

Chronique de *Droit des Sociétés*



MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



ISABELLE RIASSETTO
Maître de conférences

Faculté de droit de Strasbourg

Dirigeant social – Comblement de passif – Dirigeant de fait – Administrateur

Cass. com., 27 juin 2006, pourvoi n° 04-15.831, arrêt n° 922, SA Licorne Gestion (anciennement dénommée banque Worms) c/ Segard, ès qual. : Juris-Data n° 2006-034269 ; JCP E 2006, n° 39, 2408, note Y. Reinhard ; D. Aff. 2006, p. 2534, note A. Lienhard ; Dr. sociétés nov. 2006, n° 160 note J.P. L.

Peut être déclarée responsable des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif d'une société en redressement ou liquidation judiciaires, la banque qui, sans être dirigeant de droit de la société, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société : la banque a réalisé en toute indépendance des actes positifs de direction.

Les établissements de crédit et les sociétés de capital-investissement qui souhaitent exercer un contrôle sur les activités d'un client doivent veiller à ne pas s'immiscer dans la gestion : si par la suite ce client est en difficulté, une action en responsabilité pour faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif pourrait être engagée contre les dirigeants de droit et de fait.

L'arrêt rendu le 27 juin 2006 par la chambre commerciale de la Cour de cassation à l'encontre de la banque Worms met en évidence les risques encourus (A) et doit inciter à la plus grande prudence dans les nominations de dirigeants (B).

A. Risques encourus

Accordant un important soutien financier aux opéra-

tions immobilières menées par la société SPAD 24, la banque Worms (aujourd'hui Licorne Gestion) a désigné, par application d'un pacte d'actionnaires, deux administrateurs qui siégeaient au sein du conseil d'administration de cette société à titre personnel et non en qualité de représentants permanents de la Banque Worms¹. La présence de ces deux administrateurs, cadres dirigeants de la banque Worms (directeur général et directeur des participations, tous deux membres du comité stratégique de la banque Worms), avait pour objet de "garantir la confiance des tiers" dans le sérieux et les perspectives de développement du groupe.

Après ouverture de procédures collectives contre la société SPAD 24 et un certain nombre de ses filiales, le tribunal de commerce de Nanterre puis la cour d'appel de Versailles² ont relevé des fautes de gestion commises par les dirigeants de la société SPAD 24 : "les modalités de gestion par le conseil d'administration de la SPAD 24 ont eu pour effet de réduire ou de supprimer l'endettement des sociétés immobilières du groupe SPAD envers les banques en transférant ces risques à la SPAD 24, sans aucune contrepartie". Les juges du fond condamnent les dirigeants de droit et de fait de la société SPAD 24 à combler le passif qui s'élève à 93 millions d'euros ; la société Worms est condamnée "en qualité d'administrateur de fait par personne interposée" à combler le passif à hauteur de 44 millions d'euros, en raison des fautes commises dans l'administration, le contrôle et la surveillance de la société SPAD 24 ; les deux dirigeants de droit, M.M.R. et D., sont condamnés à combler solidairement avec la banque l'insuffisance d'actif à hauteur respectivement de 450000 et 1 million d'euros.

La cour d'appel de Versailles fonde sa décision de condamnation sur deux observations : d'une part, les dirigeants de droit ont commis une faute de gestion ; d'autre

1. Cf. art. 225-20 C. com.

2. CA Versailles, 13^e ch., 29 avr. 2004 : JCP E 2005, 32, note M.-J. Campana ; Dr. sociétés 2004, comm. 188, obs. J.-P. Legros ; Bull. Joly 2004, n° 245, note A. Constantin et Y. Lévy. – Adde Ph. Delebecque,

"L'administrateur de fait par personne interposée : Une notion à définir", JCP E 2005, 234 ; F.-X. Lucas, "Responsabilité bancaire : le banquier, administrateur de fait par personne interposée", Dr. sociétés 2004, étude 14.

part, parmi ces dirigeants de droit, les deux administrateurs salariés de la banque Worms étant placés sous le contrôle et les directives de leur employeur, cette interposition de personnes, apparente aux yeux des tiers, conduit à retenir la responsabilité de la banque Worms en qualité d'administrateur par personne interposée. Établissant que des actes de gestion et de direction au sein de la société SPAD 24 ont été accomplis par la banque Worms par l'intermédiaire de ses deux salariés administrateurs, les juges du fond en déduisent ainsi, non pas que la banque Worms a été dirigeant de fait, mais qu'elle a été en réalité administrateur par personne interposée, encourant dès lors la responsabilité incombant à l'ensemble des administrateurs de la société.

La Cour de cassation rejette le pourvoi sans toutefois se référer à une qualification d'administrateur de fait : la Cour de cassation évite en effet de reprendre l'analyse de la cour de Versailles, fondée sur la simulation par interposition de personne³, qui ne pouvait conduire à retenir une responsabilité à la fois de l'administrateur apparent et de l'administrateur réel.

La Haute juridiction analyse directement la faute de gestion commise par l'établissement bancaire, qui a accompli des actes positifs de direction au sein de la société par l'intermédiaire de ses cadres : *"Attendu que de même qu'en vertu de l'article L. 624-2 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, les fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif d'une société en redressement ou liquidation judiciaire peuvent engager la responsabilité des personnes morales dirigeantes et celles de leur représentant permanent, de même peut être déclarée responsable de ses fautes, sur le fondement de l'article L. 624-3 du même Code, la personne morale qui, sans être dirigeante de droit de la société en redressement ou liquidation judiciaires, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société"*. Dans cette approche, le dirigeant de droit est placé dans la même situation que le représentant permanent d'une personne morale désignée selon les modalités de l'article L. 225-20 du Code de commerce : il *"est soumis aux mêmes conditions et obligations"* et *"encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente"*⁴ ; il ne peut se décharger de sa responsabilité en invoquant son obéissance aux injonctions du dirigeant de fait⁵ ou sa qualité de prête-nom⁶.

Le président de la chambre commerciale de la Cour de cassation a résumé le principe appliqué en ces termes : *"une personne morale peut devenir dirigeant de fait d'une société en utilisant servilement une personne du conseil d'administration de la société dirigée pour faire des actes positifs de gestion"*⁷.

3. v. les critiques formulées en ce sens par Ph Delebecque, note préc.

4. Pour des exemples en matière d'action en comblement de passif, v. not. CA Paris, 18 juin 1991 : Bull. Joly Sociétés, 1992, p. 277, § 82 & , note A. Couret, confirmé par Cass. com., 3 janv. 1995, précit. ; Cass. com., 25 mars 1997 : Bull. Joly Sociétés, 1997, p. 799, § 292, note G. Baranger.

5. Cass. com. 19 mars 1996, Bull. Joly 1996, p. 525, § 180, obs. P. Le Cannu ; CA Paris, 19 nov. 1999, Bull. Joly 2000, p. 263, § 53, obs. J.-F. Barbiéri.

B. Plus grande prudence dans les nominations de dirigeants

Tirant les enseignements de la jurisprudence Nasa Electronique⁸, les établissements de crédit ont compris qu'il convient d'éviter d'être nommés administrateurs de sociétés partenaires, avec désignation d'un représentant permanent.

L'arrêt du 27 juin 2006 met en évidence les risques inhérents à la nomination *"à titre personnel"* en qualité d'administrateurs de salariés d'une banque, dès lors que ces salariés restent sous l'emprise de la banque.

Le risque est atténué lorsque la banque se fait représenter, directement ou par personne interposée, dans un conseil de surveillance : la seule constatation par les juges du fond que trois membres du conseil de surveillance réunissent à eux seuls plus de la majorité du capital social de la société et des voix au conseil de surveillance disposant ainsi du pouvoir de révoquer la présidente du directoire, ne permet pas de *"caractériser en quoi ces actionnaires avaient, en dehors de l'exercice de leur mission de membres du conseil de surveillance, en fait, exercé, séparément ou ensemble, et en toute indépendance, une activité positive de direction dans la société"*⁹.

M. S.

EURL – Dissolution – Effets – Transmission des contrats conclus intuitu personae (non) – Transmission des créances et dettes antérieures (oui)

Cass. com., 7 juin 2006, n° 05-11.384 (n° 753 FSPBR), Merlin c/ Sté unipersonnelle Cofidim : RJDA 11/06, n° 1149.

La dissolution d'une société dont les parts sont réunies en une seule main entraîne la transmission universelle du patrimoine à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation. Si, sauf accord du cocontractant, un contrat conclu en considération de la personne d'une telle société prend fin au plus tard par l'effet de la dissolution de celle-ci, l'associé unique n'en recueille pas moins les créances et les dettes antérieurement nées dans le patrimoine social au titre de ce contrat.

Quel est le sort des contrats conclus *intuitu personae* en cas de dissolution d'une EURL et transmission universelle de son patrimoine à l'associé unique ? C'est ce à quoi répond l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 juin 2006, en apportant sur ce point des solutions nouvelles.

Les faits étaient les suivants. Une EURL avait conclu un contrat d'agence commerciale. Un an et demi plus tard,

6. Cass. com. 9 mai 1995, Rev. Soc. 1995, p. 765

7. Entretien avec Daniel Tricot, PA, 29 août 2006, p. 8

8. CA Paris, 3^e ch. A, 18 juin 1991 : Bull. Joly 1992, p. 277 note A. Couret ; JCP E 1991, I, 87 § 4, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain. – Cass. com., 3 janv. 1995 : Bull. Joly 1995, p. 266, note A. Couret

9. Cass. com. 12 juill. 2005, Bull. Civ. IV, n° 174.

elle le résilie, avant de décider de sa dissolution. Son patrimoine a été intégralement transmis à l'associée unique, personne physique. Or, à la date de la dissolution, il demeurait des commissions et une indemnité de résiliation dues par le cocontractant ainsi que des factures de publicité non honorées par l'EURL. La Cour d'appel (CA Versailles, 25 novembre 2004) a rejeté la demande en paiement de l'associée unique – et celle reconventionnelle du cocontractant – en se fondant sur l'existence d'une clause de non-transmissibilité figurant au contrat d'agence commerciale. Cet arrêt est cassé au visa de l'article 1844-5 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 15 mai 2001 (NRE) pour en avoir décidé ainsi après avoir constaté que le contrat avait été résilié avant la dissolution, ce dont il résultait que les créances litigieuses étaient nécessairement dans le patrimoine social avant cette date et avaient été transmises. Or, *“la dissolution d'une société dont les parts sont réunies en une seule main entraîne la transmission universelle du patrimoine à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation; que si, sauf accord du cocontractant un contrat conclu en considération de la personne d'une telle société prend fin au plus tard par l'effet de la dissolution de celle-ci, l'associé unique n'en recueille pas moins les créances et les dettes antérieurement nées dans le patrimoine social au titre de ce contrat”*. La chambre commerciale précise ainsi pour la première fois les limites (B) du principe de non-transmissibilité (A) des contrats conclus *intuitu personae* dans le cadre d'une transmission universelle de patrimoine consécutive à la dissolution d'une EURL.

A. Le principe de non-transmissibilité des contrats conclus *intuitu personae*

La considération de la personne, qui marque la conclusion et l'exécution d'un certain nombre de contrats, s'oppose en principe à leur continuation avec un tiers. La règle trouve notamment¹⁰ application à l'occasion d'une transmission universelle d'un patrimoine. Elle avait déjà été affirmée en matière de fusion¹¹. Elle intéresse à présent la transmission universelle du patrimoine d'une EURL dissoute à l'associé unique. On rappellera que depuis la loi NRE, cette transmission n'a plus lieu lorsque l'associé unique est une personne physique – ce qui était le cas dans la présente affaire soumise au droit antérieur –, mais elle demeure lorsqu'il est une personne morale (C. civ., art. 1844-5, al. 3). Par sa formulation très générale ayant valeur de principe, la Cour de cassation suggère que la règle a vocation à jouer même en l'absence de stipulation en ce sens, sachant que le contrat en cause comportait une clause de non-transmissibilité.

Quant à la date à laquelle ce type de contrat prend fin, l'arrêt du 7 juin 2006 précise *“au plus tard par l'effet de la dissolution”* de la société. En l'espèce, le contrat avait été résilié un mois avant la dissolution, de sorte que la

question de sa transmissibilité n'était pas directement en cause. Si tel n'avait pas été le cas, le contrat aurait été caduc du seul fait de la dissolution. À ce propos, remarquons que cette caducité joue à l'instar d'une résiliation en ce sens que le contrat disparaît pour l'avenir seulement¹².

Parfaitement conforme à la logique de la considération de la personne, cette solution déplace le problème sur le terrain de la détermination des contrats entrant dans la catégorie des contrats conclus *intuitu personae* et sur l'existence d'une éventuelle gradation dans cet élément¹³. Elle comporte toutefois certaines limites.

B. Les limites de la non-transmissibilité des contrats conclus *intuitu personae*

L'arrêt du 7 juin 2006 précise utilement les limites du principe de non-transmissibilité des contrats conclus *intuitu personae* en l'absence de texte imposant leur transmission¹⁴.

La première tient à l'existence d'un accord du cocontractant, expression du consentement à la transmission et à la substitution de contractant qu'elle implique. L'arrêt analysé réserve cette possibilité de façon générale, alors que les stipulations du contrat étaient muettes sur ce point¹⁵.

S'agissant de la forme de l'accord, l'arrêt d'appel ne s'était pas référé aux formalités de la cession de créance (C. civ., art. 1690), car ce texte ne s'applique pas lorsqu'il y a transmission universelle¹⁶. On retiendra que cet accord peut être expresse ou tacite et *“résulter d'actes ultérieurs dont il ressortirait que le cocontractant aurait ratifié la transmission du contrat”*.

La seconde limite concerne la transmission des créances et des dettes afférentes au contrat éteint. Si le caractère *intuitu personae* s'oppose en principe à la transmission du contrat, il n'en va pas de même des dettes et créances nées antérieurement à sa disparition. En effet, la résiliation d'un contrat ne jouant que pour l'avenir, les créances et dettes nées antérieurement à cet événement devenues exigibles n'en doivent pas moins recevoir exécution. Étant nécessairement nées dans le patrimoine de la société avant sa dissolution, elles doivent être transmises à l'associé unique puisqu'il n'y a pas lieu à liquidation. Il est ainsi fait application de la distinction entre le contrat, considéré en tant qu'acte créateur de règles, et les droits et obligations qui en sont issus¹⁷. En l'espèce, la situation de fait était d'ailleurs très nette puisque la résiliation du contrat était intervenue un mois avant la dissolution, laissant subsister des dettes réciproques à charge des deux parties. On ajoutera, bien que l'arrêt ne le précise pas, qu'une telle transmission n'est possible qu'autant que les dites créances et dettes ont pour objet une somme d'argent et non une obligation de faire, car pour ces dernières la considération de la personne qui les irrigue main-

10. La question se pose également dans le cadre d'un plan de cession d'une entreprise faisant l'objet d'une procédure collective.

11. Cass. com., 29 oct. 2002 : BRDA 22/2002, p. 4 ; RJDA 3/03, n° 1720 ; 13 déc. 2005 : RJDA 4/06, n° 413.

12. Sur les conséquences de la non-rétroactivité V. infra II.

13. V. D. Houtcieff, *“Contribution à l'étude de l'intuitus personae”*, RTD civ. 2003, p. 3.

14. V. par ex. pour le contrat de travail : C. travail art. L. 122-12.

15. On observera qu'en l'espèce, le contrat avait été résilié avant la dissolution de sorte que la question de sa transmission ne se posait pas.

16. Cass. com., 18 déc. 1984 : Bull. civ., IV, n° 351 qui concerne une fusion mais est transposable à la dissolution de l'EURL.

17. V. P. Ancel, *“Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”*, RTD civ. 1999, p. 771.

tien son empire... sous réserve d'un accord à leur transmission. Conforme au droit des obligations et au droit des sociétés, cette solution a vocation à s'appliquer également en cas de fusion.

Elle intéressera les établissements de crédit en raison du fort *intuitu personae* qui caractérise les contrats bancaires. En cas de résiliation d'un contrat, la transmission à l'associé unique personne morale des dettes correspondant aux échéances impayées leur permettra d'agir contre ce dernier devenu débiteur principal.

I.R.

Exclusion d'un associé – Droits de la défense – Assistance d'un avocat (non)

Cass. com., 10 mai 2006, n° 05-16909 (n° 609 FSPB), SELARL Gamma et a. c/ de X. : Bull. Joly 2006, § 239, p. 1154, note J.-J. Daigre ; D. 2006, AJ, p. 1533, obs. A. Lienhard.

L'assemblée générale n'est pas un organisme juridictionnel ou disciplinaire, mais un organe de gestion interne à la société, dont la décision relève du contrôle juridictionnel du tribunal de grande instance, puis de la cour d'appel.

En conséquence, un associé gérant ne saurait demander la suspension des résolutions adoptées par une assemblée générale qui a décidé sa révocation et son exclusion au motif que ces décisions ont été prises au mépris des droits de la défense en ce que son avocat a été empêché d'assister à ladite assemblée.

Les assemblées générales et les conseils d'administration des sociétés ne sont pas des organismes juridictionnels ou disciplinaires ! Cette affirmation de principe énoncée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 10 mai 2006 marque-t-elle un coup d'arrêt à la "judiciarisation" des sociétés par pénétration des droits de la défense dans la prise de décisions sociales ?

La gérante associée d'une SELARL de laboratoire d'analyses médicales a assigné en référé la société et les associés en vue de voir ordonner la suspension des résolutions adoptées lors de l'AGE qui a décidé sa révocation et son exclusion en faisant valoir que ces mesures ont été prises au mépris des droits de la défense en ce que son avocat avait été empêché d'assister à l'assemblée générale. La cour d'appel (CA Rennes, 5 avr. 2005) a fait droit à la demande et considéré que la décision d'exclusion¹⁸ prise à l'issue d'une procédure irrégulièrement suivie en raison du refus de présence de l'avocat était constitutive d'un

trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du nouveau Code de procédure civile¹⁹. Pour ce dire, l'arrêt retient qu'en l'absence de toute précision dans les statuts et les textes légaux et réglementaires applicables à ce type de sociétés sur les modalités par lesquelles un associé menacé d'exclusion pouvait faire valoir sa défense, les associés ne pouvaient arbitrairement lui refuser de mettre en œuvre les moyens qu'elle estimait opportuns pour se défendre, ces moyens étant ceux habituellement utilisés lorsqu'une personne était mise en cause. Cet arrêt est cassé au motif que "cette assemblée générale n'était pas un organisme juridictionnel ou disciplinaire, mais un organe de gestion interne à la société, dont la décision relevait du contrôle juridictionnel du tribunal de grande instance, puis de la cour d'appel devant lesquels [l'associée] a été assistée par un avocat, ce dont il résultait qu'aucun trouble manifestement illicite n'était caractérisé". Précisant ainsi la nature des organes sociaux (A), la Haute cour écarte-t-elle pour autant toute garantie procédurale (B) ?

A. Nature des organes sociaux

Les organes sociaux ne sont pas des organismes juridictionnels ou disciplinaires tranchant des litiges, mais des organes de "gestion interne" de la société²⁰. Les décisions prises par ces organes quand bien même revêtiraient-elles le caractère de sanctions, ne sont pas des jugements ou des mesures disciplinaires, mais des décisions sociales. S'agissant de l'exclusion d'un associé, la solution n'est pas nouvelle et s'inscrit dans le prolongement d'un courant jurisprudentiel qui a vu le jour en matière de sociétés coopératives²¹. Cette solution suggère également que l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme ne trouve pas sa place en la matière²², les organes sociaux ne constituant pas des tribunaux au sens de ce texte. Il faut aussi y voir le refus de la pénétration au sein des sociétés d'un droit disciplinaire, expression de la conception institutionnelle : l'exclusion n'est donc pas une sanction disciplinaire²³. La règle, qui doit recevoir application quel que soit le type de société, vaut a fortiori pour la révocation d'un dirigeant.

Pour autant, l'exclusion d'un associé, à la supposer licite²⁴, peut-elle être décidée sans un minimum de garanties procédurales – à défaut d'être processuelles ?

B. Garanties procédurales

À cet égard, une distinction s'impose selon qu'il existe ou non un texte instaurant certaines garanties.

Dans le premier cas, ce texte doit naturellement

18. Le moyen ne visait que l'exclusion de l'associé.

19. NCP, art. 809, al. 1 "Le président [du TGI] peut toujours même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite".

20. Sur la question, v. F.-X. Lucas, "Le principe du contradictoire en droit des sociétés", in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, Dalloz 2006, p. 707. Pour une critique adressée à l'expression "gestion interne" risquant de créer une confusion avec la notion étroite de "gestion" qui exclut les décisions collectives des associés, v. J.-J. Daigre, note sous Cass. com., 10 mai 2006, précité.

21. Pour l'assistance d'un avocat, v. Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1993 : Juris-Data n° 1993-001099 ; Bull. civ., I, n° 222 ; Bull. Joly 1993, p. 909, § 264, note G. Gourlay ; Rev. Sociétés 1994, p. 295, note Y. Chartier ; JCP

G 1993, IV, p. 256 ; D. 1993, IR, p. 172 ; Gaz. Pal. 1993, pan. 272 et 1994, somm. p. 19, obs. Lachaud.

22. Déjà en ce sens : Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1993 précité ; CA Paris, 31 oct. 2000 : Juris-Data 2000-132454 ; Cass. com., 11 juill. 2006, n° 05-11.019 : D. 2006, AJ, p. 2399, obs. A. Lienhard.

23. Comp. pour le droit des associations, où il est fait référence à une procédure disciplinaire : Dalloz Juris Associations (E. Alfandari dir.), 1310, n° 36 s et la jurisprudence citée.

24. Sur les conditions de validité de l'exclusion d'un associé, v. notamment M. Cauzian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec 18^e éd. 2005, n° 303 s. ; S. Dariosecq et N. Metais, "Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés", Bull. Joly, 1998, p. 893.

recevoir application. Pour ce qui concerne les SELARL, la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 prévoit en son article 21 alinéa 2 que des décrets peuvent prévoir des cas où un associé peut être exclu de la société en précisant les "garanties morales, procédurales et patrimoniales qui lui sont accordées en ce cas"²⁵. Lorsque la SELARL exploite un laboratoire d'analyses de biologie médicale, le décret n° 92-545 du 17 juin 1992 dispose en son article 15 alinéa 3 que "Aucune décision d'exclusion ne peut être prise si l'associé n'a pas été régulièrement convoqué à l'assemblée générale, quinze jours au moins avant la date prévue et par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et s'il n'a pas été mis à même de présenter sa défense sur les faits précis qui lui sont reprochés". En l'espèce, cette procédure avait semble-t-il été respectée²⁶, la question qui se posait était donc limitée à l'assistance de l'avocat, hypothèse non envisagée par le décret de 1992.

En l'absence de texte, il convient de se reporter aux statuts, quel que soit le type de société. En présence de stipulations statutaires organisant des garanties procédurales, la décision d'exclusion doit respecter celles-ci, sous le contrôle du juge judiciaire. Et si au nombre de ces stipulations figure la présence d'un avocat, ce dernier ne saurait être empêché d'assister son client. Le non-respect de la procédure entache de nullité de la décision sociale et permet l'attribution de dommages et intérêts pour exclusion abusive.

En revanche, dans l'hypothèse du silence des statuts, l'appréciation de l'arrêt du 10 mai 2006 est plus délicate. Sur la question de la présence de l'avocat, la déci-

sion se comprend non seulement par l'existence un recours juridictionnel, mais encore par le fait que l'avocat est un tiers dont la présence à l'assemblée peut être refusée. Mais faut-il aller plus loin et déduire de l'affirmation selon laquelle les organes sociaux ne sont pas des organismes juridictionnels et disciplinaires que désormais toute référence aux "droits de la défense" doit désormais être bannie, ceux-ci n'ayant pas leur place dans la prise de décision sociale ? Une telle interprétation constituerait un magistral coup d'arrêt à des pratiques bien ancrées issues du gouvernement d'entreprise ayant obtenu l'approbation de la jurisprudence²⁷. Aussi sévère soit-elle, cette solution ne s'oppose cependant pas à ce qu'une information de l'associé menacé d'exclusion ait lieu. Cette information participe à notre sens de l'exécution de bonne foi du pacte social (C. civ., art. 1134, al. 3). Elle devra donc être mise à l'ordre du jour. Reste à savoir si les griefs doivent être communiqués avec précision. S'agissant d'une exclusion, une réponse affirmative s'impose car les statuts doivent en avoir prévu les causes²⁸. La convocation des associés selon les prescriptions du droit des sociétés comportant l'ordre du jour, il lui alors sera possible de préparer sa défense. Conforme à la conception contractuelle de la société, cette solution permet ainsi d'assurer l'équivalent des droits de la défense.

L'avenir dira si la Cour de cassation avait entendu aller aussi loin. Quoi qu'il en soit, la meilleure garantie reste aujourd'hui celle de la stipulation statutaire.

I.R.

25. V. N. Cazé, "Exclusion et retrait forcé dans les sociétés d'exercice libéral", *Droit des sociétés*, n° 12, déc. 2005, p. 7.

26. D'après le moyen (non publié).

27. Sur l'exclusion, v. déjà Cass. req., 27 avr. 1933 : S. 1933, 1, p. 209, note Rousseau ; Cass. com., 15 nov. 1976 : Bull. civ., IV, n° 288 ; Cass. com., 7 juill. 1992 : RJDA 1992, n° 1036 ; Bull. Joly 1992, p. 1100, note Couret ; 21 juin 1994 : RJDA 1994, n° 1158. Au sujet de la révocation

des dirigeants, v. Cass. com., 26 avr. 1994 : *Rev. sociétés* 1994, p. 725, jurisprudence confirmée ultérieurement. Adde P. Le Cannu, "Le principe de contradiction et la protection des dirigeants", Bull. Joly 1996, p. 11 ; B. Daille-Duclos, "L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires", JCP E 2000, p. 1990.

28. La réponse est moins évidente pour une révocation, en particulier lorsqu'elle a lieu *ad nutum*.