer), le prix définitif étant déterminé postérieurement par application d'une clause de révision de prix.

Si l'on s'appuie sur la lettre du texte, rien n'interdit cette lecture et la chambre commerciale a considéré dans un arrêt du 11 janvier 2017 que le premier alinéa de l'article L. 228-24 ne requiert pas que le prix visé dans l'offre soit définitif<sup>122</sup>. Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article L. 228-24 prévoit qu'au cas où l'agrément est refusé, le prix offert est celui convenu par les parties et l'on ajoutera que le même alinéa prévoit qu'au cas où un désaccord s'élèverait entre le débiteur de l'obligation de rachat et le cédant que le prix serait alors nécessairement déterminé par un expert désigné par le président du tribunal de commerce, par renvoi de l'alinéa 2 de l'article L. 228-24 du Code de commerce à l'article 1843-4 du Code civil<sup>123</sup>. Si l'on évoque l'esprit du texte et recherche la finalité de la procédure d'agrément, qui est de permettre à la société d'opérer une sélection des personnes qui vont acquérir des actions, et non d'opérer un contrôle du prix, il est loisible de penser qu'il importe peu que le prix soit fixé définitivement ou provisoirement, ce que semble confirmer l'arrêt du 11 janvier 2017<sup>124</sup>. Ainsi, il serait possible d'envisager un prix provisoire au sein de la demande de notification. Mais on peut se demander si, à l'inverse, il serait possible d'exclure une telle possibilité par une clause dans les statuts ? La réponse à cette question passe par l'examen du caractère d'ordre public de la disposition. Or, à propos d'un autre aspect de la procédure, la jurisprudence considère qu'il s'agit là d'une disposition d'ordre public<sup>125</sup>. Dès lors, la contractualisation de l'exigence d'un prix définitif dans la demande de notification de l'agrément devrait être exclue<sup>126</sup>.

#### 2) Un prix réel et déterminable ?

76 - L'absence de précision sur le « prix offert » pose d'autres questions, à savoir si celui-ci doit répondre aux exigences classiques d'existence, de réalité et pertinence du prix.

Classiquement, le prix de cession ne doit être ni vil ni dérisoire, à peine de nullité relative<sup>127</sup>, sauf à ce qu'il existe notamment des contreparties suffisantes<sup>128</sup>. L'on sait aussi qu'il doit être déterminé, sinon déterminable<sup>129</sup>, par application de l'article 1591 du Code civil. Enfin, il doit être réel, ce qui exclut tout caractère fictif. Ces exigences semblent reprises par la jurisprudence la plus récente pour préciser la notion de « prix offert ». De celle-ci, il faut tirer les enseignements que le prix offert doit être sincère et réel. L'ombre du devoir de loyauté est évidente. Celui-ci est consacré à l'article 1104 du Code civil et s'exprime, par ailleurs, dans l'obligation d'information lors des négociations précontractuelles de l'article 1112-1 du même code. Son non-respect est sanctionné par une responsabilité extra-contractuelle de celui tenu à l'obligation et l'annulation du contrat si réticence dolosive. Aussi, il appartient au professionnel qui accompagne l'opération d'être attentif à ces éléments pour limiter la fraude (cession supérieure à la valeur réelle des titres indiquée dans une contre-lettre pour inciter à l'agrément). L'exigence d'un prix déterminé, voire déterminable au jour de la notification de la demande est moins évidente. À titre de précaution, l'on recommandera, à défaut de prix définitif proposé, que le cédant prévoit un prix provisoire avec mention selon laquelle le prix définitif sera déterminé par application d'une clause de révision.

Precisions sur le prix offert de l'article L. 228-24 du Code de commerce : Cass. com., 11 janv. 2017, n° 15-13.025 Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'il résulte de l'article L. 228-24, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce et de l'article 12 des statuts de la société CDH que la notification de la demande d'agrément doit indiquer « le prix offert », l'arrêt, par motifs propres et adoptés, retient que le prix mentionné dans la notification du 23 avril 2014 ne revêt pas de caractère fictif ou insincère, que les contestations formulées par la société CDH sur la pertinence du prix offert ne sont pas justifiées, l'agrément portant sur la personne du cessionnaire et non sur le prix, et les dispositions légales et statutaires prévoyant une procédure de détermination du prix par voie d'expertise judiciaire en cas de désaccord sur le prix d'achat entre le cédant et la société tenue de faire acquérir les titres ou de les acquérir elle-même faute d'avoir agréé le cessionnaire ; qu'il ajoute que les cédants ont, par lettre du 3 juin 2014, explicité les modalités de calcul de la clause de révision, fondées sur des données comptables, étrangères à la volonté des parties et rendant le prix objectivement déterminable à la date de la cession ; que de ces appréciations, la cour d'appel a pu déduire que la notification par MM. Bertrand et Pierre X de la demande d'agrément satisfaisait à l'exigence légale et statutaire de mention du prix offert ; que le moyen n'est pas fondé ; Par ces motifs : rejette le pourvoi ; [...]

### b) Les enjeux liés au prix d'achat ou de rachat

77 - Lorsque l'agrément est refusé, il faut faire acquérir les titres ou droits sociaux offerts par un associé, un tiers ou la société ce qui suppose d'établir un prix d'achat ou de rachat. Il va de soi que les discussions et solutions, qui se sont élevées ou ont été retenues en matière de prix de cession, se retrouvent ici lors de l'opération de rachat, étant entendu que le prix d'achat ou de rachat peut être différent de celui arrêté dans le projet de cession. En effet, ce prix est fixé d'un commun accord entre les parties en présence, c'est-à-dire le cédant et un autre associé ou un tiers ou encore la société.

122. Cass. com., 11 janv. 2017, n° 15-13.025 : Bull. Joly 2017, p. 222, note M. Buchberger ; Rev sociétés, 2017, p. 418, note J. Heinich.

123. Sur l'ancienne version de l'article 1843-4 du Code civil, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 2015, n° 14-14.003 : JCP E 2015, 1625. – Cons. const., 16 sept. 2016, n° 2016-563 QPC : Dr. socie?te?s 2016, comm. 181, p. 11, note Mortier R. ; JCP E 2016, 1554, spe?c. n° 4, obs. B.-O. Becker.

124. Cass. com., 11 janv. 2017, n° 15-10.325.

125. Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-18.362 : D. 2008, p. 1207, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2008, p. 801, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; Bull. Joly 2008, p. 585, note D. Poracchia ; Dr. sociétés 2008, comm. 129, note H. Hovasse.

126. Contra, V. J. Heinich, note préc ss Cass. com., 11 janv. 2017.

127. Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218 : 500 euros pour cession de 5 % du capital d'une société.

128. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 1981 : D. 1981, inf. rap. p. 517 : pour la prise en charge d'un passif. – V. CA Paris, P, 5<sup>e</sup> ch., 19 mars 2013, n° 12/01357 : Gaz. Pal. 2-4 févr. 2014, p. 20, note B. Dondero : pour un engagement à obtenir une réduction de l'endettement bancaire de la société cédée à hauteur d'un certain montant.

129. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 sept. 2007, n° 06-14.357 : Defrénois 30 déc. 2007, n° 38967-1, p. 1725 et s., note R. Libchaber.

Ce prix doit exister, être déterminé, sinon déterminable<sup>130</sup> selon des éléments « *sérieux, précis et objectifs* », qui rendent l'opération indépendante de la volonté de l'une ou l'autre des parties. Au vu de l'abondance du contentieux sur ce point, cette dernière contrainte est particulièrement difficile à respecter. Dans l'hypothèse d'un contexte marqué par un refus d'agrément, les choses ne sont pas aisées. S'il s'agit de retenir le prix proposé par le cédant à son premier cessionnaire, l'on court le risque que ce prix soit majoré à dessein. S'il s'agit de faire le choix du prix proposé par le bénéficiaire d'une clause de préférence, le risque est, à l'inverse, qu'il soit minoré. Des garde-fous permettent cependant de sécuriser l'opération, qui résident dans le recours au devoir de loyauté (1) et à la tierce expertise (2).

### 1) Sécuriser par le recours au devoir de loyauté

78 - Un premier garde-fou est d'ordre interne. Il réside dans l'application du devoir de loyauté, qui s'impose désormais au dirigeant d'une société<sup>131</sup> en matière de fixation du prix de cession du fait de sa position privilégiée au regard des informations qu'il détient concernant la société<sup>132</sup>. La jurisprudence considère que dirigeants, voire même les membres d'un organe de surveillance, peuvent manquer à leur devoir de loyauté si, lors de la procédure d'agrément, ils cherchent à imposer aux associés cédants un prix (par exemple, en référence à la valeur de l'action de la société donnée chaque année à titre indicatif par le commissaire aux comptes)<sup>133</sup>, a fortiori un prix anormal. Elle en dessine le contenu puisqu'elle n'hésite pas, au titre de ce devoir, à assujettir le dirigeant à une obligation d'information sur des éléments de la cession susceptibles d'influer sur le consentement du cédant (par exemple, des négociations parallèles menées par le dirigeant avec un tiers pour revendre à meilleur prix les titres faisant l'objet de la cession<sup>134</sup>). Elle lui impose encore d'alerter sur l'importance d'une information particulière quant à l'évaluation des droits sociaux que seul le dirigeant peut connaître (par ex., un litige en cours, passif), à l'exclusion de celles que l'associé cédant détient ou mises à sa disposition (existence d'une clause d'inaliénabilité, combinaison d'une clause de préemption et clause d'agrément). Ces considérations ont vocation à s'appliquer tant en matière d'achat que de rachat. Il s'agit là ni plus ni moins de la déclinaison d'un devoir général de loyauté, qui a trouvé par ailleurs consécration à l'article 1104 du Code civil. Ainsi, il est possible de considérer que ce devoir de loyauté du dirigeant suppose que celui-ci transmette les informations qu'il connaît ou est censé connaître et qui portent sur le contenu du contrat d'achat ou de rachat (par ex., nullité d'une clause d'agrément prononcée par décision de justice dont il est destinataire et incidences sur le prix), la qualité des parties (par exemple, procédure collective<sup>135</sup> et dont il connaît ou doit connaître l'importance de ces informations pour emporter le consentement du cédant. Pour être certain de respecter ces contraintes, le professionnel qui accompagne l'opération doit avoir à une vision globale et garder à l'esprit que la sécurisation de l'opération d'achat ou de rachat doit passer par un certain nombre de vérifications préalables tant au niveau des parties elles-mêmes mais également au-delà, des dirigeants de la société dont les droits sociaux sont appelés à être cédés de façon à saisir tous les éléments et circonstances de nature à influencer sur le consentement du cédant et les conditions du rachat.

Précisions sur le devoir de loyauté du dirigeant en présence d'une cession de droits sociaux soumise à agrément : Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-18.221. Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant, par une appréciation souveraine, exempte de dénégation, des éléments de preuve qui lui étaient soumis, retenu que le prix de vente de chacune des cessions avait été fixé par MM. L. et D. et par René D., qu'il n'avait fait l'objet d'aucun désaccord de la part des membres du directoire ou du conseil de surveillance, qu'aucun élément du dossier ne mettait en exergue l'existence de pressions sur les cédants lors de la fixation du prix de cession des actions ou du choix du cessionnaire, et que si une valeur de l'action de la société VNI avait pu être donnée à titre indicatif par le commissaire aux comptes de la société, rien ne permettait de conclure que cette pratique était institutionnalisée et que la valeur donnée pouvait revêtir un caractère obligatoire, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre MM. L. et D. et M<sup>me</sup> D. dans le détail de leur argumentation, ni de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'elle décidait d'écarter, a pu en déduire que le prix de vente n'avait pas été imposé aux cédants par le conseil de surveillance ou le directoire ;

Et attendu, en second lieu, qu'ayant estimé qu'il n'était pas démontré que les membres du directoire et du conseil de surveillance aient eu conscience, avant le prononcé du jugement ayant annulé la clause d'agrément, de l'éventuelle nullité de cette clause et de ses conséquences sur le prix de cession des actions, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer une recherche que ses appréciations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision ; D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen, pris en ses cinquième et sixième branches, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ; Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident, qui est éventuel : Rejette le pourvoi ;

### 2) Sécuriser par le recours à la tierce expertise

79 - Le second garde-fou est d'ordre externe. Le recours à l'expertise d'un tiers est envisagé pour procéder à la fixation du prix de rachat sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil, soumis à un processus jurisprudentiel de dilatation. Le recours à l'article 1843-4 n'est toutefois pas exempt de difficultés, en particulier depuis le toilettage du texte par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés. L'on soulignera au passage qu'hier<sup>136</sup>, comme aujourd'hui, les dispositions de l'article 1843-4 du Code civil qui n'ont ni pour objet ni pour effet d'investir l'expert du pouvoir de prononcer une sanction ayant le caractère d'une punition et ne font pas par elles-mêmes obstacle à l'application d'une procédure contradictoire mais visent seulement à garantir, dans tous les cas où sont prévus le rachat de droits sociaux par la société, et s'il y a désaccord sur leur valeur, la juste évaluation des droits du cédant par l'intervention d'un tiers chargé de fixer cette valeur sont conformes aux règles et principes de valeur constitutionnelle. Deux séries de questions surgissent.

80 - Une première vague d'interrogations surgit de la nouvelle formulation de l'article 1843-4. Il convient tout d'abord de se poser la question de savoir si la nouvelle formule de l'article 1843-4 autorise l'application de ce texte à toutes les situations de refus d'agrément, ce qui conduit à s'interroger sur le champ d'application du nouvel article. Le I de la nouvelle version de l'article 1843-4 prévoit : « *Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné [...] par les parties* ». Pour que le texte s'applique, il faut ainsi un renvoi à celui-ci par un texte d'origine législative pour fixer les conditions de prix d'une opération de cession. Tel est par exemple l'hypothèse de l'article L. 223-14 qui

130. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 sept. 2007, n° 06-14.357 : *Defrénois* 30 déc. 2007, n° 38967-1, p. 1725 et s., note R. Libchaber.

131. À titre d'exemple, Cass. com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638 : *Bull. civ. IV*, n° 86.

132. K. Grévin-Lemercier, *Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour* : *Gaz. Pal.* 11 févr. 2012, n° 42, p. 7, n° 1.

133. Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-18.221 : *Rev. sociétés* 2017, p. 493, note K. Deckert.

134. Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-11.970 : *Rev. sociétés* 2013, p. 689, note Th. Massart ; *RTD civ.* 2013, p. 373, obs. B. Fages.

135. Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-22.354 : *JurisData* n° 2016-009728.

136. *Cons. const.*, 16 sept. 2016, n° 2016-563 QPC, préc. n° 122.

règle le refus d'agrément d'un tiers en cas de cession de parts de SARL, ainsi que l'article L. 228-24 applicable aux sociétés par actions. L'on observera que tous les articles de loi relatifs à des cessions de droits sociaux ne renvoient pas expressément et directement à l'article 1843-4, ni de façon impérative, ce qui laisse à penser qu'en l'absence d'un tel renvoi, semble fermer la voie du recours à l'expert de l'article 1843-4. C'est sans compter sur le second cas d'ouverture prévu par le II de l'article 1843-4 qui prévoit son application « dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé [...] sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable ». La lecture de la disposition permet de conclure qu'en visant les seuls statuts le texte ne trouve pas à s'appliquer en présence d'un instrument extrastatutaire de nature conventionnelle (pacte d'associés) ou non (charte d'associés) qui prévoirait la cession des parts ou des actions sans en déterminer le prix ou d'actes qui prendraient appui sur ces statuts de type promesse de cessions ou cessions parfaites, ce que la jurisprudence a déjà jugé sous l'empire de l'ancienne version du texte<sup>137</sup>. Il convient dès lors d'être vigilant sur l'emplacement de la clause d'agrément dès lors que l'article 1843-4 est mobilisé car hors les cas dessinés par les textes d'origine législative y renvoyant ou prévus par les statuts, les parties ne pourraient volontairement se soumettre à ce texte pour que le prix soit déterminé et résoudre une situation de blocage. Il leur resterait l'option de l'article 1592.

La seconde question qui vient à l'esprit, dès lors que les parties ont choisi d'y faire expressément référence dans un acte autre que les statuts, par exemple, un pacte d'associés ou d'actionnaires, est celle des conséquences du recours à cet article en dehors du champ du texte. Aucune sanction n'est alors prévue. Une interprétation sévère du texte pourrait conduire à considérer que la convention concernée (autre que les statuts) serait dépourvue de tout prix déterminable. Une interprétation utile permettrait d'appliquer la volonté des parties qui ont entendu confier la fixation du prix à un tiers, hypothèse envisagée en substance par l'article 1592, qu'il serait possible d'appliquer mais cela suppose alors un consensus.

Pour les achats ou rachats organisés selon des clauses de statuts signés après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la nouvelle version s'applique, et une troisième question surgit alors. L'expert désigné est-il tenu de respecter les règles et méthodes de détermination du prix éventuellement définies par les parties ? Au préalable, il est utile de rappeler, qu'hier comme aujourd'hui, la décision rendue par le président du tribunal statuant en la forme des référés sur la demande de désignation d'un expert pour la détermination de la valeur de droits sociaux est sans recours possible, sauf cas d'excès de pouvoir<sup>138</sup>. Lorsque l'expert est désigné, deux situations doivent être distinguées. Soit une clause de valorisation a été insérée pour fixer la valeur des droits cédés, l'expert devra alors respecter les règles et modalités de détermination de la valeur des droits définies par les parties (*C. civ.*, art. 1843-4, al. 4). Soit aucune clause de détermination du prix n'a été prévue, l'expert aura, dans le silence du nouveau texte, toute latitude pour déterminer la valeur des droits sociaux selon les critères qu'il juge opportuns<sup>139</sup>, et ce dans la limite de l'erreur grossière<sup>140</sup>.

81 - Une deuxième vague de question est liée à l'application de l'ancienne version de l'article 1843-4. Il convient de s'interroger sur le sort des conventions conclues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance faisant toujours une référence expresse à

l'article 1843-4 du Code civil. Par principe, la convention demeure régie par le droit existant au jour de sa conclusion<sup>141</sup>, sauf si la loi nouvelle est d'ordre public. Ces conventions devraient rester soumises à l'ancien article 1843-4 sauf dans les cas où la jurisprudence jugeait que l'application de l'article devait être écartée (promesses de cessions, cessions parfaites).

La question suivante est de savoir si l'expert est libre ou s'il est lié par les dispositions statutaires lorsque celles-ci existent. La liberté de l'expert s'exerce par principe pour déterminer la valeur des droits sociaux dans le cas où le texte s'applique. La jurisprudence lui reconnaît une totale liberté à condition de justifier les modalités et méthode<sup>142</sup>, sauf s'il existe des clauses les prévoyant<sup>143</sup>. Quant à la date de remboursement des droits sociaux, la question a fait couler beaucoup d'encre. Il s'agira d'avoir pour guide la jurisprudence au moment de rédiger la clause sur ce point. Selon la Cour de cassation, les dispositions de l'article 1843-4 du Code civil exigent que l'expert désigné retienne, pour évaluer la valeur de ces droits sociaux, en cas de contestation, la date la plus proche du remboursement des droits sociaux<sup>144</sup>, solution partagée par le Conseil constitutionnel<sup>145</sup>.

82 - De l'ensemble des considérations qu'il précède, il est possible de préconiser, notamment dans les sociétés où la liberté contractuelle règne en maître (SAS), la formule suivante pour ce qui est de la procédure d'agrément<sup>146</sup> :

#### Clause d'agrément Article... – Procédure d'agrément

Les actions de la société ne pourront être cédées à un tiers qu'après agrément donné par une décision collective des actionnaires.

L'associé cédant ses actions doit notifier au président de la société, par lettre recommandée avec accusé de réception, une demande d'agrément.

Cette dernière doit contenir l'identification complète du cessionnaire, à savoir les nom, prénom et le domicile de la personne physique ou la dénomination, le siège social, le capital, le numéro RCS, la composition des organes de direction et d'administration, l'identité des associés de la personne morale, le nombre d'actions que l'associé envisage céder ainsi que le prix de cession offert.

Dès réception, le président notifie cette demande d'agrément aux associés de la société.

Les décisions relatives à l'agrément sont prises à la majorité des actionnaires présents ou représentés. Elles ne sont pas motivées.

[...]

En cas de refus d'agrément, et si le cédant ne renonce pas à la cession initialement envisagée, la société est tenue, dans le délai de 3 (trois) mois à compter de la notification de la décision de refus d'agrément soit d'acquiescer, avec l'accord de l'associé cédant, les actions dont la cession est envisagée soit de faire acquiescer lesdites actions par un autre actionnaire ou un tiers.

Dans le premier cas, celle-ci est tenue dans les 6 (six) mois de ce rachat de les céder ou de les faire annuler par réduction de son capital social. Le président sollicite l'accord du cédant par lettre recommandée avec accusé de réception à laquelle le cédant doit répondre dans les... jours de la réception. En cas d'accord, le président provoque une décision collective des associés à l'effet de décider du rachat des titres par la société et de la réduction corrélative du capital social.

137. Cass. com., 26 févr. 2013, n° 11-27.521.

138. Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-16.349 ; D. 2012. Actu. 1265, obs. Lienhard. – Cass. com. 15 mai 2012, n° 11-12.999 ; D. 2012. Actu. p. 1399, obs. Lienhard. – Cass. com. 15 mai 2012, n° 11-17.866. – Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-26.555 ; BJS juill. 2016, n° 07-08, p. 382.

139. Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-12.717 ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 701, § 397, note R. Mortier ; JCP E 2012, 1395, note A. Viandier.

140. Cass. com., 15 janv. 2013, n° 12-11.666 ; Gaz. Pal. 6 avr. 2013, p. 27, note A.-F. Zattara-Cros : expert qui opte pour une date d'évaluation autre que celle « la plus proche de celle du remboursement [...] (des) parts sociales ».

141. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 juill. 1979, n° 77-15.552 ; Bull. civ. III, n° 149.

142. Cass. com., 29 sept. 2015.

143. Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-17.807 ; D. 2014, p. 2446, note Desaché et Dondero ; Rev. sociétés 2015, p. 19, note Moury. – Contra en présence de directive dans les statuts et le règlement intérieur, Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-11.668 ; D. 2010, p. 581.

144. Cass. com., 16 juin 2016, n° 16-40.018 ; JurisData n° 2016-011981.

145. Cons. const., 16 sept. 2016, n° 2016-563 QPC, préc. n° 122.

146. V. aussi G. Chaudré et F. Dannenberger, SAS – Sociétés par actions simplifiées. – Clause d'agrément : RFP 2015, form. 2.

Dans les autres cas, le président avisera les associés de la cession projetée, par lettre recommandée avec accusé de réception, en invitant chacun à lui indiquer le nombre d'actions donnant accès au capital qu'il veut acquérir. Les offres d'achat sont adressées par les associés, par lettre recommandée avec accusé de réception, dans les... jours de la réception de la notification.

Si les offres d'achat ne couvrent pas la totalité des titres, le président peut faire acheter les titres disponibles par des tiers préalablement agréé.

Dans tous les cas d'achat ou de rachat visés ci-dessus, le prix des actions est fixé d'un commun accord entre les parties. À défaut d'accord entre les parties sur la détermination du prix, il est fixé par voie d'expertise dans les conditions de l'article 1843-4 du code civil.

[...]

Anne-Françoise ZATTARA-GROS

### 3. L'agrément au-delà du droit des sociétés

83 - Difficile de dire là où commence et là où s'arrête le droit des sociétés. Si l'on part du postulat que ce que l'on appelle communément le droit des sociétés est contenu dans le livre II du Code de commerce, toutes les dispositions qui se situeraient en dehors relèveraient d'une autre matière. En réalité, la matière sociétaria est plus vaste. Présente dans le droit commun, elle inclut aussi le droit « hyperspécial » des sociétés, dont celui des structures sociétarias d'exercice libéral, qui se distingue au regard de l'objet qui est le leur, par des règles de constitution et de fonctionnement particulières lesquelles mettent en lumière le mécanisme d'agrément sous un angle renouvelé et original (A). Elle s'étend aussi à la société en difficultés, régie par le livre VI du Code de commerce, lequel vient perturber les dispositions issues du livre II, siège de l'autonomie de la volonté (B).

#### A. - Les particularités de l'agrément dans les structures sociétarias d'exercice libéral

Hervé LÉCUYER  
agrégé des facultés, professeur à l'université Panthéon-Assas

84 - Celui qui appréhende le domaine des structures d'exercice des activités libérales est immédiatement marqué par la place qui y est occupée par l'agrément.

C'est d'abord l'agrément des structures que définit l'article 3 de la loi du 31 décembre 1990 applicable à toutes sociétés d'exercice libéral, agrément requis de l'autorité compétente (à moins que ce ne soit l'inscription au tableau de l'ordre professionnel) dans des formes définies par une kyrielle de décrets (un par profession réglementée).

L'ordonnance du 31 mars 2016 a répondu à l'invitation de la loi du 6 août 2015<sup>147</sup> et institué des « sociétés constituées pour l'exercice en commun des professions d'avocat, d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, de commissaire-priseur judiciaire, d'huissier de justice, de notaire, d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire, de conseil en propriété industrielle et d'expert-comptable ».

L'article 31-4 de la loi de 1990 qui en est issu réserve le jeu de l'article 3, à l'exception de son troisième alinéa, pour les sociétés pluri-professionnelles d'exercice (SPE), étendant ainsi le domaine de l'agrément qu'on qualifierait de légal ou institutionnel. En écho, le décret n° 2017-794 du 5 mai 2017 détaille les modalités de l'agrément requis pour les SPE.

C'est ensuite l'agrément des professionnels, qui a justifié l'élaboration d'un arsenal de dispositions dérogatoires du droit commun.

Néanmoins la dérogation ne caractérise pas l'agrément donné dans toutes structures. Ainsi, et par exemple, la loi Macron du 6 août 2015, en autorisant les professionnels libéraux à recourir aux sociétés commerciales simplement réglementées par le livre II du Code de commerce a renouvelé les termes du débat en assurant la coexistence de structures soumises à règles dérogatoires, quant à l'agrément (1°) et de structures abandonnées au droit commun, sur ce dernier point (2°).

#### 1° La dérogation

85 - Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1990 « relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participation financières de professions libérales », il peut être constitué, pour l'exercice de telles professions, « des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés anonymes, des sociétés par actions simplifiées ou des sociétés en commandite par actions régies par les dispositions du livre II du code de commerce, sous réserve des dispositions du titre 1<sup>er</sup> de la présente loi ».

Le principe d'un arsenal spécial et dérogatoire au droit commun des sociétés est immédiatement posé et trouve à s'exprimer, quelques dispositions plus loin, relativement à l'agrément des associés ou actionnaires dans les différentes structures évoquées. Les décrets pris pour l'application à chacune des professions concernées des dispositions de la loi du 31 décembre 1990 développent le régime applicable à l'agrément légalement requis<sup>148</sup>.

L'article 10, dans ses alinéas 3 et suivants, développe un ensemble de solutions spécifiques quant à cet agrément. La dérogation tient, selon les cas, au principe de l'agrément ou au régime de ce dernier.

##### a) Le principe de l'agrément

86 - L'article 10 œuvre à rendre celui-ci obligatoire là où, en droit commun des sociétés, il n'est que facultatif et abandonné à la liberté statutaire.

Ainsi, la disposition spéciale affirme la nécessité de l'agrément pour les cessions d'actions de SEL à forme anonyme alors que le filtrage de l'entrée de nouveaux actionnaires dans la SA classique, qui affecte au demeurant la nature de la société de capitaux, n'est qu'une faculté laissée aux actionnaires de l'organiser statutairement, dans un champ et moyennement une procédure rigoureusement balisés (C. com., art. L. 228-23 à L. 228-26). Un même basculement du facultatif à l'obligatoire se constate pour la commandite par actions : celle de droit commun, par la grâce d'un renvoi aux dispositions relatives à la SA (C. com., art. L. 226-1), consacre la liberté d'insérer une clause d'agrément dans les statuts, tandis que l'article 10, alinéa 4 de la loi du 31 décembre 1990 impose l'agrément des nouveaux actionnaires dans les SEL en commandite par actions.

Un même glissement semble devoir être constaté à propos des sociétés par actions simplifiées. Au facultatif de l'article L. 227-14 du Code de commerce (« Les statuts **peuvent** soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société ») répond l'impérativité de l'article 10, alinéa 5.

L'article 10 est porteur de ses propres exceptions. On y lit, *in fine*, que « les troisième à avant-dernier alinéas du présent article ne sont pas applicables aux cas mentionnés aux 1° et 3° du I de l'article 6 ».

87 - L'exception prend peu de mots, mais couvre, en fait, un domaine important.

Le 1° du I de l'article 6 vise le « cas » suivant : « Sauf pour les sociétés ayant pour objet l'exercice d'une profession de santé, plus de la moitié du capital et des droits de vote des SEL peut aussi être détenue par des personnes établies en France ou mentionnées au 6° du B du I de l'article 5, exerçant la profession constituant l'objet

social de la société ou par des sociétés de participations financières de professions libérales dans les conditions prévues au II du présent article et au titre IV de la présente loi ».

Quant au 3° de ce même article, il dispose : « Pour les sociétés ayant pour objet l'exercice d'une profession juridique ou judiciaire, plus de la moitié du capital et des droits de vote peut aussi être détenue par des personnes, établies en France ou mentionnées au 6° du B du I de l'article 5, exerçant l'une quelconque des professions juridiques ou judiciaires ».

Le renvoi opéré à ces deux dispositions ne se laisse pas aisément comprendre : il est renvoyé « aux cas », non aux structures qui y sont décrites. Ceci semble vouloir dire que l'exigence de l'agrément, normalement imposée, serait levée en cas de cession de contrôle – dès lors, précisément, que la cession porterait sur plus de la moitié du capital et des droits de vote, encore que les 1° et 3° de l'article 6 visent une composition du capital social figée, alors qu'on l'envisagerait, transposé dans l'optique de l'article 10, comme constituant l'objet d'une opération translatrice...

Il faut, en outre, considérer que le dernier alinéa de l'article 10 ne porte exception qu'à l'agrément impérativement imposé par les alinéas précédents. Il semble, en revanche, que cette disposition ne paralyse pas le jeu d'une clause d'agrément statutaire.

#### b) Le régime de l'agrément

88 - Il n'était pas nécessaire, dans l'article 10, de s'intéresser à la SELARL sur le principe de l'agrément obligatoire. Le droit commun de la SARL cultive déjà le principe de l'agrément obligatoire. En revanche, il a été nécessaire d'adapter le régime de l'agrément, en substituant l'exigence d'une majorité des trois quarts des porteurs de parts exerçant la profession au sein de la société à celle de droit commun (une majorité des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales).

Les règles de majorité sont redéfinies dans les SEL converties à agrément obligatoire : deux tiers des actionnaires exerçant leur profession au sein d'une SEL à forme anonyme ou deux tiers des membres du conseil de surveillance ou du conseil d'administration exerçant dans la structure. L'agrément dans la SELAS suppose l'accord de deux tiers des associés exerçants.

La commandite par actions dispose d'un régime spécial, décliné à l'article 10 et à l'article 13. L'acquisition de la qualité d'associé commandité est soumise à une décision d'agrément prise à l'unanimité des associés commandités et qui résulte soit de la signature des statuts, soit, en cours de vie sociale, d'une décision prise à l'unanimité des commandités et à la majorité des deux tiers des actionnaires. L'acquisition de la qualité d'associé commanditaire est, quant à elle, subordonnée à agrément des commandités à la majorité des deux tiers.

#### 2° L'absence de dérogations

89 - La loi Macron a réalisé, quant aux structures susceptibles d'être adoptées par les professions libérales réglementées ou dont le titre est protégé, une ouverture considérable, en autorisant le recours aux sociétés commerciales de droit commun comme techniques d'organisation de l'entreprise libérale. Les textes propres à chaque profession concernée ont en conséquence été retouchés pour entériner cette ouverture.

Ainsi l'article 63 de la loi Macron incorpore-t-il dans l'article 1bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat, une disposition selon laquelle « le notaire peut exercer sa profession... dans le cadre d'une entité dotée de la personnalité morale, à l'exception des formes juridiques qui confèrent à leurs associés la qualité de commerçant ». Une même incorporation est réalisée dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des commissaires-priseurs, celle de même date relative au statut des huissiers, etc.

L'ouverture est très importante. Aux notaires, par exemple, la possibilité de recourir, pour l'exercice de leur profession à « une entité » dotée de la personnalité morale. La proposition embrasse

plus large que les simples sociétés, et l'on doit admettre, notamment, le possible recours à l'association. Sont seulement exceptées les formes juridiques qui confèrent à leurs associés la qualité de commerçant.

90 - L'article 63 de la loi Macron fut accompagné du décret n° 2106-883 du 29 juin 2016 « relatif à l'exercice des professions d'huissier de justice, de notaire et de commissaire-priseur judiciaire sous forme de société autre qu'une société civile professionnelle ou qu'une société d'exercice libéral ». Ce décret ne comprend pas de dispositions particulières dérogeant aux dispositions de droit commun encadrant l'agrément dans les structures concernées. Ce sont donc les dispositions propres à chacune des structures, comprises dans le livre II du Code de commerce, qui auront vocation à gouverner l'agrément dans ces sociétés d'exercice de l'article 63.

La SPE, quant à elle, peut revêtir « toute forme sociale, à l'exception de celles qui confèrent à leurs associés la qualité de commerçant ». L'article 31-4 ajoute que « elle est régie par les règles particulières à la forme sociale choisie et par les dispositions du présent titre ».

Si la loi de 1990 est discrète, et développe un dispositif assez profondément dérogeant au droit commun, quant à l'agrément des associés ou actionnaires entrant dans une société d'exercice libéral, la loi reste muette, en revanche, sur cette question, quand elle développe le régime de la société pluri-professionnelle d'exercice (SEP) à laquelle sont réservées les dispositions du Titre IV bis. Tout juste l'article 31-12 renvoie-t-il à un décret en Conseil d'État le soin de fixer les conditions d'application du titre IV bis, notamment « les règles de fonctionnement spécifiques à la société pluri-professionnelle d'exercice ».

91 - Or, le décret n° 2017-794 du 5 mai 2017 auquel il est renvoyé par l'article 31-12, s'il comprend de nombreuses dispositions relatives à l'agrément légal ou institutionnel, ne porte pas de dispositions relatives à l'agrément, par la société, des associés ou actionnaires. La SPE n'est donc soumise, à ce sujet, qu'aux dispositions applicables à la structure dont elle épouse, au cas particulier, les contours. Si ses associés ou actionnaires optent pour une SEL, le dispositif dérogeant plus haut analysé s'appliquera ; si, en revanche, ils optent pour une structure exclusivement gouvernée par le livre II du Code de commerce (SARL, SA, SAS...), c'est le dispositif de droit commun qui jouera, sans restriction ni adaptation, c'est-à-dire sans glissement du facultatif à l'obligatoire, lorsque la société de droit commun n'impose pas l'agrément, et sans redéfinition des règles fixant la majorité requise pour le vote sur l'agrément.

Une même situation peut être relevée à propos des Sociétés de participations financières de professions libérales (SPFPL mono-professionnelles, c'est-à-dire destinées à prendre des participations dans plusieurs sociétés consacrées à l'exercice d'une même profession ; SPFPL pluri-professionnelles détenant parts ou actions de société ayant pour objet l'exercice de deux ou plusieurs des professions concernées).

Ces holdings peuvent être constituées sous la forme de SARL, de SA, de SAS ou de sociétés en commandite par actions régies par le livre II du Code de commerce, « sous réserve des dispositions contraires » des dispositions qui leur sont consacrées dans la loi du 31 décembre 1990. Or, ces dispositions n'abordent pas la question de l'agrément. Sur ce point, les SPFPL sont ainsi soumises aux seules dispositions du Code de commerce gouvernant l'agrément dans les différentes structures susceptibles d'être adoptées.

Hervé LÉCUYER

## B. - Les perturbations de l'agrément dans la société en difficulté

Caroline TABOUROT-HYEST  
maître de conférences  
à l'Université Panthéon-Sorbonne

92 - Droit des entreprises en difficulté et droit des sociétés ont parfois bien du mal à s'articuler. Le droit des sociétés est le domaine privilégié de l'autonomie de la volonté et plus particulièrement de la loi de la majorité. Les décisions sociales dépendent du vote majoritaire et les cessions de titres sociaux sont ainsi la plupart du temps soumises à l'assentiment des majoritaires afin de contrôler tout nouvel entrant dans la société par le biais de clauses d'agrément. Le droit des entreprises en difficulté, pétri de préoccupations socio-industrielles, est le domaine de prédilection d'un ordre public économique destiné avant tout à sauvegarder l'entreprise en autorisant son redressement ou la cession rationnelle de ses actifs dans le cadre d'une liquidation judiciaire sans se préoccuper des desiderata des associés ou actionnaires de contrôler la composition du capital social. Ces deux branches du droit ont été élaborées dans la parfaite ignorance de l'existence de l'une ou de l'autre : le droit des sociétés prenant en définitive fort peu en compte le droit des entreprises en difficulté et inversement, ce qui aboutit bien souvent à des situations bien peu satisfaisantes. Il n'empêche que les principes de leur articulation existent. Dans le cadre des procédures préventives, la cession des titres sociaux obéit en principe aux règles de droit commun des sociétés. S'il existe un agrément légal ou statutaire, celui-ci doit être respecté ; seules certaines atteintes à ce principe sont tolérées (1°). En revanche, dans le cadre des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires, la loi de la majorité peut être totalement sacrifiée sur l'autel du redressement ou de la reprise des actifs de la société. L'agrément des associés ou actionnaires sera ainsi neutralisé au nom d'un objectif supérieur : la continuité de l'entreprise (2°).

### 1° L'agrément dans le cadre des procédures préventives

93 - Le législateur a créé des procédures préventives dans le but d'anticiper les difficultés des sociétés avant tout état de cessation des paiements. Ces procédures qu'elles soient amiables (mandat ad hoc, conciliation) ou judiciaires (sauvegarde judiciaire et ses dérivées) sont toutes des procédures volontaires : seul le représentant légal de la société en difficulté peut en demander leur bénéfice. Aussi, afin de récompenser le dirigeant qui agit en amont d'un état de cessation des paiements, le législateur le protège. Il ne peut plus être évincé de la société depuis 2008 (*ex-article L. 626-4 du Code de commerce*) et la cession de ses titres ne peut être interdite par le tribunal. Plus généralement, la société étant toujours *in bonis*, il n'y a aucune raison que les règles du droit des sociétés ne jouent pas pleinement leur effet. Les clauses d'agrément d'origine légale ou contractuelle doivent être rigoureusement respectées. Tel est le principe : la loi de la majorité doit battre son plein en matière de procédures préventives dans le respect des règles du droit des sociétés. De manière très exceptionnelle, le législateur est venu porter atteinte à ce principe en matière de sauvegarde judiciaire (a). On peut également se demander si la nouvelle mission de la conciliation dite de *prepack cession* n'interfère pas avec les règles du droit des sociétés en matière de clause d'agrément (b).

#### a) L'agrément neutralisé face à un plan concurrent en sauvegarde

94 - Depuis l'ordonnance de 2014 réformant le droit des entreprises en difficultés, tout créancier membre d'un comité peut soumettre un projet de plan concurrent à celui de la société qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur (*C. com., art. L. 626-30-2*). Cette compétition entre plusieurs projets de plan peut conduire indéniablement à une prise de contrôle de la société débitrice par des créanciers qui, en faisant adopter leur projet de plan par les comités puis par le tribunal, vont pouvoir évincer les actionnaires et les dirigeants en place. Une telle mesure légale porte atteinte aux règles du droit des sociétés en ce qu'elle permet une prise de contrôle hostile échappant à l'agrément des associés ou actionnaires.

Il faut toutefois relativiser ce risque d'expropriation des associés ou actionnaires dans le cadre d'une procédure de sauvegarde judi-

ciaire. En effet, ce risque n'existe qu'en présence de comités de créanciers. Or, la constitution des comités régis par les articles L. 626-29 suivants est obligatoire uniquement lorsque les comptes du débiteur sont certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et qu'il emploie plus de 150 salariés ou réalise un chiffre d'affaires supérieur à 20 millions d'euros (*C. com., art. R. 626-52*). En deçà de ces seuils, la création de tels comités est rarissime puisqu'elle doit émerger d'une demande du représentant légal de la société. Il est ainsi possible de constituer des comités de créanciers en procédant à la procédure de sauvegarde accélérée ou si le juge-commissaire l'autorise à la demande du débiteur ou de l'administrateur. En d'autres termes, l'entrée de nouveaux associés ou actionnaires dans le capital sans l'agrément des anciens ne concerne que des sociétés d'une certaine envergure.

95 - Aujourd'hui, ce risque d'éviction des associés ou actionnaires reste pour l'instant des plus théoriques. En effet, les juges des tribunaux de commerce ont du mal à sanctionner une majorité en place qui aurait de manière volontaire demander l'aide du tribunal en sollicitant une procédure de sauvegarde. Aussi, en pratique en présence de plans concurrents, la préférence du tribunal ira naturellement au plan proposé par la société débitrice.

On peut en outre légitimement se demander si une telle atteinte aux règles du droit des sociétés ne serait pas contraire aux principes garantis par la CEDH et la Constitution. En quoi une mesure d'éviction des associés ou actionnaires en place serait-elle justifiée par l'intérêt général dans la mesure où la société est toujours *in bonis* ?

Quoi qu'il en soit, en dehors de cette hypothèse très théorique, le droit commun des sociétés relatif aux cessions des titres sociaux a vocation à s'appliquer. Aucune autre prise de contrôle hostile sans l'agrément des associés ou actionnaires ne pourrait avoir lieu ou plus précisément ne pourrait être imposée par le tribunal.

#### b) L'agrément discuté face au *prepack cession*

96 - On peut s'interroger sur l'incidence du droit des procédures collectives et plus particulièrement des règles relatives au *prepack cession* sur le sort des clauses d'agrément. L'ordonnance du 12 mars 2014 a prévu que le conciliateur puisse être chargé par le président du tribunal, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (*C. com., art. L. 611-7*). En d'autres termes, le conciliateur peut désormais préparer la cession des titres sociaux de la société pendant la conciliation. Cette cession préparée doit-elle obtenir l'agrément des associés ou actionnaires ?

Il est clair que les règles du droit des sociétés n'ont pas à s'effacer dans le cadre d'une conciliation. Les associés ou actionnaires ne sont aucunement dépossédés de leurs titres ni de leurs droits de vote par cette nouvelle mission du conciliateur. Il ne pourra donc négocier correctement une cession éventuelle des titres sociaux que s'il a obtenu en amont l'accord des associés ou actionnaires susceptibles de bloquer l'opération par un refus d'agrément ultérieur. Le *prepack cession* ne peut être entendu comme un moyen de neutraliser les clauses d'agrément prévues par la loi ou les statuts. Pour mener à bien sa mission, le conciliateur devra bien s'assurer au préalable, d'une part de l'existence ou non de clause d'agrément et d'autre part, de l'accord de la majorité requise pour mener à bien sa mission de négociation.

97 - À défaut d'accord préalable des associés ou actionnaires, sa mission peut être largement compromise, si les associés décident pendant le temps de négociation de céder leurs titres par-devers le conciliateur. Rien n'interdit en effet les associés de céder leurs titres selon les règles du droit des sociétés. Aucune règle du droit des procédures collectives ne rend incessible les titres sociaux des associés dans le cadre d'une procédure de conciliation. Ils peuvent par conséquent faire échouer la mission du conciliateur ou du moins

la compliquer. Certes, le problème est très théorique car le conciliateur est désigné à la demande du représentant légal de la société. Celui-ci est en principe (mais pas toujours) le majoritaire de la société et il n'a pas d'intérêt à faire échouer une mission qu'il a lui-même demandée.

En conclusion, les clauses d'agrément jouent pleinement pendant la conciliation et ne peuvent être écartées par le conciliateur dans le cadre de sa nouvelle mission. Si des associés ou actionnaires décident de céder leurs titres en cours de conciliation, ils ne devront pas obtenir l'accord du conciliateur mais seulement l'agrément de la majorité des associés ou actionnaires conformément aux statuts ou la loi. Le conciliateur ne pourra en aucun cas prendre part au vote et s'opposer à la cession agréée qui contreviendrait à sa mission. En revanche, il en informera le tribunal et pourra éventuellement demander de mettre fin à la conciliation.

## 2° L'agrément dans le cadre des procédures de redressement ou liquidation judiciaire

98 - L'état de cessation des paiements de l'entreprise fait que la société n'est plus libre de sa gestion et plus particulièrement de son propre sort. L'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires peut avoir pour conséquence une nouvelle répartition du capital social sans que les associés ou les actionnaires l'aient véritablement souhaité. Les dirigeants sont en premier lieu affectés par l'ouverture de telles procédures qui peut tendre à leur éviction pure et simple, peu importe leur pourcentage important de détention du capital social (a). En second lieu, les associés ou actionnaires peuvent depuis peu subir une modification du capital et se voir imposer de nouveaux arrivants alors même qu'une clause d'agrément les protégeait à cet effet (b). En dernier lieu, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, il semblerait que c'est bien l'agrément qui puisse perturber les cessions d'actifs (c).

### a) L'agrément annihilé face à un dirigeant nuisible

99 - L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire a des conséquences importantes sur les titres sociaux du dirigeant. Tout d'abord, à compter du jugement d'ouverture, les dirigeants ne peuvent céder leurs titres sociaux que dans les conditions arrêtées par le tribunal (*C. com.*, art. L. 631-10). Cette inaccessibilité joue de plein droit. Il en résulte qu'aucun dirigeant ne pourrait pendant toute la période d'observation céder ses parts sous peine de nullité et aucun agrément de cession ne pourrait venir couvrir une telle nullité. Cette mesure conservatoire, qui est bien évidemment une mesure de défiance à l'encontre des dirigeants, a pour but d'éviter que les dirigeants n'échappent aux conséquences d'une procédure collective en cédant leurs titres. Le terme « cession » doit être ici largement entendu. Il englobe la vente, la donation, l'échange voire un apport en société. Afin de s'assurer de l'efficacité d'une telle mesure, les droits sociaux du dirigeant sont virés sur un compte spécial bloqué ouvert par l'administrateur au nom du titulaire tenu par la société ou, éventuellement par un intermédiaire financier. Cette inaccessibilité reste néanmoins temporaire : l'adoption du plan y met fin (*C. com.*, art. R. 631-14).

100 - On peut naturellement se demander si un dirigeant ainsi dessaisi perdrait également son droit de vote et ne pourrait consentir à l'agrément de cession d'un autre associé ou actionnaire pendant la période d'observation ? À la lecture de la loi, on comprend que si le dirigeant perd la libre disposition de ses titres, en revanche, il ne perd pas pour autant sa qualité d'associé. Il en résulte qu'un dirigeant soumis à cette seule mesure d'inaccessibilité pourrait consentir au départ d'un associé (ou permettre son propre départ !) pendant la période d'observation en donnant son agrément. Pour y remédier, le tribunal peut confier l'exercice du droit de vote du dirigeant à un mandataire ad hoc pour la durée qu'il fixe. L'influence du dirigeant majoritaire serait ainsi neutralisée temporairement et les cessions de titres figées à défaut d'agrément du majoritaire.

Pour éviter le retour du dirigeant après l'adoption du plan ou, du moins son opposition à la gestion des nouveaux dirigeants, le juge peut plus radicalement ordonner la cession de ses titres à un prix fixé à dire d'expert<sup>149</sup>. L'ouverture d'une procédure de redressement peut être dès lors l'occasion d'évincer purement et simplement les dirigeants sociaux par le biais d'une cession forcée de leurs titres (*C. com.*, art. L. 631-19-1). Une telle expropriation du dirigeant a été jugée justifiée par l'intérêt général et non attentatoire aux principes garantis par la CEDH<sup>150</sup> ou par la Constitution<sup>151</sup>.

101 - Il faut souligner que ces différentes mesures ne visent que les dirigeants et non les associés ou actionnaires de la société. Cela répond à l'idée de favoriser le redressement de l'entreprise en remplaçant les dirigeants en place par des mandataires sociaux mieux à même de mener à bien l'exécution du plan. Pour la jurisprudence, seuls sont concernés les dirigeants en fonction au jour du jugement d'ouverture<sup>152</sup>, une démission avant le déclenchement du redressement étant de nature à le faire échapper aux mesures visant ses droits sociaux. Le texte vise pourtant le dirigeant de droit ou de fait, aussi une telle mesure pourrait tout aussi bien être appliquée à ce dernier, cependant comme le soulignent certains auteurs comment remplacer un dirigeant de fait ?<sup>153</sup>

Bien entendu, les clauses d'agrément ne peuvent s'opposer à une telle exclusion, dictée par la sauvegarde de l'entreprise, qui permet d'évincer un élément nuisible à son rétablissement. La majorité des associés ou actionnaires n'a pas dès lors à consentir à cette exclusion judiciaire. Très tôt un arrêt de la Cour d'appel de Nancy a d'ailleurs estimé que cette cession forcée s'opposait à la prise en compte de clause statutaire réservant un droit de préemption<sup>154</sup>. Aucune clause ne devrait naturellement entraver le pouvoir du tribunal qui agit en vue d'assurer la sauvegarde de la société. Certains auteurs font cependant remarquer que la loi n'a pas expressément édicté la neutralisation des clauses d'agrément, comme elle le faisait à propos de l'ancien article L. 626-3 alinéa 4<sup>155</sup>. Il est vrai que les clauses d'agrément ne sont pas réputées non écrites dans cette hypothèse. Aussi afin de respecter le jeu apparent de ces clauses et les règles du droit des sociétés, il serait souhaitable que le tribunal nomme un mandataire ad hoc qui exercera les droits de vote du dirigeant afin qu'il donne au lieu et place de ce dernier son agrément à sa propre exclusion et son remplacement. En ce sens, il a déjà été jugé que les dirigeants associés qui ont l'obligation de céder leurs titres ne peuvent imposer le choix du bénéficiaire de la cession<sup>156</sup>.

102 - Le risque de cession forcée des titres du dirigeant ne doit pas être exagéré, cette mesure reste exceptionnelle. Elle doit d'ailleurs être justifiée par les besoins du plan de redressement de la société. Seul le ministère public peut solliciter un tel remplacement du dirigeant social. Et étonnamment, cette expropriation ne s'applique pas aux dirigeants de société qui exercent une activité professionnelle libérale.

149. Ph. Roussel Galle, *Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté* : Bull. Joly Sociétés 2009, p. 1109, § 226.

150. Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14.045.

151. C. const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 QPC.

152. Cass. com., 9 févr. 2010, n° 09-10.800.

153. En ce sens, M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial* : Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., n° 336.

154. CA Nancy, 9 juin 1992 : RJDA 1993, n° 164, p. 137 ; Rev. proc. coll. 1993, p. 313, n° 16, obs. B. Soinne ; D. 1995, somm. p. 2, obs. F. Derrida ss Cass. com., 12 juill. 1994.

155. F.-X. Lucas, *Restructuration des sociétés en difficulté in PH. Raimbourg et M. Boizard (ss. dir.), Ingénierie financière, fiscale, et juridique* : Dalloz Action Copropriété 2009/2010, n° 93-23. – F.-X. Lucas et H. Lécuyer, *La réforme des procédures collectives, La loi de sauvegarde article par article* : LGDJ, 2006, p. 190 in fine. – V. Aussi B. Soinne, *Traité théorique et pratique des procédures collectives* : Litec, 1987, n° 1493, à propos de la cession de parts de SARL qui nécessite l'agrément des associés lorsqu'elle est consentie à un tiers.

156. CA Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 21 févr. 2002 : JurisData n° 2002-209024 ; Dr sociétés 2004, comm. 8, obs. J.-P. Legros.

### b) L'agrément ébranlé face à un plan concurrent d'un tiers

103 - Les dispositions vues précédemment relatives à la sauvegarde quant à la possibilité pour un créancier membre d'un comité de proposer un plan alternatif afin de permettre une « reprise interne hostile » s'appliquent également au redressement judiciaire. On s'y reportera.

On insistera ici sur la possibilité désormais d'imposer un projet de plan proposé par un tiers contre la volonté de la majorité des associés ou actionnaires. En redressement judiciaire, le risque d'expropriation existe en effet plus largement puisque n'importe quel tiers peut présenter un projet de plan concurrent à celui qu'auront préparé les dirigeants de la société débitrice.

Des tiers, qui s'engageront à exécuter le plan, mettront à profit ce plan pour prendre le contrôle de la société débitrice à l'occasion d'une réduction ou augmentation de capital qui leur est réservée. En principe, cette prise de contrôle externe doit pouvoir requérir l'assentiment des associés ou actionnaires et ainsi leur agrément éventuel – si les statuts ou la loi le prévoient.

Cependant, l'article L. 631-19 du Code de commerce dispose que lorsque la société débitrice se trouve soumise à un redressement judiciaire et qu'un tiers s'engage à exécuter le projet de plan voté par les comités, sous la condition d'entrer au capital, les assemblées compétentes devront être invitées à voter la modification des statuts, requise pour la mise en œuvre de ce plan, avant que le tribunal ne statue. Et le II dudit article poursuit en affirmant qu'« en cas de modification du capital social ou de cession des droits sociaux prévue dans le projet de plan ou dans le plan, les clauses d'agrément sont réputées non écrites ». Il en résulte que les clauses d'agrément sont bel et bien écartées mais qu'il existe tout de même un contrôle des associés ou actionnaires du nouvel entrant par un vote en assemblée. En d'autres termes, si les clauses d'agrément sont neutralisées, leur résultat est tout de même atteint puisqu'il faudra un accord de la majorité des associés ou actionnaires pour qu'un tiers puisse entrer dans le capital de la société débitrice.

104 - En revanche si « les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3 », point d'accord requis puisqu'un plan de redressement pourra être adopté contre la volonté des majoritaires et ce malgré l'existence de clauses d'agrément. Ce n'est ici que dans un but de reconstitution des capitaux propres que l'administrateur pourra demander au tribunal « la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital, à hauteur du minimum prévu au même article, à la place du ou des associés ou actionnaires opposants » (C. com., art. L. 631-9-1). Jusqu'à l'ordonnance du 12 mars 2014, cette obligation de reconstituer les capitaux propres, lorsqu'elle existait, se heurtait à la souveraineté de l'assemblée compétente pour modifier les statuts, le tribunal ne disposant d'aucun moyen de contraindre les associés à la voter. Le nouvel article L. 631-9-1 permet désormais de neutraliser les actionnaires qui feraient obstruction et plus précisément de faire entrer dans le capital un nouvel entrant non désiré qui offrirait de reconstituer les capitaux propres. La présentation d'un plan de redressement concurrent offrant ainsi de reconstituer les capitaux propres devient sans aucun doute un instrument efficace de prise de contrôle hostile de la société débitrice et de dilution de son capital. Dans l'hypothèse d'un projet de plan prévoyant une reprise interne avec coup d'accordéon, les associés ou actionnaires peuvent même être totalement évincés par l'effet d'une telle opération. En tout état de cause, seul le tribunal est décisionnaire de cette dilution-évincion.

105 - Depuis la loi du 6 août 2015 une nouvelle atteinte est portée à l'agrément et plus largement à la loi de la majorité puisqu'il a été introduit un nouvel article L. 631-19-2 du Code de commerce qui permet, dans des cas voués à rester exceptionnels, la dilution ou la cession forcée des parts sociales détenues par les associés qui refusent de voter en assemblée la modification de

capital prévue par le projet de plan de redressement. Le jeu des clauses d'agrément est particulièrement entravé par ce nouveau dispositif puisque les actionnaires ou associés ne pourront plus contrôler l'entrée de nouveaux arrivants dans leur société. Ce dispositif est toutefois réservé aux sociétés ayant 150 salariés dont la cessation d'activité serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin de l'emploi. Et l'entrée au capital d'un nouvel associé ou actionnaire sans l'agrément de ceux en place doit être justifiée comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité.

106 - Seul le tribunal peut imposer cette mesure à la demande de l'administrateur ou du ministère public, à l'issue d'un délai de 3 mois après le jugement d'ouverture. Il désignera alors un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital réservée au lieu et place des associés ayant refusé la modification de capital proposée par le tiers, soit ordonner la cession forcée des titres des majoritaires ou titulaires d'une minorité de blocage aux personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan de redressement. Si la prise de contrôle se réalise par une augmentation de capital, celle-ci peut être libérée par compensation avec des créances admises au passif, les actionnaires conservant toutefois un droit préférentiel de souscription. Si elle prend la forme de cession forcée, les clauses d'agrément sont alors réputées non écrites. Il en résulte que les associés ou actionnaires qui refusent d'augmenter leurs engagements et par conséquent ne financent pas le redressement s'exposent au risque d'être évincés. Ce mécanisme de cession forcée, tel qu'il est encadré, a été jugé comme ne portant pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et poursuivant un objectif d'intérêt général, ce qui pourtant peut être discuté<sup>157</sup>.

107 - Lorsque l'exclusion forcée est mise en œuvre, les autres associés, qui ne sont pas exclus par la décision du tribunal, peuvent demander à se retirer simultanément de la société, pour ne pas avoir à demeurer avec le tiers investisseur qui leur est imposé par le tribunal. L'article L. 631-19-2 du Code de commerce met ainsi en place un mécanisme légal de sortie conjointe afin de leur permettre de demander le rachat de leurs droits sociaux par le tiers investisseur.

On soulignera que les conditions d'application de ce dernier dispositif sont sources de difficultés pratiques, voire d'insécurité juridique. En particulier la condition relative au « trouble grave à l'économie et au bassin d'emplois » jugée « dangereuse » par certains auteurs car manifestement floue et difficilement définissable<sup>158</sup>. Ce sera alors au juge d'apprécier, au cas par cas, la gravité du trouble et cette appréciation sera nécessairement subjective.

### c) L'agrément perturbateur face à la reprise des actifs

108 - Enfin en liquidation judiciaire, il arrive que fassent partie des actifs de la société liquidée des actions ou parts sociales cédées dans le cadre d'un plan de cession. Se pose dès lors la question de savoir si les clauses d'agrément sont opposables au repreneur choisi par le tribunal ? La loi est d'un parfait mutisme en la matière. On aurait pu croire naturellement que l'ordre public imposait une neutralisation de telles clauses d'agrément. Un seul arrêt s'est prononcé à ce sujet et a considéré qu'il fallait respecter les clauses d'agréments figurant dans les statuts de la société dont les actions sont cédées en vertu du plan<sup>159</sup>. Cette position nous laisse quelque

157. Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715.

158. S. Vermeille et J. Martinez, *La constitutionnalité du projet de loi Macron et l'éviction des actionnaires : la révolution n'a pas eu lieu* : Banque mars 2015.

159. Cass. com., 31 janv. 1995, n° 91-20.735, B. 31 (cassation) ; rapp. p. 263 ; JCP E 1995, II, 678, obs. Y. Guyon ; JCP E 1995, I, 455, n° 4, obs. Cabrillac et Petel ; BJS 1995, p. 953, note Daigre ; D. 1995, p. 426, Parléani ; LPA 26 avr. 1995, p. 23, obs. B. Soinne.

peu perplexe puisque le respect de telles clauses serait susceptible de provoquer l'échec du plan de cession, s'agissant par hypothèse de titres affectés à l'exploitation.

**Caroline TABOUROT-HYEST**

*Mots-Clés* : Société anonyme - Clauses d'agrément - Statuts