HAL
open science

La Force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétes

Bee Receveur

To cite this version:

Bee Receveur. La Force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétes. Droit. Université de Cergy Pontoise, 2013. Français. NNT : 2013CERG0650 . tel-00949391

HAL Id: tel-00949391

https://theses.hal.science/tel-00949391v1

Submitted on 27 Nov 2014

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

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

UNIVERSITE DE CERGY-PONTOISE

UFR de Droit

LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT DE SOCIETE : CONTRIBUTION A L'ETUDE DES RELATIONS ENTRE DROIT DES CONTRATS ET DROIT DES SOCIETES

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit (arrêté du 7 août 2006)

Présentée et soutenue publiquement le 12 décembre 2013 par

Bee RECEVEUR

Devant le jury composé de :

- Madame Anne-Sophie BARTHEZ, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise, (Directrice de thèse).
- Madame Marie CAFFIN-MOI, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise.
- Monsieur Gaël CHANTEPIE, Professeur à l'Université de Lille II.
- Monsieur Olivier DESHAYES, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise.
- Monsieur Bruno DONDERO, Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, (Rapporteur).
- Monsieur Denis MAZEAUD, Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas, (Rapporteur et Président du jury).

UNIVERSITE DE CERGY-PONTOISE

UFR de Droit

LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT DE SOCIETE : CONTRIBUTION A L'ETUDE DES RELATIONS ENTRE DROIT DES CONTRATS ET DROIT DES SOCIETES

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit (arrêté du 7 août 2006)

Présentée et soutenue publiquement le 12 décembre 2013 par

Bee RECEVEUR

Devant le jury composé de :

- Madame Anne-Sophie BARTHEZ, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise, (Directrice de thèse).
- Madame Marie CAFFIN-MOI, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise.
- Monsieur Gaël CHANTEPIE, Professeur à l'Université de Lille II.
- Monsieur Olivier DESHAYES, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise.
- Monsieur Bruno DONDERO, Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, (Rapporteur).
- Monsieur Denis MAZEAUD, Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas, (Rapporteur et Président du jury).

L’université de Cergy-Pontoise n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.
Ces opinions doivent être considérées comme propres à l’auteur.

Je remercie Madame le Professeur Anne-Sophie BARTHEZ pour sa disponibilité, ses précieux conseils et pour avoir dirigé avec diligence et bienveillance les recherches ayant conduit à cette thèse.

Qu'elle veuille trouver ici l'expression de ma profonde reconnaissance.

La réalisation de cette thèse n'aurait pas été possible sans le soutien affectif et moral de ma famille et de mes amis.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ	Actualité jurisprudentielle
al.	Alinéa
Art.	Article
Bull. civ.	Bulletin civil
Bull. Joly soc.	Bulletin Joly sociétés
Bull. Joly Bourse	Bulletin Joly Bourse
CA	Cour d'appel
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. trav.	Code du travail
Cah. dr. ent.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. civ. 1ère	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3e	Troisième chambre civil de la Cour de cassation
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Chron.	Chronique
Contra	En sens contraire
CCC	Contrats, concurrence et consommation
D.	Dalloz
D. aff.	Dalloz Affaires
Defr.	Répertoire du notariat defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire
Dir.	Sous la direction de

DP	Dalloz périodique
Droit et patr.	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Droit des sociétés
éd.	Editions
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	*Ibidem*, au même endroit
in	dans
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP E	Semaine juridique édition entreprise
JCP G	Semaine juridique édition générale
JCP N	Semaine juridique édition notariale
Journ. soc.	Journal des sociétés
Juris-Data	Banque de données juridiques
obs.	Observations
op. cit.	Ouvrage cité
LPA	Les petites affiches
Mél.	Mélanges
p.	Page
préc.	Précité
préf.	Préface
R.	Rapport annuel de la Cour de cassation
Rép. civ.	Répertoire de droit civil
Rép. soc.	Répertoire des sociétés
Rép. min.	Réponse ministérielle
RD. banc. et bourse	Revue de droit bancaire et bourse
RD banc. et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue de droit des contrats
Rev. soc.	Revue des sociétés
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence du droit des affaires
RRJ	Revue de recherche juridique – Droit prospectif

RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
T.	Tome
T. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
TI	Tribunal d'instance
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
v°	Verbo
vol.	volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1

LA CONCEPTION VOLONTARISTE DE LA FORCE OBLIGATOIRE EMPRUNTEE PAR LE DROIT DES SOCIETES

TITRE 1

L'INTANGIBILITE CONTRACTUELLE

Chapitre 1

L'irrévocabilité contractuelle

Chapitre 2

L'immutabilité contractuelle

TITRE 2

LES REMEDES A L'INEXECUTION CONTRACTUELLE

Chapitre 1

L'exécution forcée contractuelle

Chapitre 2

La résiliation contractuelle

PARTIE 2

LA CONCEPTION VOLONTARISTE DE LA FORCE OBLIGATOIRE RENOVEE PAR LE DROIT DES SOCIETES

TITRE 1

LE SOLIDARISME CONTRACTUEL

Chapitre 1

Les manifestations du solidarisme contractuel

Chapitre 2

Les conséquences du solidarisme sur la force obligatoire

TITRE 2

LA PERENNITE CONTRACTUELLE

Chapitre 1

La recherche de la pérennité contractuelle par les parties

Chapitre 2

La recherche de la pérennité contractuelle par le juge

INTRODUCTION

1. L'antinomie apparente du droit des contrats et du droit des sociétés. Une étude de droit comparé interne[1] peut *a priori* surprendre. Désormais bien connu de la doctrine[2], l'exercice suppose néanmoins et nécessairement qu'un rapprochement entre les deux droits concernés puisse être opéré[3]. L'entreprise paraît pourtant vouée à l'échec tant le droit des sociétés et le droit commun des contrats se distinguent l'un de l'autre. Que l'on fasse référence à « *leur esprit, à leur technique ou à leur objet* »[4], ces deux droits apparaissent en tout état de cause cloisonnés[5]. Pire, l'application du droit des sociétés serait exclusive de celle du droit commun des contrats, révélant ainsi leur antinomie[6].

2. Une nature distincte. En premier lieu, le droit des contrats et le droit des sociétés ne revêtent pas la même nature. Alors que le premier est un droit commun, le second est conçu comme un droit spécial. Mais encore faut-il s'accorder sur ces notions que l'on ne prend généralement plus peine de définir. Classiquement, le droit commun peut être défini comme le

---

[1] Il faut entendre par étude de droit comparé interne « *l'étude comparative de deux ou plusieurs branches de droit interne* » : *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, dir. G. Cornu, 8e éd. PUF, « Quadrige », 2011, v° Droit comparé.

[2] Les études de droit comparé interne foisonnent en droit privé et en droit public. V. par exemple M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit des obligations*, Dalloz, 2004, préf. J. Ghestin ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001 ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003 ; C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003.

[3] M. Caffin-Moi, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, Economica, 2009, préf. D. Bureau, n° 1, p. 1 : « *Deux entités doivent en effet être comparables pour pouvoir être comparées et doivent présenter des points de convergence et de divergence* ».

[4] M. Jeantin, « Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mél. L. Boyer*, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 317, spéc. p. 317.

[5] En ce sens, v. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 9, p. 33 : « *Chercher à concilier le droit des contrats avec le droit des sociétés, tenter d'imprégner le second du premier, serait dès lors voué à l'échec tant leurs logiques diffèrent* » ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 1, p. 1.

[6] L'antinomie résulte de l'impossibilité d'appliquer simultanément, telles qu'elles sont énoncées, deux normes de droit positif suffisamment précises pour être applicables en elles-mêmes et sans être subordonnées l'une à l'autre par une disposition juridique impérative. V. G. Boland, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies, en particulier en droit administratif », *Rev. Dialectica, Les antinomies en droit*, vol. 18, 1964, p. 183, spéc. p. 201.

droit ayant vocation à embrasser l'ensemble des situations juridiques et s'agissant du droit commun des contrats, à s'appliquer à toutes les situations contractuelles[7]. A l'inverse, le droit spécial des sociétés a pour seul objet de régir les sociétés.

Droit commun et droit des spécial ne sont d'ailleurs pas appelés à entrer en concurrence. Le droit commun ne s'applique en effet que lorsqu'il n'existe pas de réglementation particulière[8] et, donc, de manière subsidiaire[9]. La règle *specialia generalibus derogant* commande leur articulation[10] et prescrit la primauté de la règle spéciale sur la règle générale[11]. Ne faut-il pas alors en déduire que le droit commun se trouve évincé dès lors qu'il existe un droit spécial ? Le propos doit en réalité être nuancé. Droit commun et droit spécial sont en effet complémentaires[12]. Le droit spécial contient bien souvent des lacunes qui contraignent le droit commun à prendre le relais et à les suppléer[13]. C'est donc l'incomplétude de la réglementation spéciale qui permet en définitive l'application du droit commun. Pour cette raison, le droit commun des contrats a vocation à s'appliquer en matière sociétaire et à l'emporter sur un droit spécial lacunaire.

Toutefois, la distinction manichéenne entre droit spécial et droit commun doit être relativisée. D'abord, certains droits se trouvent en effet à la lisière du droit commun et du droit spécial[14]. Le droit de la consommation, par exemple, s'apparente à un droit spécial puisque ces

---

[7] E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, préf. J.-L. Aubert, n° 8 : l'auteur définit le droit commun des contrats de manière similaire comme « *un ensemble de normes positives ayant vocation à régir toutes les conventions* ».

[8] Le droit commun est au droit spécial ce que la règle supplétive est au contrat. V. F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 925, spéc. p. 935 : « *Par droit commun, il convient d'entendre les dispositions qui s'appliquent de façon générale, chaque fois qu'une règle particulière n'y déroge pas* » ; B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1996, p. 49, spéc. p. 49 : « *le droit commun est le droit applicable à une situation juridique en dehors des hypothèses où il y est dérogé* ».

[9] F. Pollaud-Dulian, art. préc., spéc. p. 926 : « *l'opposition droit commun-droit spécial se rapproche des rapports entre principe et exception* ».

[10] Les adages *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generali* permettent la résolution de situations antinomiques. V. O. Pfersmann, « Antinomies », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland et S. Rials, PUF, Lamy, 2003, p. 68. La même fonction est assignée à la hiérarchie des normes. V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, 1999, trad. C. Eisenmann, p. 273.

[11] J.-P. Pizzio, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », in *Droit du marché et droit commun des obligations, RTD com.* 1998, p. 53 : les droits spéciaux « *relèguent le droit commun au second plan* ».

[12] En ce sens, v. *Ibid.* : « *loin d'éliminer le droit commun,* (les droits spéciaux) *se combinent avec lui* ».

[13] En ce sens, v. C. Goldie-Genicon, *Contribution de l'étude des rapports entre le droit commun des contrats et le droit spécial*, LGDJ, 2009, n° 288 et s., p. 366 et s.

[14] E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, préf. J.-L. Aubert, n° 68, p. 55 : « *La division simpliste du droit des contrats en théorie générale applicable à tous, et un droit spécial valable pour un type de contrat déterminé ne traduit pas l'existence en droit positif de règles qui ne régissent pas tous les contrats, mais dont l'application n'est pas pour autant limitée à un contrat nommé* » ; D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, sous la dir. de G. Pignarre, Dalloz, 2005, p. 73, spéc. p. 76 : « *il est d'autant plus périlleux de proposer une réflexion sur les*

règles ne s'appliquent qu'à certains rapports contractuels mais également à un droit commun puisque son application n'est pas limitée à un type de contrat particulier[15]. Ensuite, un droit spécial peut lui-même être considéré comme un droit commun au regard d'un droit plus spécial encore. C'est ainsi qu'existe un droit commun des sociétés, composé d'un ensemble de règles applicables à toutes les sociétés et un droit spécial des sociétés, qui n'a vocation à s'appliquer qu'à certaines d'entre elles[16]. En somme, davantage qu'une différence de nature entre droit commun et droit spécial, il n'est question que d'une différence de degré de généralité.

3. Une évolution distincte. En deuxième lieu, le droit commun des contrats et le droit des sociétés connaissent une évolution sensiblement différente. Alors que le droit des contrats est resté inchangé depuis 1804[17], le droit des sociétés ne cesse d'être modifié[18]. De surcroît, l'éparpillement de ses dispositions au travers de divers codes, civil, commerce, monétaire et financier, rend plus complexe son appréhension. Quant à son degré de technicité, il contribue d'autant plus à accroître son autonomie vis-à-vis du droit des contrats[19].

La dichotomie entre ces deux droits mérite cependant d'être nuancée. La constance du droit commun des contrats n'est en effet qu'apparente. Car, si les dispositions légales du titre III du livre III du Code civil vouées à s'appliquer à tous les contrats ont été peu modifiées, il en est

---

imbrications du droit commun et des droits spéciaux que, dans notre droit contemporain, l'identification des deux concepts et, partant, leur distinction sont fluctuantes et fuyantes ».

[15] J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi et H. Lecuyer, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, sous la dir. de J. Ghestin, n° 6. A suivre certains auteurs, le degré de généralité des règles consuméristes justifierait au demeurant de les intégrer dans le champ du droit commun des contrats. Sur les relations étroites de ces deux droits, v. notamment D. Mazeaud, « Droit commun du contrat et droit de la consommation, Nouvelles frontières ? », in *Mél. J. Calais-Auloy*, p. 697 ; J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239 ; G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Mél. R Rodières*, Dalloz, 1981, p. 247 ; N. Rzepzcki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse Strasbourg, 1998 ; N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000 ; G. Berlioz, « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP G* 1979, I, 2954. Pourtant, nous sommes d'avis de les exclure et de consacrer une vision restrictive du droit commun en raison de leur champ qui, bien que large, demeure limité aux relations professionnel et consommateur.

[16] V. B. Oppetit, « La décodification du droit commercial français », in *Mél. R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 197, spéc. p. 203 : « *il est permis de se demander s'il n'existe pas désormais non plus un droit commun, mais bien plusieurs droits communs : un droit commun des sociétés en général (art. 1834 C. civ.), un droit commun des sociétés civiles (art. 1845 C. civ.), un droit commun des sociétés commerciales, un droit commun des sociétés de la personnalité morale, un droit commun des sociétés coopératives* ».

[17] G. Cornu, « Regards sur le titre III du livre III du Code civil, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », in *Les cours de droit*, 1977, p. 1.

[18] N. Rontchevsky, « Droit des sociétés : le mouvement perpétuel », *D*. 2002, p. 2594.

[19] M. Jeantin, « Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mél. L. Boyer*, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 317.

autrement de leur interprétation jurisprudentielle[20]. Encore faut-il distinguer droit commun et théorie générale des contrats puisque lorsque certains auteurs évoquent une évolution du droit des contrats, ils font en réalité référence à une évolution de la théorie générale des contrats. Alors que le premier s'identifie au droit positif, c'est-à-dire à l'ensemble des solutions juridiques applicables à tous les contrats, la seconde désigne « *une analyse contemporaine du droit des contrats et des obligations* », de sorte qu'elle « *ne correspond pas tant à une fraction du droit positif des contrats qu'à une vue de la science sur le droit des contrats…* »[21].

4. Un objet prétendument distinct. En troisième lieu et surtout, si la comparaison entre le droit des sociétés et le droit des contrats semble vouée à l'échec, c'est en raison de leur objet prétendument différent. Le « contrat-société » ne résonne-t-il pas en effet comme un oxymore juridique ? Bon nombre d'auteurs le pensent et proposent depuis un siècle déjà de délaisser la nature contractuelle de la société au profit d'autres qualifications[22]. Ainsi la société ne serait-elle qu'une institution ou une technique d'organisation de l'entreprise[23], un acte juridique collectif[24]

---

[20] En ce sens, v. M. Billiau, « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXIe siècle », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 119 ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 16, p. 11 ; F. Berenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?* », PUAM, 2007, préf. C. Atias. Le décalage entre la lettre des dispositions légales et leur interprétation est tel qu'il a d'ailleurs justifié l'élaboration d'un avant-projet du droit des obligations (v. P. Catala, « L'avant-projet de réforme des obligations et le droit des affaires », *RJC* 2007, p. 182) qui n'a cependant pas convaincu le législateur de s'atteler à la réforme.

[21] E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, préf. J.-L. Aubert, n° 48, p. 45.

[22] J. P. Bertrel, « Le débat sur la nature de la société », in *Mél. A. Sayag*, Litec, 1997, p. 131.

[23] M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in *La cité moderne et les transformations du droit, Cahiers de la nouvelle journée*, T. IV, Bloud et Gay, Paris, 1925, p. 2 et s. ; J.-A. Broderick, « La notion d'institution de M. Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Archives de Philosophie du Droit* 1968, p. 143 et s. ; J. Brèthe de la Gressaye, v° Institution, in *Rép. civ.*, Dalloz, 1952, n° 28 ; J. Brèthe de la Gressaye et M. Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, n° 392 et s. ; E. Gaillard, *La société anonyme de demain : la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Paris, 1933 ; P. de Sola Canizares, « Le caractère institutionnel de la société de capitaux », *RIDC* 1953, p. 416 et s.

[24] V. L. Duguit, *Traité du droit constitutionnel*, T. 1, *La règle de droit, Le problème de l'Etat*, de Bocard, 3e éd., 1927, § 37 et s., p. 374 et s., R. Demogue, *Traité des obligations en général*, T. 1, *Les sources de l'obligation*, Rousseau, 1923, n° 16 et s., p. 34 et s. ; G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, préf. G. Marty ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, T. 1, *Les sources*, Dalloz, 2e éd., 1988, n° 368 à 370, p. 379 à 381 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, thèse Toulouse, Sirey, 1951, n° 33 et 44, p. 43 et 52 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Defrénois, 2007, préf. Y. Lequette, n° 616, p. 265-266 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 505 et 507 ; J. P. Bertrel, « Le débat sur la nature de la société », in *Mél. A. Sayag*, Litec, 1997, p. 131, spéc. p. 133 ; J.-P. Bertrel, « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com.* 1996, p. 595, spéc. p. 612 ; J. Brèthe de la Gressaye, v° Institution, in *Rép. civ.*, Dalloz, 1952, n° 43.

ou encore un contrat-institution[25] qui revêtirait une nature hybride, à mi-chemin entre l'institution et le contrat[26]. Aussi séduisantes soient-elles, ces propositions n'ont cependant trouvé aucun écho en droit positif. Le législateur n'a pas souhaité revenir sur la qualification choisie en 1804 et continue à présenter la société comme un simple contrat[27]. Malgré cette survivance de la définition contractuelle de la société, il n'en demeure pas moins qu'elle entre mal dans le « *tableau général* »[28].

5. Les particularités de la société. A postuler que la société est un contrat[29], la société présente cependant d'incontestables singularités au regard du contrat de vente qui apparaît comme le modèle de contrat défendu par le Code civil[30]. Alors que la vente est par principe à exécution instantanée et synallagmatique, la société est porteuse d'un intérêt commun et bien souvent durable et pluripartite. En outre, elle se trouve la plupart du temps dotée d'une personnalité juridique autonome. Cette dernière caractéristique est elle-même génératrice de particularités. D'abord, l'octroi de la personnalité morale commande que le contrat de société ne soit pas uniquement créateur d'obligations juridiques. Ensuite, puisque la société acquiert une autonomie juridique, elle est amenée à être elle-même contractante[31] et se trouve dotée d'un intérêt qui lui est propre. Il s'ensuit une prépondérance des dispositions impératives dans les statuts pour assurer la protection des tiers ainsi que sa propre protection[32]. Et si l'on assiste à un

---

[25] V. J.-J. Neuer, « Le contrat-institution, Essai sur les modes de formation du contrat en droit privé », *LPA*, 19 juin 1995, n° 73, p. 4.

[26] J. P. Bertrel, « Le débat sur la nature de la société », art. préc., p. 131.

[27] Article 1832 du Code civil : « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

[28] R. Libchaber, « La société, contrat spécial », in *Mél. M. Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 281, spéc. p. 285.

[29] J. Mestre, « La société est bien encore un contrat… », in *Mél. C. Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 131.

[30] M.-E. Ancel, « La vente dans le code civil, raisons et déraisons d'un modèle contractuel », in *Code civil et modèles, Des modèles du code au code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 285 ; v. *infra*, n° 337.

[31] C. Prieto, *La société contractante*, PUAM, 1994, préf. J. Mestre ; J. Prieur, « Droit des contrats et droit des sociétés », in *Mél. A. Sayag, Droit et vie des affaires*, Litec, 1997 ; P. Bissara, « De la société contractante à la contractualisation de la société », in *Approche renouvelée de la contractualisation*, sous la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, PUAM, 2007.

[32] B. Saintourens, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com*. 1987, p. 457 ; L. Convert, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés : étude de droit comparé : Angleterre, Espagne, France*, 2003, LGDJ, préf. B. Saintourens.

important phénomène de contractualisation[33] marqué par l'accroissement des pactes d'actionnaires dans la société, la société demeure un contrat fortement réglementé qui la différencie d'autant de la vente. Enfin, la personnification de la société génère l'existence d'un contrat « dual » puisque, au contrat de société *stricto sensu* conclu entre les associés, se superpose un contrat d'apport conclu entre chacun des associés et la société. En raison de la controverse que fait naître l'existence de ce contrat d'apport, il convient d'emblée de la justifier.

6. La coexistence de deux contrats indissociables. Parce que la société n'est pas seulement un contrat mais également une personne juridique autonome, sa relation avec chacun des associés peut être envisagée[34]. L'existence de cette relation est confortée par l'article 1843 du Code civil qui dispose que « *Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie* ». La disposition laisse ainsi entendre que chaque associé, en plus d'être lié à ses coassociés, se trouve également engagé dans un rapport contractuel synallagmatique vis-à-vis de la société qui lui permet d'exiger d'elle, en contrepartie de l'apport versé, l'attribution de droits sociaux. C'est ainsi reconnaître la superposition de contrats d'apport au contrat de société *stricto sensu*[35]. Alors que le contrat de société se définit comme celui « *par lequel selon l'article 1832 du code civil, les associés conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager*

---

[33] P. Bissara, « De la société contractante à la contractualisation de la société », art. préc.

[34] M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 1, p. 17 : « *Si la société est un contrat, il devrait être absurde d'envisager sa relation avec les associés : s'interroge-t-on sur la relation entre le vendeur et la vente, entre le prêteur et le prêt ? La question retrouve cependant sa logique si l'on admet que la société n'est pas seulement un contrat, mais également une personne juridique… En effet, dans tous les cas, la société ne se résume pas à un contrat : elle est également une personne, ce qui rend théoriquement envisageable l'existence de liens avec les associés* ». L'auteur postule dans sa thèse l'existence d'une relation contractuelle entre la société personne morale et son associé unis par un contrat qu'il qualifie de contrat d'apport. L'auteur démontre en effet que les conditions d'existence du contrat sont remplies à savoir l'existence non seulement d'un accord de volontés et l'existence d'obligations réciproques entre les parties. L'auteur précise également dans sa thèse, n° 3, p. 7 : il est possible de reconnaître par extension une relation contractuelle entre les associés et les sociétés dénuées de personnalité morale mais cela nécessite alors de reconnaître l'existence d'une personne morale interne avant l'immatriculation. Cette affirmation semble en effet pouvoir trouver un soutien auprès de l'article 1872 du Code civil qui dispose que « *A l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il* met à la disposition de la société » ; *Contra* : I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 152, p. 159 : lorsque la société n'a pas encore acquis la personnalité morale et que certaines obligations sont pourtant d'ores et déjà exigibles, « *chaque associé est, en effet, engagé non point envers la personne morale, qui n'est pas partie au contrat mais envers les autres associés* ». Suivant l'auteur, l'existence du contrat d'apport serait donc conditionnée par l'acquisition de la personnalité morale et, donc, la naissance du contrat de société précèderait finalement celle du contrat d'apport.

[35] Sur les différentes terminologies dudit contrat, v. M. Buchberger, th. préc., n° 106 et s., p. 105 et s. : le contrat d'apport est encore dénommé contrat d'émission ou contrat de souscription.

le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter », le contrat d'apport se définit comme celui « *par lequel une personne, l'associé, s'engage envers une autre la société, à lui apporter un bien ou son industrie et à contribuer aux pertes en contrepartie d'un ensemble de droits sociaux* »[36]. La corrélation entre ces deux contrats empêche de les étudier séparément : le contrat de société organise la relation collective entre les associés et le contrat d'apport, placé sous sa dépendance, organise la relation individuelle entre la société, née du contrat de société, et chacun des associés. L'existence d'une imbrication étroite entre ces deux contrats n'est pas nouvelle et peut être comparée à celle qui existe entre la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre[37]. La première lie les litigants entre eux et le second lie les litigants à l'arbitre. Comme en matière sociétaire, la naissance du premier contrat est subordonnée à celle du second. Toutefois, à chaque fois, « *il ne s'agit pas d'éléments d'un seul et même contrat mais bien d'actes contractuels distincts… ces actes bien qu'étant des anneaux d'une même chaîne, n'émanent pas des mêmes personnes* »[38]. Reconnue par plusieurs auteurs[39], l'existence d'un contrat d'apport a par ailleurs déjà été consacrée par la jurisprudence[40].

---

[36] M. Buchberger, th. préc., n° 212, p. 184.

[37] T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n° 657, p. 520 : il existe une « *articulation simple et multisélaire des deux contrats : la convention d'arbitrage a pour objet de soumettre le litige à l'arbitrage et le contrat d'arbitre d'en investir l'arbitre…* ».

[38] F.-E. Klein, « autonomie de la volonté et arbitrage », *RCDIP* 1958, p. 255 et 479, spéc. n° 2 cité par T. Clay, *Ibid*.

[39] P. Mousseron, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, n° 102 et s. : « *L'opération d'apport est souvent fondue dans l'opération de constitution sans que sa nature propre soit bien identifiée. Sa nature contractuelle ou à tout le moins conventionnelle est admise en doctrine* » ; T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 483 : « *Selon certains auteurs, l'apport constituerait, dans toutes les sociétés, un contrat propre au sens de l'article 1101 du code civil, même s'il est accessoire au contrat principal, le contrat de société* » ; en ce sens, v. M.-J. Cambassédès, « La nature juridique et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. soc*. 1976, p. 431 ; J. Rouast, *La notion juridique d'apport en nature*, thèse Paris, 1949. Un certain nombre d'auteurs y font également référence. V. Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 49 ; R. Poésy, « Bref retour sur une question controversée : l'exclusion judiciaire de l'associé d'une société non cotée », *RJC* 2001, p. 159, spéc. p. 162 ; M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 625, p. 260 ; L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 198, p. 128 ; P. Delebecque, « L'anéantissement unilatéral du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 61, spéc. p. 66 ; G. Wicker, v° personne morale, in *Rép. civ*., Dalloz, n° 94 ; H. Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com*. 1999, p. 273, spéc. p. 276 ; R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, 2003, préf. J.-J. Daigre, n° 305 ; A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, 2011, préf. Y.-M. Serinet, n° 330 et 331, p. 229 et 230 ; D. Martin, « L'exclusion d'un actionnaire », *RJC*, n° spécial, 1990, p. 94, spéc. p. 97 ; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 136 et p. 142 ; E. Thaller, note sous Cass. civ., 30 mai 1893, *D*. 1893, p. 105, spéc. p. 113.

[40] Cass. civ., 23 juillet 1935, *DP* 1938, 1, p. 16, note A.C. : « *le contrat qui lie l'actionnaire à la société leur impose des obligations réciproques* » ; *journ. soc*. 1936, p. 544, note H. Lecompte ; Cass. req., 22 avril 1941, *DA* 1941, p. 243.

Quoi qu'on en dise, la coexistence du contrat d'apport et du contrat de société ne s'impose cependant pas avec la force de l'évidence[41]. D'une part, puisque les droits et obligations des associés, notamment l'apport, figurent à la fois dans le contrat de société et dans le contrat d'apport, il convient d'admettre un même contenu obligationnel[42] et, donc, une identité d'objet entre chaque contrat. On trouve cependant en matière contractuelle d'autres illustrations d'obligations relevant de deux contrats, telle que la stipulation pour autrui[43] ou encore la promesse de contrat. Dans un cas comme dans l'autre, l'objet de l'obligation du promettant est identique quel que soit le contrat en cause[44].

D'autre part, l'existence d'un *instrumentum* unique matérialisant les deux contrats et, en conséquence, d'un seul consentement donné pour les deux contrats ne plaide pas en faveur de contrats distincts. Pourtant, là encore, l'argument n'a rien de dirimant. Le droit recèle d'autres exemples de contrats qui s'insèrent dans l'*instrumentum* d'un autre. Tel est notamment le cas du contrat de cautionnement qui s'insère bien souvent dans le même support matériel que le contrat qu'il garantit.

7. Les raisons profondes de la disqualification contractuelle. En vérité, si remarquables soient-elles, ces particularités ne semblent pas être à l'origine de la remise en cause de la nature contractuelle de la société[45]. Les débats doctrinaux sur la nature de la société ne sont en effet réellement devenus vifs qu'au début du XXe siècle. Or, la nature de la société n'avait jusqu'ici jamais été contestée[46] et ce alors même qu'elle présentait ces différentes caractéristiques.

Quelles sont par conséquent les raisons qui ont justifié la désertion de la société de la catégorie des contrats ? Certes, la consécration de la société unipersonnelle a fait vasciller

---

[41] H. Blaise, *L'apport en société*, Impr. réunies, 1955, n° 37, p. 52 : à suivre l'auteur, la coexistence est impossible car un contrat ne peut pas être l'élément d'un autre. Il s'ensuit que le contrat de souscription ou d'apport ne peut être que le contrat de société ; en ce sens, v. F. G. Trébulle, *L'émission des valeurs mobilières*, Economica, 2002, préf. Y. Guyon, n° 400, p. 293 ; P. Emy, *Le titre financier*, thèse Bordeaux IV, 2006, n° 56, p. 85 ; H. Causse, *Les titres négociables*, Litec, 1993, préf. B. Teyssié, n° 134, p. 83 : « *Considérer l'obligation de réaliser l'apport comme résultant du contrat de souscription revient à supprimer l'obligation essentielle résultant du contrat de société* ».

[42] P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ*. 1999, p. 771 et s.

[43] M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 299, p. 194-195 : l'auteur donne également l'exemple de la lettre de change.

[44] L'article 1589 du Code civil dispose en effet que « *la promesse de vente vaut vente* ».

[45] J.-C. May, « La société : contrat ou institution », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122, spéc. p. 142.

[46] En témoigne l'adoption sans débat de l'article 1832 du Code civil. V. P. A. Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, T. 14, Otto Zeller Osnabrück, 1968, réimpression de l'éd. 1827.

certaines certitudes. Toutefois, si elle a bien eu pour effet de remettre en cause la nature unitaire de la société, elle n'a pas permis de disqualifier la nature contractuelle de la société pluripartite. Au demeurant, la naissance des controverses relatives à la nature de la société précède la loi du 11 juillet 1985 et coïncide avec l'essor de grandes sociétés capitalistes qui ont amplifié les particularités de la société. Le nombre important d'associés a d'abord pu faire douter de la subsistance d'un échange de consentements[47]. Ensuite, la venue de nouveaux associés bailleurs de fonds a renforcé les dispositions statutaires et réduit progressivement la liberté contractuelle à peau de chagrin[48]. Surtout, la consécration de la modification des statuts à la majorité a heurté de front la force obligatoire du contrat et consommé la rupture du contrat et de la société[49].

8. Compréhension volontariste de la force obligatoire du contrat. La force obligatoire du contrat fait partie de ces notions polysémiques dont la signification et la portée varient en fonction des fondements qui lui sont assignés[50]. Pour cette raison, si tous s'accordent à considérer que le législateur de 1804 a entendu inscrire le principe de la force obligatoire à l'article 1134 du Code civil, sa compréhension se révèle en revanche plus équivoque[51]. A première lecture, la disposition laisse entendre que le contrat voulu par les parties se trouve doté de la même force contraignante qu'une loi. Toutefois, si les rédacteurs du Code civil n'ont jamais prétendu faire du contrat l'égal de la loi[52], ils ont vraisemblablement souhaité faire de la force obligatoire une exigence extrêmement rigoureuse[53]. L'article 1134 dispose en effet que « *les conventions tiennent*

---

[47] B. Dondero, « Société et contrat : un couple à l'histoire longue et un peu tourmentée », in *Société et contrat*, *Journ. sociétés* avril 2008, n° 53, p. 28, spéc. p. 28 ; C. Champaud, « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Economica, 1987, p. 125, spéc. p. 130.

[48] V. P. Didier, « La théorie contractualiste de la société », *Rev. soc*. 2000, p. 95 ; K. Peglow, *Le contrat de société en droit français et en droit allemand*, LGDJ, 2003, préf. J.-B. Blaise, n° 784, p. 446. L'argument n'apparaît pas suffisamment convaincant puisque nombre d'autres contrats sont fortement réglementés par le législateur sans que l'on conteste pourtant leur nature. En ce sens, v. J.-C. May, « La société : contrat ou institution », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122, spéc. p. 139.

[49] J.-C. May, art. préc., spéc. p. 134-135 ; P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2003, n° 135 ; S. Vaisse, *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967, p. 17.

[50] T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur, n° 362, p. 262 : « *la force obligatoire du contrat n'a d'autre sens que celui qu'on veut bien lui donner : comme beaucoup de notions, c'est une politique juridique déterminée en amont qui permet d'en fixer le contenu exact* ».

[51] Sur les différents fondements proposés de la force obligatoire du contrat, v. not. J.-L. Aubert et F. Collart-Dutilleul, *Le contrat*, 4e éd., Dalloz, 2010, p. 24 et s.

[52] J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », *RTD civ*. 2001, p. 265.

[53] V. par exemple J. Mestre et A. Laude, « L'interprétation active du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9, spéc. p. 9 : « *l'article 1134 alinéa 1er du Code civil pose un principe essentiel de souveraineté de la volonté commune des parties* » ; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*,

lieu de loi à ceux qui les ont faites (alinéa 1). *Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise* (alinéa 2). *Elles doivent être exécutées de bonne foi* (alinéa 3) ». Des deux premiers alinéas, il semble se déduire que, à partir du moment où le contrat est régulièrement formé, la volonté acquiert toute puissance et devient, ainsi intangible pour les parties et le juge. Libres de s'engager, les parties ne le sont plus une fois leur volonté exprimée : elles doivent s'y tenir fermement et exécuter leurs obligations sous peine de sanction. Seule une nouvelle manifestation de volonté commune peut permettre d'annihiler la volonté initiale. Quant au juge, « *ministre de la volonté des parties* »[54], il doit se résigner à l'interpréter strictement.

La lecture volontariste de l'article 1134 du Code civil semble au reste confortée par plusieurs dispositions légales. D'abord, l'article 1118 du Code civil dispose que « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes* » et confirme *a contrario* l'intangibilité de principe de la convention, même lésionnaire. Ensuite, l'article 1184 du Code civil met à la disposition du créancier des sanctions effectives en cas d'inexécution contractuelle. Tout engagement non respecté peut conduire à son exécution forcée ou sa résolution. Enfin, l'article 1156 du Code civil prescrit aux juges d'interpréter la convention à l'aune de la volonté commune des parties. Le juge a les mains liées et ne peut, sous prétexte d'équité, modifier ou suppléer la volonté des parties[55]. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion au cours du XIXème siècle de corroborer la lecture volontariste de l'article 1134 *via* la consécration du contrôle de dénaturation par la Cour de cassation[56] et l'affirmation explicite de la prohibition de la révision judiciaire pour imprévision[57]. Qui plus est, la portée longtemps confinée de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil et de l'article 1135 du même Code conforte l'acception volontariste de la force obligatoire du contrat.

---

thèse Paris II, 1973, p. II : « *L'article 1134 du Code civil révèle le fétichisme attaché au XIXe siècle à la volonté individuelle* ».

[54] F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil*, *Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 25.

[55] V. D. Mazeaud, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple illégitime », in *Mél. J.-L. Aubert*, *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 235.

[56] Cass. civ., 15 avril 1872, Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault, *DP* 1872, 1, p. 176 ; Cass. civ. 1ère, 11 mai 1982, *Gaz. Pal*. 1982, 2, p. 612 note F. Chabas ; Cass. com., 5 juillet 1984, *JCP G* 1985, II, 20409, note E.-M. Bey.

[57] Cass. civ., 6 mars 1876, De Gallifet c/ Commune de Pelisanne (affaire du Canal de Craponne), *DP* 1876, 1, p. 193, note A. Giboulot.

9. Les raisons de la conception volontariste. Deux raisons bien connues justifient le choix de cette conception volontariste de la force obligatoire.

La première, héritée du droit canoniste, est d'ordre moral et réside dans le respect de la parole donnée. La fidélité implique de payer ce que l'on a promis et celui qui n'exécute pas sa promesse commet ainsi un pêché[58].

La seconde, plus importante, est d'ordre économique et social et tient au respect de la sécurité juridique. Le développement des relations contractuelles ne peut se concevoir sans sécurité car le crédit disparaîtrait nécessairement avec la confiance qui le fonde[59].

10. Une conception bâtie sur les contrats-échange égalitaires. Même justifié d'un point de vue moral, économique et social, le choix de la conception volontariste de la force obligatoire du contrat doit cependant être mis en relation avec la perception du contrat défendue par le législateur.

Le principe de la force obligatoire a en effet d'abord été pensé à partir de contrats égalitaires dont il résulte que les parties expriment librement leur volonté et défendent efficacement leurs intérêts. Pourtant, le postulat d'égalité contractuelle a été fortement remis en cause par une réalité économique qui fait du contrat le produit d'un rapport de force inégalitaire[60].

Le principe de la force obligatoire a ensuite vraisemblablement été façonné pour le contrat-échange, c'est-à-dire pour un contrat synallagmatique porteur d'intérêts antagonistes et qui n'est pas appelé à durer[61].

La société n'ayant rien de commun avec ce standard contractuel, comment serait-il possible de doter le contrat de société de la même force obligatoire que les contrats-échange ?

---

[58] A. Rouast, « Le respect des engagements librement consentis et le contrat dirigé », *Semaine sociale de France* 1938, p. 342 ; T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur, n° 360 et s., p. 261 et s., spéc. n° 362, p. 262 : « *Dans la tradition française, la force obligatoire est fortement pénétrée d'une conception morale qui conduit à la concevoir comme la nécessité de respecter une promesse* ».

[59] Y. Picod, *Fasc. unique : contrats et obligations. Effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions*, in *J.-Cl. civ.*, 2007, n° 2 : « *il y va de l'intérêt social comme de l'intérêt des contractants : le contrat perdrait sa raison d'être et les rapports économiques et sociaux seraient inévitablement perturbés si la certitude de sa réalisation n'était pas acquise* ».

[60] V. par exemple D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295 ; G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Grasset, Paris, 1920.

[61] V. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, vol. 1 *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2012, p. 521 ; R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211.

11. La dénonciation du caractère marginal du contrat de société. Si un certain nombre d'auteurs ont récemment entrepris de défendre le caractère contractuel de la société, ils ont paradoxalement, et dans un même temps, mis en exergue le caractère marginal de la société. A les suivre, le contrat-échange et le contrat de société feraient l'objet d'une opposition irréductible. Alors que le contrat-échange réaliserait une permutation de biens et de services et serait soumis à la justice commutative ou corrective, le contrat de société organiserait une mise en commun de services et de biens pour la satisfaction d'un intérêt commun et serait, de ce fait, soumis à la justice distributive. En somme, la société serait un contrat tellement atypique qu'il intégrerait, par suite, une catégorie à part[62]. Ainsi s'agirait-il d'un contrat-organisation[63], d'un contrat-partage[64], d'un contrat-alliance[65] ou d'un contrat-concentration qui le distinguerait aussi bien du contrat-permutation que du contrat-coopération[66]. Partant, la société serait soumise à un régime spécifique, comme en témoigne l'adoption de la loi de la majorité[67].

12. La dénonciation d'une force obligatoire singulière. A suivre le professeur Paul Didier, la révélation des singularités du contrat-organisation permet de justifier une application distincte du principe de la force obligatoire du contrat[68]. Si l'article 1134 du Code civil doit régir la société comme les autres contrats, il n'est cependant pas voué à être appliqué avec la même rigueur. Alors que les contrats-échange en nécessitent une application stricte, le contrat-organisation en commande une lecture sensiblement assouplie. En effet, en raison de l'antagonisme des intérêts des parties et de la brièveté des contrats-échange, leur contenu doit être intégralement fixé au moment de l'échange des consentements et ne peut être modifié que par un accord des parties. A l'inverse, en raison de l'intérêt commun des associés et du caractère durable de la société, son contenu est naturellement appelé à évoluer. Pour cette raison, une majorité

[62] V. cependant J.-B. Seube, « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », in *Société et contrat*, *Journ. soc*. avril 2008, n° 53, p. 38.
[63] P. Didier, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements*, *RJC* 1995, n° spécial, p. 74.
[64] F. Chénedé, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi.
[65] J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis.
[66] S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner.
[67] V. les études menées par le Professeur Paul Didier qui peut être considéré comme le véritable instigateur de cette nouvelle catégorie : P. Didier, art. préc. ; P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 635.
[68] P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 635 et s.

d'associés peut procéder à la modification du pacte social et l'intervention du juge pour garantir son efficacité durable est accueillie avec bienveillance.

Toutefois, la dichotomie est-elle aussi tranchée que cela ? Le contrat-échange et la société adoptent-ils réellement une lecture opposée de l'article 1134 du Code civil ?

13. Finalité de la thèse. Parce que la question de la force obligatoire du contrat de société a nettement contribué à alimenter la controverse de la nature de la société et à prononcer le divorce entre le droit des contrats et le droit des sociétés, il est apparu nécessaire de l'étudier de manière approfondie afin de pouvoir démontrer que le contrat de société souffre d'une marginalisation excessive. En somme, en démontrant que la société dispose d'une force obligatoire comparable à celle des autres contrats, on parvient à prouver qu'entre le contrat-échange et la société, il s'agit davantage d'une différence de degré que de nature. C'est à ce prix que l'on parviendra à réhabiliter pleinement la société parmi les contrats et à réconcilier droit des sociétés et droit commun des contrats.

14. Précisions sur le champ de l'étude. Deux préalables relatifs au champ de l'étude doivent cependant être évoqués.

En premier lieu, que faut-il « matériellement » entendre par « contrat de société » ? Lorsqu'on l'évoque, on fait de toute évidence référence à l'acte constitutif de la société et, donc, aux statuts[69] qui matérialisent à la fois le contrat de société et le contrat d'apport placé sous sa dépendance. L'engagement d'un associé à l'égard des autres et de la société procède en effet de leur signature, ou d'un bulletin de souscription qui y renvoie[70].

---

[69] Y. Chaput, « La liberté et les statuts », *Rev. soc.* 1989, p. 361, spéc. p. 364. L'affirmation ne va cependant pas de soi puisque certains droits étrangers distinguent justement les statuts de l'acte constitutif. Tel est par exemple le cas de la première directive du Conseil des communautés européennes du 9 mars 1968 (art. 10 et s.). Et c'est également le cas des droits anglais et nord-américains qui distinguent les « *articles of incorporations* » portés à la connaissance des tiers et les « *by-laws* » portant sur le fonctionnement interne de la société. V. Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 13.

[70] Si la rédaction des statuts n'est exigée qu'*ad probationem*, elle conditionne en effet l'immatriculation de la société et certaines mentions revêtent un caractère obligatoire comme celles relatives aux apports, à l'objet social, à l'appellation, au siège, à la durée, au montant du capital et aux modalités de fonctionnement (v. les articles 1835 du Code civil et L. 210-2 du Code de commerce). Il en résulte que pour les sociétés dépourvues de personnalité morale, en particulier les sociétés en participation, la rédaction de statuts écrits n'est pas nécessaire, mais cela n'empêche évidemment pas de considérer qu'un contrat de société existe entre les associés. Sur les sociétés dépourvues de la personnalité morale, v. B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, PUAM, 2006, préf. H. Le Nabasque.

Toutefois, énoncer que le contrat de société est constitué par les statuts est insuffisant. La détermination exacte du contrat de société se révèle plus délicate[71]. En effet, le contrat de société ne se réduit pas aux statuts *stricto sensu* mais s'identifie plus largement au « *complexe statutaire* »[72] composé d'autres actes qui lui sont annexés. S'il existe un consensus pour admettre que le préambule, dont le but est de servir de guide dans l'interprétation des statuts, en fait partie à condition qu'il soit précis[73], il existe, en revanche, davantage d'incertitude quant à l'intégration du règlement intérieur dans ce complexe statutaire. Si celui-ci revêt la même nature et la même autorité que les statuts dès lors qu'il a été adopté dans les mêmes conditions qu'eux[74], il n'est cependant pas opposable aux tiers en raison de son absence de publicité[75]. Partant, on ne saurait assimiler le règlement intérieur aux statuts.

Dans le même ordre d'idée, il faut également considérer que n'intègrent pas le complexe statutaire les pactes d'actionnaires extra-statutaires[76]. En effet, si les pactes statutaires peuvent être considérés comme faisant partie du contrat de société, les pactes extra-statutaires doivent en revanche être considérés comme des contrats indépendants extérieurs aux statuts et ayant pour but, en général, d'aménager des droits de certains actionnaires. Pour preuve, les pactes d'actionnaires extra-stautaires n'ont force obligatoire qu'entre les associés signataires et non entre tous les associés.

En second lieu, il convient de déterminer quel contrat de société entend constituer l'objet de l'étude. En réalité, il serait plus exact d'évoquer « les » contrats de société. En effet, en raison

---

[71] M. Jeantin, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 149, spéc. p. 160 : « *la notion même de contrat de société est parfois difficile à cerner avec précision. On sait que le contrat de société tend à apparaître, de plus en plus, comme un ensemble de conventions comprenant, outre les statuts sociaux, les pactes adjoints, les conventions entre actionnaires et le règlement intérieur de la société, si tant est qu'il en existe un* ».

[72] M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 24, p. 17 : « *On entend par complexe statutaire, l'ensemble des actes en amont et en aval des statuts* ».

[73] M.-C. Monsallier, th. préc., n° 32 et s., p. 20 et s. ; v. par exemple Cass. com., 13 février 1996, Rev. soc. 1996, p. 781, note J.-J. Daigre.

[74] Cass. civ. 1ère, 8 octobre 1996, *Bull. civ*. I, n° 345, p. 241.

[75] CA Paris, 30 novembre 1993, *JCP E* 1994, II, 575, note T. Bonneau ; T. Bonneau, « Le règlement intérieur de la société », *Dr. soc*. 1994, étude 2, p. 1 ; P. Le Cannu, « Le règlement intérieur des sociétés », *Bull. Joly soc*. 1986, p. 723.

[76] B. Dondero, « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », in *Société et contrat, Journ. soc*. avril 2008, n° 53, p. 42, spéc. p. 42 : « *La pratique lorsqu'elle évoque le pacte d'actionnaires, envisage généralement une convention qui figure hors des statuts de la société* ».

de l'inexistence d'une société de droit commun[77], toutes les sociétés ont vocation à intégrer le domaine de l'étude. Rien ne justifierait de cantonner l'étude à un seul type sociétaire, lequel peut présenter un caractère contractuel plus ou moins marqué. Pour cette raison, la force obligatoire des contrats sera analysée à l'aune de l'ensemble des sociétés, tant du moins qu'elles sont pluripersonnelles[78] – les sociétés unipersonnelles ne comprenant pas, par définition, de contrat de société entre associés[79].

Méthode et plan. Afin de convaincre de la relativité de la distinction de la société avec les autres contrats, nous démontrerons que la société est dotée d'une force obligatoire comparable à eux. Pour ce faire, il conviendra d'abord de constater l'application par le droit des sociétés de la conception volontariste de la force obligatoire du contrat (Partie 1), puis de montrer que les spécificités du contrat de société se retrouvent en réalité à des degrés divers dans l'ensemble des contrats, favorisant par là même une rénovation de la conception volontariste des contrats (Partie 2).

PARTIE 1 LA CONCEPTION VOLONTARISTE DE LA FORCE OBLIGATOIRE EMPRUNTEE PAR LE DROIT DES SOCIETES

PARTIE 2 LA CONCEPTION VOLONTARISTE DE LA FORCE OBLIGATOIRE RENOVEE PAR LE DROIT DES SOCIETES

[77] P. Le Cannu, « Existe-t-il une société de droit commun ? », in *Mél. M. Jeantin*, Dalloz, p. 247.

[78] A l'exception toutefois de la société européenne qui emprunte pour grande partie son régime aux sociétés anonymes et, en conséquence, réduit significativement son intérêt à l'étudier distinctement.

[79] Les sociétés unipersonnelles naissent d'un acte juridique unilatéral ou, plus exactement, d'un engagement unilatéral de volonté et non d'un engagement plurilatéral qui justifie qu'elles soient exclues du champ de l'étude. Il n'en demeure pas moins qu'une société née d'un engagement unilatéral peut changer de nature au cours de sa vie et prendre l'habit d'un contrat à la suite de l'adhésion de nouveaux associés.

PARTIE 1

LA CONCEPTION VOLONTARISTE DE LA FORCE OBLIGATOIRE EMPRUNTEE PAR LE DROIT DES SOCIETES

15. S'il est dans la littérature juridique française un truisme, c'est bien qu'au travers de l'article 1134, les rédacteurs du Code civil ont entendu conférer une portée quasi absolue au principe de la force obligatoire du contrat. Prosélytes de la doctrine volontariste[80], les législateurs de 1804 ont brandi haut et fort l'étendard de la sécurité juridique et, ce faisant, ont prescrit l'inflexibilité contractuelle. De sorte que, traditionnellement, le contrat est conçue en droit commun des contrats comme un roc, une loi d'airain à laquelle ni les parties ni le juge ne peuvent en principe déroger.

Partant, la force obligatoire, classiquement définie, implique, d'une part, une intangibilité contractuelle[81], d'autre part, et ce qui en constitue le corollaire, des sanctions efficientes en cas d'inexécution du contrat[82].

En effet, garantir la force obligatoire du contrat, c'est en premier lieu et avant tout, ordonner son intangibilité, celle-ci permettant de préserver la sécurité juridique, fondement de l'ordre social. Les parties sont libres d'entrer en relation contractuelle, mais dès lors qu'elles ont choisi de s'engager, elles sont placées sous le joug de l'intangibilité. Promu dès 1804 par le droit commun des contrats, ce principe d'intangibilité contractuelle n'a pas manqué d'être repris et continue d'être appliqué par le droit des sociétés (TITRE 1).

---

[80] V. not. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980 cité par G. Rouhette, « La force obligatoire du contrat », « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 27, spéc. p. 28 : « *si elle* (la doctrine de l'autonomie de la volonté) *n'a été formulée que tardivement, dans le dernier quart du XIXe siècle, elle régnait, souveraine bien qu'inexprimée, depuis le Code Napoléon* ». Georges Rouhette dans ce même article critique cependant immédiatement et vivement cette analyse v. p. 29 : l'autonomie de la volonté « *n'est pas la doctrine qui inspire les rédacteurs du Code civil ou du moins, s'accorde à leur pensée* ». Suivant l'auteur, dès l'origine du Code civil, ce n'est pas la volonté qui donne force obligatoire à la convention mais la loi elle-même.

[81] Entendu dans son sens générique, le dictionnaire Hachette définit l'intangibilité comme le « *caractère de ce qui est intangible* » autrement dit que « *l'on ne doit pas toucher, modifier, altérer* ».

[82] En ce sens, v. J.-P. Garçon, « L'exclusion d'un associé de société civile », A propos de Cass. com., 20 mars 2012, *JCP N* 2012, 1332, p. 43, spéc. p. 48 : « *l'efficacité et l'effectivité d'un principe se mesurent à la lumière des sanctions applicables* ».

Conférer force obligatoire au contrat, c'est en second lieu, garantir qu'en cas d'atteinte au principe d'intangibilité, des sanctions efficientes seront prononcées et inciteront les parties à respecter la parole qu'elles ont donnée[83]. Instituées dès la naissance du Code civil, ces sanctions sont, là encore, indéniablement exploitées par le droit des sociétés (TITRE 2).

[83] G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, n° 91, p. 345 : « *Le problème de la force obligatoire du contrat naît comme problème juridique qu'à partir du moment où le débiteur ne veut plus s'exécuter* ».

TITRE 1

L'INTANGIBILITE CONTRACTUELLE

16. Conférer au contrat force obligatoire revient dans la conception volontariste à imposer son intangibilité[84]. De cette dernière il résulte deux corollaires : d'une part, l'irrévocabilité contractuelle qui implique que les parties ne puissent, en principe, se départir de leur engagement sans l'accord de leur cocontractant (Chapitre 1) ; d'autre part, l'immutabilité contractuelle qui implique que les parties ne puissent, en principe, modifier leurs droits et obligations sans l'accord de leur cocontractant (Chapitre 2).

Si le contrat de société est bel et bien assujetti à la conception volontariste du droit commun en faisant application de ces deux principes, ce n'est pas sans procéder à quelques aménagements justifiés par les spécificités dont il fait l'objet.

Spécificité, d'une part, afférente à son caractère pluripartite[85] et à la naissance d'une personne juridique autonome. Cette double spécificité a pour conséquence de générer des liens contractuels multiples. Il en résulte plus précisément la superposition de deux types de relations contractuelles : celles unissant les associés entre eux, autrement dit le contrat de société *stricto sensu*, et celles unissant chaque associé à la société, personne morale, autrement dit le contrat d'apport. Ainsi, par une seule manifestation de volonté, l'associé contracte concomitamment un contrat de société avec les autres associés et un contrat d'apport avec la société, le premier englobant et mettant sous sa dépendance le second[86].

Spécificité, d'autre part, afférente à la diversité des effets engendrés par le contrat de société. Si l'on postulait traditionnellement que la force obligatoire du contrat se réduisait à ses seules obligations, nous savons gré au Professeur Pascal Ancel d'avoir infirmé cette idée[87], le contrat de

---

[84] Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 442, p. 479 : « *Pour des raisons évidentes de sécurité juridique et en référence à la liberté individuelle, l'engagement dispose par principe d'une force obligatoire imposant son immutabilité, son intangibilité et son irrévocabilité* ».

[85] T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 379 : « *Le contrat pluripartite est celui par lequel plus de deux parties poursuivent ensemble la réalisation d'un but commun* ». Ces auteurs ajoutent, n° 380 : « *Les travaux préparatoires du Code civil ne mentionnent pas les contrats pluripartites. Toutefois, le Code civil les connaît et les autorise, même si la plupart des dispositions qu'il consacre au contrats et obligations conventionnelles en général sont manifestement conçues pour deux parties* ».

[86] V. *supra*, n° 6.

[87] P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ*. 1999, p. 771 et s.

société en étant l'exemple typique. En effet, celui-ci n'est pas uniquement créateur d'obligations mais également générateur de multiples effets dont celui de faire naître une personne morale[88].

[88] En ce sens, v. T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 72 : « *Le contrat de société ne se réduit ainsi pas à la naissance d'obligations réciproques, la personnalité morale ne s'inscrivant pas dans la réalisation d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire* » ; I. Petel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 13, p. 12-13 : le contrat de société peut engendrer trois effets possibles : effet obligatoire, effet réel et créateur d'une personne morale.

CHAPITRE 1

L'IRREVOCABILITE CONTRACTUELLE

17. Le principe d'irrévocabilité : corollaire de la force obligatoire. L'irrévocabilité contractuelle constitue la première zone d'influence du droit commun des contrats sur le contrat de société.

Par application du droit commun, le contrat devient irrévocable une fois formé. Ce principe d'irrévocabilité se déduit explicitement de la formulation de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil : les conventions « *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ». L'irrévocabilité est érigée en principe. Seul un nouvel accord permet de déroger à la force obligatoire. Il n'en va autrement qu'en présence d'une loi, mais cette intervention du législateur doit, semble-t-il, être exceptionnelle. Les deux causes de révocabilité du contrat : consentement mutuel et loi ne sont-elles pas séparées par une virgule ? Cette virgule pourrait signifier que la loi ne doit intervenir qu'à titre exceptionnel. L'article 1134, alinéa 2, apparaît ainsi comme le pendant de l'alinéa premier aux termes duquel « *les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

En effet, la relation étroite qui unit la force obligatoire à l'irrévocabilité des engagements contractuels ne constitue-t-elle pas un axiome ? Ne peut-on pas affirmer une corrélation de principe ? Selon un auteur « *intangibilité rime avec irrévocabilité* »[89]. N'est-ce pas là reconnaître une alliance classique entre la force obligatoire et l'irrévocabilité ? Le fondement de l'irrévocabilité des engagements contractuels réside indubitablement dans leur force obligatoire. Les fondements traditionnels qui gouvernent cette dernière, à savoir la sécurité juridique et la liberté, sont ceux-là mêmes de l'irrévocabilité, corollaire naturel de la force obligatoire[90]. De cette force obligatoire du contrat il résulte bien un principe d'irrévocabilité contractuelle[91]. Ce

[89] G. Paisant, « Introduction », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Droit et patr*. mars 1998, n° 58, p. 42, spéc. p. 42.

[90] Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 442, p. 479 : « *il apparaît que la force obligatoire soit le fondement de l'irrévocabilité des engagements* » ; en ce sens, v. L. Lawson-Body, « Réflexions sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif », *LPA*, 23 août 2002, n° 169, p. 3.

[91] P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 87, spéc. p. 91 : « *Quant à sortir prématurément du contrat, ce n'est que difficilement possible à la seule initiative d'un contractant. Même quand le partenaire n'exécute pas, il y faut en principe l'autorisation du juge… A titre principal, l'interdiction de mettre unilatéralement fin au contrat repose bien sur la force obligatoire de celui-ci. Sans doute l'interdiction admet-elle des exceptions légales, mais dispersées et*

principe a pour conséquence que le contrat ne peut être résolu qu'au terme convenu par les parties ou de manière anticipée par l'accord mutuel de ces mêmes parties.

Or, à cet égard, le droit commun des contrats exerce incontestablement son influence sur le droit des sociétés. En effet et d'une part, non seulement la seule manifestation de volonté d'un associé est impuissante à éteindre le contrat de société, mais, d'autre part, elle est également impuissante à se départir de sa qualité d'associé, autrement dit à mettre fin à son seul contrat d'apport (SECTION 1).

18. Dissociation de la force obligatoire et du principe d'irrévocabilité. Toutefois, il est possible d'admettre une dissociation exceptionnelle des deux notions. En effet, ce n'est pas parce qu'un engagement est librement révocable qu'il se trouve dépourvu de force obligatoire[92]. Autrement dit, toute révocabilité unilatérale d'un engagement ne constitue pas automatiquement une négation de la force obligatoire. « *Il existe une relative autonomie entre la première (l'irrévocabilité) et la seconde (la force obligatoire)* »[93] étant donné que « *si l'irrévocabilité participe de la force obligatoire d'un engagement, cette dernière ne postule pas automatiquement l'irrévocabilité de l'engagement* »[94]. Tout engagement, irrévocable unilatéralement ou non, a bien force obligatoire en ce qu'il doit être respecté et exécuté jusqu'à ce qu'il y soit mis fin de manière licite sous peine d'être sanctionné.

19. Portée *ab initio* relative du principe d'irrévocabilité. En outre, si l'irrévocabilité contractuelle est érigée à titre de principe, celui-ci n'a jamais eu vocation à s'appliquer à

---

peu significatives… la justification repose sur l'idée de protection comme s'il fallait garantir une partie contre l'abus de la force obligatoire du contrat ».

[92] Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 450, p. 487-488 : « *Si par principe, tout engagement a force obligatoire qu'il soit révocable d'un commun accord ou pour les causes que la loi autorise, il n'est pas écrit que seuls les engagements non révocables unilatéralement ont force obligatoire* » ; *Contra* : A. Etienney, *La durée de la prestation, essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, 2008, préf. T. Revet, p. 297, note de bas de page n° 3 : « *La faculté de résiliation unilatérale est souvent présentée comme une exception ou une atteinte à la force obligatoire des conventions* ».

[93] Y. Pagnerre, th. préc., n° 449, p. 485-486 : « *L'essence d'un engagement est d'être une source d'obligations dont l'inexécution est juridiquement sanctionnée. A ce titre, la force obligatoire garantit l'exécution par un effet comminatoire. Or, l'irrévocabilité n'est pas de l'essence de la forceobligatoire, celle-ci étant une notion plus souple qui se décompose en d'innombrables modalités. La révocabilité ne contredit pas la force obligatoire, elle ne fait le cas échéant que la modérer* » ; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 60 : l'auteur affirme que l'existence *ab initio* de causes légales de rupture témoigne du caractère dès l'origine relatif du principe de la force obligatoire du contrat.

[94] Y. Pagnerre, th. préc., n° 449, p. 486.

l'ensemble des engagements. Il se trouve en réalité et implicitement circonscrit à certains types seulement. Ainsi, « *le principe d'irrévocabilité des engagements prévus à l'article 1134 alinéa 2 du Code civil résulte, en réalité, de la force obligatoire des obligations à exécution instantanée et de la force obligatoire du terme extinctif* »[95], excluant, par conséquent, de son champ d'application les contrats à durée indéterminée. En effet, concernant ces derniers, le principe est précisément inverse : « *l'absence de terme extinctif postule l'absence d'obligation accessoire à respecter, expliquant sa révocabilité de principe…* »[96]. Présentée classiquement comme le corollaire de la prohibition des engagements perpétuels, cette faculté de résiliation unilatérale ne se révèle être que l'expression de la protection de la liberté individuelle des contractants. Dénotant ainsi la dépendance relative qui existe *ab initio* entre la force obligatoire et l'irrévocabilité contractuelle, l'engagement à durée indéterminée a bien une force obligatoire. Toutefois, il se trouve soustrait au principe d'irrévocabilité.

Là encore, le droit des sociétés ne témoigne d'aucune originalité. L'associé dispose en principe d'une faculté de résiliation unilatérale du contrat de société et du contrat d'apport chaque fois que ceux-ci se présentent à durée indéterminée ou par assimilation à durée excessive (SECTION 2).

SECTION 1 L'APPLICATION DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE EN MATIERE SOCIETAIRE

20. En raison du caractère pluripartite du contrat de société et de l'existence d'une personne morale à laquelle il donne naissance, l'étude du principe d'irrévocabilité est d'autant plus complexe qu'elle implique une analyse dualiste de son application : de prime abord, mise en œuvre du principe à l'égard du contrat de société qui unit tous les associés ; puis, mise en œuvre dudit principe à l'égard du seul contrat d'apport qui unit chaque associé à la société[97].

---

[95] Y. Pagnerre, th. préc., n° 452, p. 489.
[96] Y. Pagnerre, th. préc., n° 451, p. 489.
[97] T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 387 : « *L'intérêt commun invite à maintenir le contrat si cette solution est possible sans la partie concernée. La dissolution doit constituer l'exception et ne peut revêtir un caractère systématique* ». Ce maintien de la société se révèle impossible dans l'hypothèse où la société n'est constituée que de deux associés et que le législateur n'a pas prévu la dégénérescence de ladite société en société unipersonnelle. Et même lorsque la société survit par la présence d'un seul associé, il y a toutefois bien disparition du « contrat de société » en ce que le contrat suppose nécessairement l'échange de plusieurs volontés ; v. cependant M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 224, p. 192 : dans le cas de la société unipersonnelle, s'il est vrai qu'il n'existe pas de contrat à l'origine de sa naissance puisque celle-ci résulte d'un acte

Or, si le principe d'irrévocabilité a bien vocation à jouer dans ces deux cas de figure, il ne s'exprime pas de la même manière selon que l'on envisage le contrat de société ou le contrat d'apport. Ainsi, si l'influence du droit commun joue quasiment de manière absolue en ce qui concerne le contrat de société lequel requiert en principe un *mutuus dissensus* pour son extinction anticipée (§1), l'influence ne joue que de manière relative en ce qui concerne le contrat d'apport (§2).

§1 L'APPLICATION QUASI ABSOLUE DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE AU CONTRAT DE SOCIETE

21. Si le contrat de société applique bien le principe d'irrévocabilité en ce qu'il prescrit une décision collective des associés pour mettre fin prématurément au contrat de société (A), son originalité afférente à son caractère pluripartite rejaillit sur la mise en œuvre du *mutuus dissensus*. En effet, la condition d'unanimité des parties au contrat normalement exigée est ici assouplie et substituée par une simple condition de majorité (B).

A- LES MANIFESTATIONS DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE

22. Si l'irrévocabilité contractuelle constitue bien le principe en tant que corollaire direct de la force obligatoire du contrat, encore faut-il s'accorder sur le sens exact de la formule. L'irrévocabilité contractuelle est une formule elliptique pour désigner, d'une part, l'irrévocabilité du contrat *à exécution instantanée et à exécution successive à durée déterminée* (1) et, d'autre part, l'irrévocabilité *unilatérale* desdits contrats (2) dont le contrat de société constitue une parfaite illustration.

---

unilatéral, cette forme de société n'écarte pas pour autant la possibilité d'une relation contractuelle entre la société et son unique associé laquelle, de la même manière que les sociétés pluripersonnelles, se trouve liée à son unique associé par un contrat d'apport.

1- L'irrévocabilité du contrat de société à durée déterminée

23. Signification de l'irrévocabilité contractuelle. L'irrévocabilité ne signifie pas qu'une fois le contrat conclu, les parties sont liées à perpétuité et que, hors cas pathologiques[98], elles se trouveront unies pour l'éternité[99]. L'irrévocabilité contractuelle signifie, en réalité, irrévocabilité jusqu'à l'exécution intégrale du contrat[100] ou irrévocabilité des engagements jusqu'au terme extinctif[101] convenu. Il existe dans ces contrats à durée déterminée une obligation accessoire de faire et de résultat consistant dans le respect du terme extinctif, obligation en revanche absente des contrats successifs à durée indéterminée[102]. Par conséquent, dès lors que les parties ont choisi[103] d'affecter un terme à leur contrat, les parties doivent en principe s'y

---

[98] Expression empruntée au Professeur Jacques Azema, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 5, p. 3, pour désigner « *les hypothèses dans lesquelles la durée du contrat est influencée par un évènement exceptionnel* », tels le décès, l'incapacité dans les contrats *intuitus personae* et, de façon plus générale, la survenance d'un évènement de force majeure ou la faute d'une partie.

[99] Sur les relations entre le droit et l'éternité, v. J. Mestre, « Rapport introductif », in *Durées et Contrat*, *RDC* 2004, n° spécial, LGDJ, p. 7 : « *A son égard, notre droit a manifestement quelque mal à se déterminer. D'un côté, la méfiance règne à l'égard des engagements à vie, mais de l'autre, pourquoi faudrait-il se séparer d'une relation contractuelle qui donne satisfaction à tous ?* ».

[100] B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. II : « *l'exécution des obligations constitue le seul mode normal d'extinction du contrat* ».

[101] En l'absence de définition légale, le « terme extinctif » est communément défini de la manière suivante : un évènement futur et certain qui affecte l'exigibilité d'une obligation ou d'un contrat. Sa nature est toutefois controversée. V. L. Lawson-Body, « Réflexions sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif », *LPA*, 23 août 2002, n° 169, p. 3 et s. Pour certains, il s'agit d'une modalité. V. M. Nossereau, « Le terme, modalité de l'obligation », in *Le droit face au temps*, *Droit et patr.* janv. 2000, n° 78, p. 50 spéc. p. 55. Pour d'autres, il s'agit d'une cause d'extinction de l'engagement. V. L. Lawson-Body, « Réflexions sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif », *LPA*, 23 août 2002, n° 169, p. 3 et s. D'autres encore soutiennent la compatibilité des deux qualifications. V. C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, PUAM, 2003, préf. P.-Y. Gautier, n° 159, p. 149 : non seulement le terme constitue un mode d'extinction mais également il constitue une modalité en ce sens qu'il vient préciser la durée d'exigibilité de l'obligation, qui au naturel ne l'est pas. Plus exceptionnellement, le terme constitue un élément constitutif du contrat, c'est-à-dire indispensable à la qualification du contrat, indispensable à ses caractéristiques, il fait partie intégrante du contrat. L'auteur donne l'exemple de la rente viagère dont le terme est nécessairement constitué par le décès d'une partie, terme qui ne saurait être supprimé ou substitué par un autre par les parties. D'autres auteurs encore contestent la nature de modalité *de l'obligation* et lui substituent celle de modalité *du contrat*. Autrement dit, le terme doit être entendu comme celui des obligations principales et pouvant ainsi se distinguer de celui assigné aux obligations secondaires qui trouvent pourtant leur source dans le même contrat. V. L. Lawson-Body, art. préc.

[102] Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 451, p. 488.

[103] Le terme est gouverné par le principe de la liberté contractuelle. Les parties sont non seulement libres d'affecter un terme à leur engagement mais décident également de la fixation de l'échéance du terme dès lors que le législateur n'en a pas décidé autrement ou n'est pas intervenu pour fixer un maximum ou un minimum. V. M. Nossereau, « Le terme, modalité de l'obligation », in *Le droit face au temps*, *Droit et patr.* janv. 2000, n° 78 p. 50 ; N. Vignal, « La vie du lien contractuel », *Lamy droit civil*, *droit des contrats*, 1999, n° 405-49, F. Bujoli, *La durée du contrat*, thèse Nice-Sophia Antipolis, 2007, n° 166 et s., p. 93 et s. Les maxima qui sont imposés se justifient soit au regard de l'équilibre contractuel soit au regard de la liberté de la concurrence et de l'efficience économique.

conformer sous peine d'engager leur responsabilité contractuelle[104]. Le principe d'irrévocabilité prend alors tout son sens et confère à la force obligatoire un épanouissement absolu[105].

24. L'irrévocabilité du contrat de société. De manière tout à fait analogue, si les associés ne sont pas tenus *ad vitam aeternam* à l'égard des autres associés, les associés sont en principe tenus jusqu'au terme assigné à la société[106]. En effet, à l'exception des sociétés dépourvues de personnalité morale[107], le contrat de société se présente comme un contrat successif à durée déterminée et a donc force obligatoire jusqu'à l'arrivée de ce terme. Les lois du 24 juillet 1966 et du 4 janvier 1978[108] ont en effet contraint les fondateurs à affecter un terme à leur contrat de société et à l'inscrire dans leurs statuts[109]. Les associés, dans la limite de la durée maximale imposée[110], disposent d'une liberté totale dans la détermination de la durée du contrat

---

[104] La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises le principe de la force obligatoire du terme. V. par exemple Cass. com., 12 novembre 1996, *RJDA*, n° 343 : dans cet arrêt, la Cour de cassation a imposé le respect du délai de préavis précédant l'arrivée du terme extinctif du contrat à durée déterminée ; Cass. civ. 3e, 19 mars 1997, pourvoi n° 95-15.091 : dans cet arrêt, la Cour de cassation a prescrit l'exécution du paiement des loyers jusqu'au terme convenu.

[105] N. Vignal, « La vie du lien contractuel », *Lamy droit civil, droit des contrats*, 1999, n° 405-40 et 405-58 : « *Le principe veut en effet que ce contrat (à durée déterminée) ait une force obligatoire absolue pendant toute sa durée* ». Ce n'est que *via* des instruments peu convaincants que la jurisprudence, de manière ponctuelle et dans un désir de justice contractuelle, y a parfois fait échec. V. C. Bloud-Rey, th. préc., n° 408, p. 345 et s. : l'auteur met par exemple en exergue l'application critiquable de la théorie de l'abus de droit pour faire obstacle au principe d'irrévocabilité. Toutefois, ainsi que le souligne l'auteur (n° 386 et s., p. 329 et s.), par application de l'article 1187 du Code civil, la faculté d'anticipation unilatérale du terme demeure autorisée dans une hypothèse précise, celle dans laquelle le terme bénéficie exclusivement à l'une des parties et permet ainsi à cette dernière d'exécuter son engagement prématurément puisque dans cette hypothèse l'exécution anticipée n'est pas susceptible de générer un quelconque préjudice au cocontractant. Toutefois, en matière contractuelle, le terme est présumé stipulé en faveurs des deux parties.

[106] T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 64 : « *En principe, la survenance du terme met fin de plein droit à la société. En conséquence si les associés continuent l'exploitation, une société de fait apparaît. Cette règle est une application pure et simple de celle du droit commun des contrats qu'édicte l'art. 1134, alinéa 1er, du code civil : les associés se sont engagés pour une certaine durée, ni plus, ni moins* ». Toutefois, se conformant là encore au droit commun, le législateur leur offre la possibilité de proroger la durée de leurs relations initialement fixée dans les statuts. La décision de prorogation doit néanmoins nécessairement intervenir avant l'échéance du terme statutaire initial.

[107] V. *infra*, n° 53.

[108] Respectivement Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 pour les sociétés commerciales et Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 pour l'ensemble des sociétés.

[109] Article 1835 du code civil ; Y. Chartier, « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *D*. 1978, doctr. p. 2917, n° 156 : « *On peut, il est vrai, imaginer que les statuts soient muets sur cette durée : une action en régularisation en vertu de l'article 1839 serait alors possible, mais elle serait finalement sans objet, car, en réalité, la société sera alors censée avoir été constituée pour sa durée maximum* » ; en ce sens, v. C. Bloud-Rey, th. préc., n° 319, p. 275.

[110] L'article 1838 du Code civil impose une durée maximale de 99 ans. Toutefois, parce que de nombreux évènements peuvent affecter les associés en cours de vie sociale, tels la faillite, l'incapacité ou le décès d'un associé, il apparaît difficile pour les associés de s'engager à plus long terme. Cela justifie que les associés conviennent généralement d'une durée plus courte, allant de cinq à vingt ans, pour les sociétés de personnes marquées d'un fort

de société[111]. Toutefois, une fois cette durée fixée, leur liberté est bridée jusqu'à ce terme[112]. La société s'inspire par conséquent des règles du droit commun[113]. Sans doute cela justifie-t-il que la plupart des ouvrages soient si peu éloquents sur la question[114].

2- L'irrévocabilité unilatérale du contrat de société

25. L'exposé du principe *mutuus dissensus*[115]. L'expression « irrévocabilité contractuelle » doit être bien comprise. L'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil induit seulement une irrévocabilité *unilatérale* du contrat[116]. En effet, si une partie n'est pas autorisée à

---

intuitus personae. V. M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1098.
Toutefois, la prescription de ce terme maximum ne fait pas l'unanimité chez les auteurs. V. not. R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc*. 1995, p. 437, spéc. p. 455-456 : l'auteur conteste l'utilité d'un délai maximum nouvellement imposé. Cette limitation n'est qu' « *une apparence dépourvue de consistance, puisqu'elle n'a rien d'impératif. L'article 1844-6 du code civil offre, par la prorogation de la société, le moyen de contourner la limitation de la durée de vie… l'existence de cette possibilité de prorogation incite à se demander en retour à quoi peut bien servir la limitation de la durée de vie* ». Cela révèle inévitablement un paradoxe du législateur : il impose une durée maximum et, en même temps, permet aux associés de la contourner. Egalement, v. C. Bloud-Rey, th. préc., n° 117, p. 116 et s. et n° 344, p. 295 : à l'argumentation du professeur Rémy Libchaber, l'auteur ajoute que cette durée maximum a perdu tout intérêt pour les associés dès lors que ceux-ci ont généralement la possibilité de sortir de la société par la vente de leurs parts sociales. L'affirmation doit toutefois être nuancée au regard de la SNC dans lesquelles les associés n'ont pas la possibilité de sortir de la société sans l'assentiment de leurs coassociés, la règle étant d'ordre public. En revanche, aucune disposition de portée générale n'impose de durée minimale. Il existe néanmoins des dispositions spéciales comme par exemple pour les groupements fonciers agricoles pour lesquels le législateur impose une durée minimale de neuf ans. Cette durée ne peut pas être inférieure à celle du bail à consentir à un groupement. V. A.P.S., « La durée de vie des sociétés », *Gaz. Pal*. 1979, doct. p. 18.

[111] La durée court à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés (Décret n° 78-704, article 3). Aucune disposition n'impose cependant de délai maximum pour immatriculer la société audit registre. Aussi le délai peut-il commencer longtemps à courir après l'élaboration de l'acte constitutif. V. A.P.S., art. préc.

[112] Cass. com., 23 octobre 2007, *Bull. civ*. IV, n° 224 ; *D*. 2007, AJ 2813, obs. A. Lienhard : à l'arrivée de ce terme, la société est dissoute de plein droit sauf prorogation de sa durée.

[113] T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 64.

[114] La plupart des manuels insistent davantage sur la possibilité qu'ont les associés de proroger la société dont la procédure se distingue partiellement du droit commun. V. par exemple M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1098 ; Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12e éd., Economica, 2003, n° 200 ; P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17e éd., Dalloz, 2014, n° 130 ; C. Najm-Makhlouf, *Tacite reconduction et volonté des parties*, LGDJ, 2013, préf. H. Lécuyer, n° 197 et s., p. 100 et s.

[115] B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 54 : « *Le* mutuus dissensus *est la conjonction de la volonté de deux parties qui se rencontrent pour produire des effets de droit. Il n'est pas une double et réciproque renonciation, monstre juridique procédant d'une conception bizarre* ». Cette définition est toutefois critiquable car elle ne prend en considération que les contrats synallagmatiques, délaissant ainsi les contrats multilatéraux.

[116] Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 201, p. 213 : « *L'acte unilatéral extinctif gêne, bien plus que d'autres actes unilatéraux. Et il en est*

mettre fin unilatéralement au contrat avant l'échéance du terme, le législateur a entendu laisser aux parties le droit de mettre un terme à leur relation lorsque celles-ci le souhaitent mutuellement : « *le terme, en ce qu'il rattache d'un commun accord l'épuisement de l'exécution contractuelle à un évènement objectif ultérieur, dessaisit chacun des contractants, dès la conclusion du contrat, du pouvoir de s'en remettre à la volonté souveraine d'un seul pour décider d'une autre date à laquelle se terminera le rapport d'obligation* »[117]. *A contrario,* la volonté commune est opérante. Les parties peuvent donc conjointement convenir à tout moment de mettre fin à leurs relations contractuelles à une date antérieure à celle décidée lors de la conclusion du contrat. La formule « irrévocabilité contractuelle » fait ainsi l'objet d'une compréhension restrictive. C'est ce que traditionnellement la doctrine résume par l'expression latine « *mutuus dissensus* »[118].

26. L'application du *mutuus dissensus* au contrat de société. Par analogie, les associés peuvent décider d'un commun accord de mettre fin de manière anticipée au contrat de société et éteindre celui-ci avant l'échéance du terme statutaire. Il s'agit d'une décision éminemment grave dans la mesure où, acquérant une autonomie totale sur la scène juridique, la société personne morale multiplie les relations avec les tiers. Dès lors, créanciers et salariés sont dépendants de l'existence de la société. Alors même que certains tiers pourront souffrir de cette disparition, l'autonomie de la volonté des associés retrouve ici son plein empire, mettant sans aucun doute en

---

ainsi parce qu'il semble remettre en cause un des principes fondateurs du droit des contrats : la force obligatoire du contrat qui a son siège à l'article 1134, alinéa 1er, du code civil. L'extinction du contrat ne peut se faire que par l'accord de l'autre sous peine de vider le contrat de son sens ». Par conséquent, poursuit l'auteur (n° 1, p. 20) « *l'extinction unilatérale d'un engagement apparaît d'emblée paradoxale : s'engager, ce n'est pas pouvoir se délier… en réalité, s'engager ce n'est pas vouloir se délier* ».

[117] H. Roland, « Regard sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *Mél. P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 740 ; en ce sens, v. B. Houin, th. préc., p. 11 : « *C'est une règle générale que l'un des contractants ne saurait rompre unilatéralement le contrat* ».

[118] La dénomination *mutuus dissensus* fait polémique. Certains auteurs dénoncent le caractère inadéquat de l'expression employée. Dès lors, il apparaît préférable comme en droit romain de lui substituer d'autres termes : « résiliation amiable », « résolution amiable », « révocation amiable », « renonciation d'un commun accord », « distrat » ou encore « annulation amiable ». Cette dernière dénomination apparaît toutefois critiquable. V. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 5e éd., Defrénois., 2011, n° 756 : à l'expression « *Mutuus dissensus* » devrait être substituée celle de *contrarius consensus*, alias consentement contraire, comme le droit romain lui substituait déjà. V. cependant R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ*. 1987, p. 252 : celle-ci souligne dans son article précité que : « *la singularité du concept réside non dans le fait d'un dissentiment, mais dans le paradoxe que l'on est d'accord pour mettre fin à l'accord* ».

exergue la nature contractuelle de la société[119]. En effet, si avant la loi du 24 juillet 1966, aucune disposition spécifique au contrat de société ne consacrait le *mutuus dissensus* comme un mode d'extinction du contrat de société, il était pourtant déjà communément reconnu applicable au contrat de société[120]. Désormais, l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil trouve écho en droit des sociétés à l'article 1844-7, 4° du Code civil qui confère aux associés le droit de mettre fin par leur accord mutuel au contrat de société.

27. La portée générale du *mutuus dissensus*. Expression peu usuelle[121], il ne fait pour autant aucun doute que « le mutuus dissensus *fait aujourd'hui partie intégrante de la théorie générale du contrat* »[122]. En effet, il constitue un mode de droit commun d'extinction des obligations bien que ne figurant pas parmi les causes d'extinction des obligations énumérées par l'article 1234 du Code civil[123]. Le *mutuus dissensus* connaît un domaine général[124], applicable à tous les contrats synallagmatiques à titre onéreux et même au-delà : « *il est permis de voir dans le* mutuus dissensus *un principe général qui déborde le droit des contrats* stricto sensu, *pour s'appliquer à tout accord de volonté, même lorsqu'il donne naissance à une institution* »[125].

---

[119] T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 65 : « *Pothier l'admettait déjà comme une évidence. Curieusement, le code Napoléon n'évoque pas cette cause de dissolution de la société, comme si elle s'imposait forcément. Il est vrai que celle-ci n'est qu'une application particulière du* mutuus dissensus*, règle issue du droit commun des contrats que consacre l'article 1134, alinéa 2, du Code civil* » ; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 140.

[120] P. Pic, *Droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, éd. A. Rousseau, 1908, n° 558.

[121] La pratique et la doctrine s'intéressent peu à ce mode d'extinction. Il n'y a pas pléthore d'articles en la matière ! Les écrits doctrinaux sont, en effet, peu fertiles sur cette notion. V. E. Putman, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125, spéc. p. 125 : l'auteur souligne le paradoxe que soulève le *mutuus dissensus*. S'il se présente comme une règle commune, le *mutuus dissensus* est souvent présenté comme un contrat spécial. Toutefois, le peu d'arrêts existant en la matière ne signifie pas que les parties recourent rarement à ce mode d'extinction mais qu'il fait l'objet de peu de contentieux. C'est ce que souligne le Professeur Emmanuel Putman, art. préc., spéc. p. 131 : « *Mode de rupture paisible, le* mutuus dissensus *n'est pas normalement destiné à avoir une histoire judiciaire. Aussi sa place assez modeste dans les recueils de jurisprudence pourrait-elle être le signe de sa bonne santé* » ; v. également E. Putman, « La disparition du lien contractuel par volonté commune », *Lamy droit civil, Droit des contrats*, n° 470-21 : l'absence de situation litigieuse ou de concession réciproque permet justement de distinguer le *mutuus dissensus* de la transaction.

[122] R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ*. 1987, p. 252, spéc., p. 267.

[123] E. Putman, « La révocation amiable », art. préc., spéc. p. 130.

[124] R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 267.

[125] R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 268 : l'auteur fait ici référence au contrat de mariage, mais sa formulation peut être étendue à tous les « contrats-institution » parmi lesquels figurent les contrats donnant naissance à des personnes morales ; en ce sens, v. A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 777, spéc. p. 778. Toutefois, certains auteurs contestent l'application du *mutuus dissensus* au contrat de mariage en raison de l'autorisation que doit donner le juge. V. P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat, Cours objectif droit*, 6e éd., Litec, 2013, n° 356 ; P. Malinvaud,

Preuve en est que, à l'instar de l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil, l'article 1844-7, 4° revêt une portée générale. La disposition a ainsi vocation à s'appliquer quel que soit le type de société considérée, que celle-ci soit cotée ou non, de personnes ou par actions.

Pour autant, le même constat qu'en droit commun peut être effectué : s'il n'a jamais été remis en cause par la pratique ou par la doctrine, le *mutuus dissensus* connaît peu de succès. La raison en est simple. Dès lors que la société est prospère et qu'aucune mésentente n'est avérée, aucun associé n'a intérêt à en souhaiter sa dissolution. En effet, la cause de l'obligation des associés réside dans la réalisation d'un profit. Dès lors, si la société continue de générer des bénéfices, il apparaît peu logique que les associés souhaitent la disparition de la poule aux œufs d'or. Toutefois, ainsi que le souligne Yves Guyon « *la volonté de s'associer est le support des relations sociales. Si cet élément disparaît chez tous les associés, la société ne doit pas continuer d'exister* »[126]. Il s'ensuit que si, par leur vote, les associés manifestent leur volonté non équivoque de mettre fin à la société, créanciers et juge devront se soumettre à la décision collective même si la société est florissante. Il en résulte que, en droit des sociétés, le *mutuus dissensus* est nécessairement exprès et, en cela, se distingue du droit commun[127].

28. L'effet extinctif du *mutuus dissensus*. Le *mutuus dissensus* a pour effet de mettre fin à l'engagement contractuel[128] et de mettre à l'abri de toute responsabilité résultant de la cessation du rapport contractuel[129]. Concernant les effets déjà réalisés, deux hypothèses sont à envisager : d'une part, les effets produits entre les parties, d'autre part, les effets produits à l'égard des tiers. Concernant la première hypothèse, et à défaut de clause contraire, *le mutuus dissensus* produit en principe le même effet que l'accomplissement d'une clause résolutoire. En d'autres termes, il

---

D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., Litec, 2012, n° 421 ; E. Putman, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125, spéc. p. 131 : le *mutuus dissensus* n'est exclu que pour certains contrats à titre gratuit, tel le contrat de donation.

[126] Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12e éd., Economica, 2003, n° 203.

[127] Sur la possibilité de voir dans la mésentente une forme tacite de *mutuus dissensus*, v. *infra*, n° 444 et s.

[128] E. Putman, art. préc., spéc. p. 126-127 : « *le* mutuus dissenus *est tout de même un contrat un peu particulier, car c'est un contrat qui met fin à un contrat* » ; v. également A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 378 et s. , p. 226 et s. : l'auteur spécifie qu'il s'agit, à l'instar de la résolution par dénonciation unilatérale, d'un mode extra-judiciaire d'extinction de l'engagement, mais qui s'en différencie par son caractère conventionnel ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 476 : hormis les contrats successifs, dans le silence des parties, le *mutuus dissensus* produit le même effet qu'une condition résolutoire, autrement dit, il produit un effet rétroactif.

[129] B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 56.

implique une remise en l'état initial de la situation qui existait avant la conclusion du contrat[130]. Il peut donc en résulter des restitutions réciproques lorsque le contrat a déjà fait l'objet d'un commencement d'exécution[131]. Toutefois, cette rétroactivité est difficilement envisageable dans certains contrats, tels les contrats de louage d'ouvrage ou de prestations de service, et plus généralement les contrats à exécution successive, dans lesquels le *mutuus dissensus* n'est souvent appelé à jouer que pour l'avenir. Dans ces derniers, cependant, les parties conviennent souvent des modalités de cette résiliation anticipée[132]. En revanche, le *mutuus dissensus* laisse subsister les obligations post-contractuelles[133], ce qui peut paraître surprenant au regard de son effet rétroactif[134]. Concernant la seconde hypothèse, la résiliation amiable ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers. Il en résulte, qu'à leur égard, celle-ci se réalise sans rétroactivité. L'article 1165 du Code civil, consacrant le principe de l'effet relatif des conventions, interdit en effet de revenir sur un droit qu'un tiers aurait obtenu du fait de la conclusion du contrat initial[135].

S'agissant du contrat de société, et conformément au droit commun, le *mutuus dissensus* dissout le lien contractuel entre tous les associés lesquels se trouvent alors libérés de la force obligatoire du pacte social. Toutefois, en raison de son caractère successif, le *mutuus dissensus* n'opère pas comme une résolution mais comme une résiliation[136]. Il est seulement mis fin au contrat de société pour l'avenir. Aucune distinction n'existe donc entre les effets produits à l'égard des parties et à l'égard des tiers. Partant, si par application de l'article 1165 du Code civil les associés demeurent tenus de leurs obligations contractées antérieurement à l'égard des tiers, il n'y aura pas non plus de retour au *statu quo ante* concernant les parties en raison de l'ampleur des effets susceptibles d'être produits avant le *mutuus dissensus*.

---

[130] Cass. civ., 27 juillet 1892, *DP* 1892, 1, p. 462.

[131] R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 278 : « *pour éviter un enrichissement injuste, la rétroactivité s'impose lorsque le contrat rompu a fait l'objet d'un commencement d'exécution. On peut le plus souvent présumer que telle était l'intention des parties* ». V. par exemple Cass. com., 30 novembre 1983, n° 82-13.323, *Bull. civ*. IV, n° 337, *RTD civ*. 1985, p. 166, obs. J. Mestre, *RTD com*. 1985, p. 149, obs. J. Hémard et B. Bouloc.

[132] R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 278.

[133] G. Blanc-Jouvan, note sous Cass. soc., 20 décembre 2006, *D*. 2007, comm., p. 555.

[134] R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 280 : concernant les clauses relatives à l'après-contrat : clauses pénales, clauses compromissoires, clauses de non-concurrence, clauses relatives à l'indemnisation d'une éventuelle résiliation amiable, « a priori, *elles font partie intégrante du contrat initial ; la révocation de ce dernier devrait donc en provoquer l'extinction, comme celle de tout le contrat* ». Toutefois, leur maintien se justifie par leur vocation à s'appliquer justement après que le contrat initial ait pris fin.

[135] E. Putman, art. préc., spéc. p. 145 : « *La révocation du contrat par consentement mutuel ne saurait préjudicier aux droits des tiers. A leur égard, le* mutuus dissensus *opère donc sans rétroactivité, comme une résiliation* » ; R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 257, p. 277 et p. 280 et s.

[136] D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7e éd., LGDJ, 2010, n° 277 : l'auteur évoque l'hypothèse d'une résiliation volontaire par *mutuus dissensus* déniant tout effet rétroactif à cette cause d'extinction du contrat de société.

29. Le(s) fondement(s) du *mutuus dissensus*. Pour autant, si l'application de cette règle au contrat de société n'est pas contestée, certains refusent d'y voir là l'empreinte du droit commun des contrats. En effet, deux fondements antagonistes ont été avancés. D'opinion minoritaire, cette règle puiserait sa source dans le caractère institutionnel de la société. Les partisans de cette théorie soutiennent « *qu'une personne morale peut toujours, à condition que sa volonté soit régulièrement exprimée, décider à tout moment de sa propre dissolution* »[137]. D'opinion majoritaire à laquelle nous adhérons, cette cause d'extinction témoigne incontestablement de la nature contractuelle de la société, laquelle, par suite, se forme et se défait de la même manière que tout contrat[138]. C'est ainsi que « *par un acte de volonté contraire,* (les associés) *retirent à la société la vie qu'ils lui avaient insufflée* »[139]. Elle constitue indiscutablement la cause de dissolution la plus contractuelle de la société[140].

30. Une influence contractuelle anticipée. Toutefois, s'il est vrai que l'article 1844-7, 4° du Code civil constitue bien la transposition du principe *mutuus dissensus* édicté à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, il n'en demeure pas moins qu'en réalité, cette règle issue du droit romain était *ab initio* attachée au seul contrat de société et qu'avec l'avènement du principe du consensualisme, devenu un pilier de la théorie générale du contrat, elle avait par suite été généralisée au profit de tous les contrats[141]. Dès lors, si la rédaction de l'article 1844-7, 4° du Code civil est bien postérieure à celle de l'article 1134 du même Code, le droit commun des

---

[137] A. Bougnoux, *Fasc. 30-10 : Dissolution des sociétés*, in *J-Cl soc.*, 2006, n° 63.

[138] J. Guyénot, « Les huit causes communes de dissolution », *Gaz. Pal.* 1980, 2, doct., p. 357, spéc. p. 397 : « *Ce texte consacre une solution du droit antérieur pleinement motivée : la volonté unanime des associés qui a le pouvoir de constituer ou de modifier la société, doit à l'inverse jouir de la faculté de mettre fin au contrat de société avant l'arrivée du terme convenu. Bien qu'elle provoque la disparition d'un être moral, la décision des associés qui est censée dépendre de la vue qu'ils ont de leur intérêt, est souveraine…* ».

[139] E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, p. 227, spéc. p. 228.

[140] En ce sens, v. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26e éd., Litec, 2013, n° 477 ; H. Azarian, *La société par actions simplifiée*, 2e éd., Litec, 2007, préf. A. Viandier, n° 325 : « *Cette cause de dissolution est sans nul doute la plus révélatrice de la nature contractuelle des sociétés en général. Elle repose, en effet sur la toute-puissance de la volonté des parties au contrat de société, qui s'exprime par la possibilité de défaire par une décision des associés ce qui a été fait d'un commun accord… La dissolution volontaire n'est pas sans rappeler ce que l'on nomme en droit des contrats le* mutuus dissensus *qui peut mettre fin prématurément à un contrat en cours d'exécution* ».

[141] R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ*. 1987, p. 252, spéc. p. 252 ; T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 65 ; J.-P. Delville, G. Guiheux, M. Herail, T. Noel, L. Nurit et E. Richard, *Droit des affaires, Questions actuelles et perspectives historiques*, sous la dir. de E. Richard, Presses Universitaires de Rennes, 2005, n° 961 et n° 964 : les moyens d'extinction de la société, notamment le *mutuus dissensus*, sont posés dès la période classique (à partir de 150 av. J.C.).

contrats s'est bien inspiré du droit des sociétés pour se construire. Partant, il est souvent difficile de savoir lequel a été la muse de l'autre. L'analogie entre ces deux dispositions n'est cependant pas totale. Une différence sensible existe concernant leur mise en œuvre.

B- L'INFLECHISSEMENT DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE : LE *MUTUUS DISSENSUS* ASSUJETTI A LA LOI DE LA MAJORITE

31. Si le principe d'irrévocabilité contractuelle s'oppose à ce qu'un associé puisse provoquer la dissolution de la société par sa seule manifestation de volonté (1), le législateur du droit des sociétés ne prescrit cependant pas comme en droit commun des contrats une décision unanime des associés pour mettre fin prématurément à la société (2).

1- La révocabilité du contrat de société subordonnée à l'accord collectif des associés

32. L'exigence d'une décision collective en droit commun des contrats. Si le Code civil ne requiert plus aucune condition afférente au moment où doit intervenir le *mutuus dissensus*[142], une condition demeure toutefois nécessaire pour son effectivité : la réunion d'un consensus des contractants. Autrement dit, la disparition du contrat est subordonnée à l'expression de la volonté collective des parties. L'expression *mutuus dissensus* l'induit et requiert ainsi « *la nécessité d'une volonté réciproque pour rompre le rapport d'obligation* »[143]. Cette condition *sine qua non* est aussi bien exigée en matière de contrats bilatéraux[144] qu'en matière de contrats collectifs[145] et a, donc, pour corollaire le rejet de la volonté unilatérale comme cause générale d'extinction de l'engagement. La rupture unilatérale[146] apparaît comme un mode

---

[142] R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 256 et p. 276 ; E. Putman, art. préc., spéc. p. 126 : le *mutuus dissensus* peut intervenir qu'il y'ait eu ou non commencement d'exécution.

[143] R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 21e éd., Dalloz, 2014, p. 620 ; v. également A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 378, p. 226-227 : « *La révocation conventionnelle résulte de l'expression d'une volonté commune de mettre fin au contrat* », ce qui précisément selon l'auteur la différencie d'une résolution par dénonciation unilatérale qui est le fait d'un seul contractant et suppose donc une mise en œuvre unilatérale ; E. Putman, art. préc., spéc. p. 132.

[144] Cass. com. 3 décembre 1985, *D*. 1986, *IR* 342 obs. Y. Serra, *RTD civ*. 1986, p. 746-747, obs. J. Mestre ; Cass. soc. 17 février 1993, *Dr. soc*. 1993, comm. 384.

[145] Cass. civ. 4 juillet 1810, *Jur. Gén*. v° Obligations, n° 660. Toutefois, le Professeur Emmanuel Putman souligne, art. préc., spéc. p. 133 : « *là où l'accord a été collectif, le désaccord doit l'être aussi* ».

[146] B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 4 : « *La rupture unilatérale d'un contrat peut être définie comme l'acte juridique unilatéral dont l'objet et l'effet sont de mettre fin*

exceptionnel d'extinction du contrat[147] et constitue un des plus grands *hiatus* entre le droit public et le droit privé[148].

33. L'exigence d'une décision collective en droit des sociétés. A l'instar de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, l'article 1844-7, 4° du même Code subordonne l'extinction volontaire anticipée du contrat de société à la volonté « collective » des associés.

Ceci implique deux choses.

D'une part, seules *les parties* ont le pouvoir de décider d'une rupture anticipée du contrat de société. Seule puissante à faire naître le contrat, la volonté des associés parties au contrat de société permet seule d'anéantir prématurément la société. Il en résulte que ni les créanciers[149], ni les dirigeants[150], ne peuvent se substituer aux associés dans cette décision. Ces derniers, réunis en assemblée générale, détiennent le monopole de cette décision capitale afférente à la rupture anticipée du contrat de société.

D'autre part, seule une *initiative collective* des parties peut conduire à l'extinction anticipée dudit contrat. La rupture anticipée requiert ainsi en principe le consensus des associés[151]. Excepté les cas des sociétés dépourvues de personnalité morale et des sociétés

---

définitivement à une convention ». Il est possible d'assimiler à la notion de rupture unilatérale celle d' « extinction unilatérale » employée par Monsieur Yannick Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier.

[147] B. Houin, th. préc., p. II, souligne à cet effet que : « *Le code civil ne contient aucune disposition générale admettant la rupture unilatérale comme mode d'extinction des conventions. Cette ignorance est volontaire* » ; v. également R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 4, p. 7. Toutefois, v. le Professeur Emmanuel Putman, art. préc., spéc. p. 126. L'auteur nuance cette affirmation et souligne que « *les dispositions légales permissives se sont elles à ce point multipliées, que le* mutuus dissensus *lui-même a cessé d'apparaître comme le principe, pour devenir, dans le contentieux tout du moins, un spécimen rare, sorte de curieux coléoptère aux élytres brillants, périodiquement ramené de quelque Amazonie par un entomologiste du droit, qui en fait alors admirer la physionomie idéale* ». Il ajoute p. 134 : « *La faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ferait aisément oublier que la révocation extrajudiciaire par volonté unilatérale n'est pas de droit commun* ».

[148] B. Houin, th. préc., p. VI : « *L'administration dispose d'un pouvoir propre de rupture qui lui permet d'échapper à la force obligatoire de la convention. Le fondement de cette prérogative se trouve dans la notion de service public… La dénonciation doit reposer sur un motif d'intérêt général… En contrepartie de ce privilège exorbitant, le contractant a droit a une indemnité de résiliation* ».

[149] CA Rouen, 14 avril 2004, *RJDA* 2005, n° 39, p. 32 : le juge n'a pas le droit d'autoriser un créancier exerçant l'action oblique à se substituer aux associés dans cette décision. Toutefois, cette même Cour d'appel (CA Rouen, 14 octobre 1966, *D*. 1967, p. 134) a admis que cette décision pouvait être annulée si elle était motivée par une intention frauduleuse. Il n'est de surcroît pas exclu que les créanciers puissent requérir la dissolution de la société pour justes motifs.

[150] Même de façon indirecte en aliénant par exemple l'unique fonds de commerce. Toutefois, la décision ne sera pas forcément susceptible d'encourir la nullité par mesure de protection pour les tiers.

[151] L. Amiel-Cosme, v° La dissolution, in *Rép. soc*., Dalloz, 2009, n° 53 : « A priori, *la formule de l'article 1844-7, 4°, du Code civil, qui vise comme cause de dissolution la dissolution anticipée décidée par les associés, semble*

unipersonnelles, la dissolution unilatérale a en effet perdu les faveurs du législateur. Il en résulte que la seule constatation d'une perte d'*affectio societatis* chez un associé en cours de vie sociale est insuffisante à provoquer la dissolution de la société[152]. Seule l'existence de justes motifs rigoureusement encadrés par la jurisprudence permet d'accueillir la demande d'une dissolution anticipée de la société effectuée par un associé[153]. La mésentente, en effet, ne se résume pas à une simple perte d'*affectio societatis* chez les associés[154]. Aussi, pour prétendre constituer un juste motif de dissolution, les juges exigent-ils, en principe, non seulement que le demandeur ne soit pas à l'origine de la mésentente[155] mais, également, que cette mésentente engendre une paralysie de la société[156]. La dissolution de la société pour mésentente, à la différence de l'échéance du terme, ne constitue donc pas un cas de dissolution de plein droit puisqu'elle fait intervenir une décision judiciaire[157]. Un associé ou une minorité d'associés n'est donc pas en droit de résilier le contrat de société de manière anticipée. L'article 1134 du Code civil s'y oppose formellement. Pour autant, le législateur a opté en droit des sociétés pour une appréhension moins restrictive du principe d'irrévocabilité que celle du droit commun des contrats.

---

exclure celle résultant de la volonté unilatérale d'un associé ». Sur l'abandon de la résiliation unilatérale comme cause de dissolution des sociétés personnifiées, v. *infra*, n° 52.

[152] V. *infra*, n° 68 et n° 167.

[153] Article 1844-7-5° du Code civil : « *La société prend fin par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* ».

[154] Ce n'est que de manière exceptionnelle et dans certaines circonstances que la Cour d'appel a pu décider que la disparition de l'*affectio societatis* devait mener à la dissolution de la société. V. CA Paris, 12 septembre 2003, *Dr. soc*. 2004, comm. 45.

[155] V. par exemple Cass. com., 16 juin 1992, pourvoi n° 96-20473 ; *Rev. soc*. 1992, p. 731. Toutefois, la dissolution est prononcée lorsque la mésentente est reconnue par les deux parties, sans pour autant que les juges aient pu déterminer à qui la mésentente était imputable. V. Cass. com., 13 février 1996, *Bull. civ*. IV, n° 49 ; *D*. 1997, p. 108, note D. Gibirila ; *Dr. soc*. 1996, comm. 95, note T. Bonneau ; *Bull. Joly soc*. 1996, p. 498, note J.-J. Daigre ; *Rev. soc*. 1996, p. 563, note J. Honorat.

[156] A l'inverse, lorsqu'aucune paralysie de la société n'est constatée, les juges refusent de considérer la mésentente comme cause de dissolution de la société. V. Cass. com., 31 janvier 1989, *Bull. civ*. IV, n° 46 ; Cass. com., 20 octobre 1998, *RJDA* 1999, p. 437, obs. C. Champaud et D. Danet. Toutefois, la jurisprudence a accepté de prononcer la dissolution alors que la paralysie de la société n'était que partielle. V. CA Paris, 5 mars 2002, *Rev. soc*. 2002, p. 368, obs. Y. Guyon.

[157] Les juges du fond apprécient souverainement s'il y a lieu de mettre en oeuvre l'article 1844-7-5° du Code civil. V. Cass. req., 19 février 1873, *DP* 1873, 1, p. 368 ; Cass. req., 15 mars 1881, *DP* 1882, 1, p. 421 ; Cass. com. 24 avril 1952, *Bull. civ*. IV, n° 164 ; Cass. civ. 1ère, 20 octobre 1965, *Bull. civ*. I, p. 562.

2- La révocabilité du contrat de société subordonnée à la seule majorité des associés

34. La dérogation à la condition d'unanimité. Alors que le droit commun exige l'obtention d'une unanimité des parties présentes à la conclusion de l'acte, le droit des sociétés a sensiblement assoupli cette condition en permettant à une majorité seulement de voter cette dissolution anticipée. La décision revêt donc toujours un caractère collectif mais ne revêt pas forcément un caractère unanime. C'est là une différence d'ampleur entre le droit commun des contrats et le droit des sociétés que ne manque pas de souligner la doctrine[158].

En effet, à l'analyse des conditions de sa mise en œuvre, l'article 1844-7, 4° du Code civil se révèle être une réplique imparfaite de l'article 1134 du Code civil. Une dichotomie s'opère alors entre le contrat de droit commun et le contrat de société. Pour le premier, l'effectivité du *mutuus dissensus* suppose nécessairement le consentement de toutes les parties à l'acte. L'opposition d'une partie seulement suffit à rendre la rupture inopérante et, par suite, la force obligatoire du contrat subsiste. Pour le second, dans une large mesure, la loi de la majorité prend le pas sur la loi de l'unanimité. En effet, en la matière, s'inscrivant dans la continuité du droit romain[159], et se démarquant par là des autres contrats collectifs, le législateur n'a pas posé comme condition générale d'efficacité de la rupture anticipée du contrat, l'unanimité des associés. A première vue, à la lecture de l'article 1836 du Code civil, qui dispose que « *les statuts ne peuvent être modifiés à défaut de clause contraire, que par l'accord unanime des associés* », l'unanimité est érigée à titre de principe[160]. Pourtant, les dispositions en faveur de la loi de la majorité sont si nombreuses qu'il est possible d'y voir la consécration d'un renversement du principe en matière de société. Il n'y a là rien de très étonnant. Décider de rompre le contrat prématurément revient en effet simplement à modifier la durée statutaire du contrat et relève donc de la compétence de la

---

[158] Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12e éd., Economica, 2003, n° 203 : « *La dissolution volontaire rappelle donc le* mutuus dissensus *qui peut mettre fin prématurément à un contrat en cours d'exécution. Mais elle ne se confond pas avec lui car l'unanimité n'est pas toujours nécessaire* ».

[159] E. Putman, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125, spéc. p. 133.

[160] Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 235, p. 248 : cela semble aller de soi. En effet, « *parce qu'il est question d'éteindre totalement l'activité du groupement, et non seulement de prendre une décision de gestion ou d'exécution de l'objet social, l'analyse contractuelle ne peut être sacrifiée. Par conséquent, seules les règles du droit des contrats s'appliquent à la dissolution amiable* ».

majorité[161]. Précisément, la loi de la majorité s'impose, sans dérogation possible, dans les sociétés de capitaux et la loi de l'unanimité s'impose dans les sociétés de personnes. Or, étant donné le caractère capital de la décision d'extinction anticipée de la société, il aurait été peut-être opportun d'étendre le champ d'application du principe d'unanimité à ces sociétés. Toutefois, on peut douter de son effectivité dans une société anonyme regroupant de nombreux associés. Par ailleurs, la loi de la majorité ne présente pas d'inconvénient puisqu'il est rare que les associés décident de mettre fin à la société lorsque celle-ci est prospère[162] et la minorité pourrait toujours invoquer l'existence d'un abus de majorité pour remettre en cause leur décision[163].

35. Le(s) fondement(s) de la dérogation. Beaucoup d'auteurs voient dans cet aménagement le triomphe du caractère institutionnel de la société[164]. Selon ces derniers, la dérogation à la règle d'une identité des parties à la constitution et à la dissolution du contrat s'expliquerait par l'existence même de la personne morale. En effet, celle-ci acquiert son autonomie par rapport aux membres qui la composent. Partant, elle s'exprime par l'intermédiaire de son organe délibérant qui a vocation à exprimer une volonté majoritaire. Cette application à géométrie variable de la règle de l'unanimité témoignerait ainsi de l'ambivalence de la société : « *dans les rapports entre les membres et le groupement, lorsque la loi impose l'unanimité, la situation juridique relève de la logique contractuelle ; mais lorsque la loi permet ou impose la*

[161] Cass. com. 18 juin 1973, *Bull. civ*. IV, n° 211 : dans cet arrêt, l'auteur du pourvoi conteste l'assimilation du *mutuus dissensus* à une modification de la durée conventionnelle de la société : « *La dissolution de la société ne peut être assimilée à une modification des statuts puisque, loin de modifier les statuts, elle les fait disparaître en même temps que la société* ». Toutefois, la Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme que la dissolution anticipée de la société « *équivaut à une modification de la durée statutaire* » et, par suite, relève de la loi de la majorité.

[162] M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26e éd., Litec, 2013, n° 477 : « *c'est lorsque les affaires vont mal, lorsque les pertes ne cessent de s'accumuler, que les associés, par calcul, décident de mettre fin à l'instrument de leur ruine : mieux vaut une liquidation à l'amiable décidée à temps qu'une liquidation judiciaire imposée après coup* ».

[163] Y. Pagnerre, th. préc., n° 235, p. 249 : le caractère unilatéral de la décision justifie l'application de la théorie de l'abus ; P. Merle, *Droit commercial*, *Sociétés commerciales*, 17e éd., Dalloz, 2014, n° 136 : « *La dissolution anticipée ne doit pas être inspirée d'une intention frauduleuse ou par l'intention de nuire à la minorité* ».

[164] T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 127 : la conception contractuelle implique que « *le contrat ne peut en principe être modifié à l'unanimité… Constituant une telle modification, la dissolution anticipée du contrat requiert le consentement de tous les associés* ». *A contrario*, donc, la modification des statuts à la majorité seulement marquerait la limite de la conception contractuelle de la société ; P. Merle, *Droit commercial*, *Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 17e éd., 2014, n° 136 : « *La conception institutionnelle de la société permet à une majorité renforcée de défaire ce que l'unanimité des associés avait voulu* » ; v. également Y. Pagnerre, th. préc., n° 234 et s., p. 246 et s. ; E. Putman, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125, spéc. p. 133-134 ; R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ*. 1987, p. 252, spéc. p. 274 ; I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1985, p. 3, note de bas de page n° 11 ; L. Amiel-Cosme, v° La dissolution, in *Rép. soc*., Dalloz, 2009, n° 49 ; L. Boyer, v° Contrats et conventions, in *Rép civ*., Dalloz, 1993, n° 351.

majorité, la situation juridique relève en partie de la logique institutionnelle… La dissolution volontaire d'une personne morale résulte, soit de la volonté unanime des membres, soit de la volonté de la majorité. Dans ces deux hypothèses, la dissolution est décidée par l'organe souverain du groupement (l'assemblée générale) mais elles n'ont pas la même nature »[165]. Il en résulte que toutes les sociétés dotées de la personnalité morale relèveraient de la logique institutionnelle, du moins partiellement[166]. En effet, même dans les sociétés en nom collectif dans lesquelles l'*intuitus personae* est le plus fort, l'exigence de l'unanimité ne semble pas être posée de manière impérative[167].

Cependant, cette distinction manichéenne se révèle, sinon erronée, du moins excessive. D'une part, par application du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent convenir librement dans leur contrat d'une faculté de résolution unilatérale[168]. Dès lors, le simple fait que le législateur prévoie la possibilité dans les sociétés de personnes de voter la dissolution anticipée de la société à la simple majorité ne constitue pas un argument suffisant en faveur de la théorie de l'institution. Elle n'est qu'une illustration de l'exercice de la liberté contractuelle dans ces sociétés[169]. D'autre part, même posée comme règle impérative dans les sociétés de capitaux, la majorité peut s'expliquer autrement que par le recours à la théorie de l'institution. La loi de la majorité ne constitue pas en soi un concept anti-contractuel[170]. Elle se justifie par le caractère

---

[165] Y. Pagnerre, th. préc., n° 234 et s., p. 246 et s.

[166] E. Putman, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125, spéc. p. 134 : concernant la société en formation, la résiliation anticipée volontaire requiert un accord unanime des associés par application de l'article 1842, alinéa 2, du Code civil lequel opère un renvoi au droit commun des contrats. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer explicitement ce principe. V. CA Paris, 13 décembre 1995, *Bull. Joly soc*. 1996, 305, note P. Le Cannu ; R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ*. 1987, p. 252, spéc. p. 274 : la règle aurait vocation à être généralisée à toutes les sociétés dépourvues de personnalité morale.

[167] M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1201 : s'agissant des SNC, « *Il paraîtrait logique d'admettre que le respect du contrat limite les pouvoirs de la majorité. Mais la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire : Seine civ., 20 mars 1920, J. Soc., 1992, 333, et la loi de 1966 a confirmé implicitement cette jurisprudence. Un amendement du Sénat exigeant l'unanimité des associés pour toute modification statutaire a été abandonné au cours de la discussion parlementaire* ». S'agissant des sociétés en commandite, l'article L. 222-9, al. 2, du Code de commerce l'autorise explicitement.

[168] La jurisprudence ne soumet la clause de résiliation unilatérale dans les contrats à durée déterminée à aucune condition qui serait imposée aux parties. Par exemple, rien n'interdit qu'une partie s'engage avec une autre avec une faculté de dédit gratuite. V. Cass. com., 30 octobre 2000, pourvoi n° 98-11224, *D*. 2001, p. 3241, note D. Mazeaud.

[169] Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 8 : ce qui distinguerait en partie le contrat et l'institution, c'est l'exercice de la liberté contractuelle dans le premier et la stricte réglementation, c'est-à-dire la négation de la liberté contractuelle, dans la seconde.

[170] S. Vaïsse, *La loi de la majorité dans la société anonyme, Contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967 ; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 140 : « *Objectera-t-on que la*

généralement plurilatéral du contrat de société : le changement des contractants qui s'opère entre la constitution et la disparition empêche de satisfaire à ce principe d'identité[171]. En outre, la condition d'unanimité devient difficile à réaliser lorsqu'un grand nombre de personnes sont parties à l'acte[172]. Le législateur a donc pris le parti de faciliter la réalisation d'un *mutuus dissensus via* la généralisation de la loi de la majorité. C'est donc le pragmatisme de la loi de la majorité qui justifie son application au sein du contrat de société[173].

§2 L'APPLICATION RELATIVE DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE AU CONTRAT D'APPORT

36. Corollaire du caractère plurilatéral du contrat de société, il est possible d'envisager le départ d'un associé sans pour autant remettre en cause le contrat de société. Le maintien permanent de l'associé dans la société n'est en général pas nécessaire pour l'accomplissement du but poursuivi par la société[174]. L'associé se retire et la société se poursuit avec les associés restants et les associés entrants[175].

---

révocation d'un contrat doit être décidée à l'unanimité, là où la décision de dissolution anticipée d'une société est prise dans les conditions prévues pour la modification des statuts, autrement dit, dans certaines sociétés, à la majorité qualifiée ? L'objection n'est pas dirimante dans la mesure où il est parfaitement possible de concilier principe majoritaire et technique contractuelle » ; v. *infra*, partie 2.

[171] T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 65 : « *la considération des modifications susceptibles d'affecter la personne des associés, lesquelles ruinent le principe de l'identité des parties à la formation et à la révocation de la convention, explique cette particularité* ».

[172] R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ*. 1987, p. 252, spéc. p. 273-274 : si « *cette exigence est simple à satisfaire lorsque la relation contractuelle initiale n'a lié qu'un petit nombre de personnes qui ont continué, une fois le contrat conclu, à disposer d'un libre arbitre suffisant pour révoquer d'un commun accord leur propre engagement* », il n'en est pas de même lorsque la convention rassemble une centaine ou des milliers de contractants. Toutefois, l'auteur souligne que le seul caractère plurilatéral de la société est insuffisant à fonder la loi de la majorité. La loi de la majorité aurait pour fondement l'émergence d'une volonté collective. C'est ce qui justifierait la différence de régime entre la convention collective de travail soumise à la loi de l'unanimité et le contrat de société soumis à la loi de la majorité. Or, l'affirmation est lacunaire puisque les sociétés de personnes qui génèrent également la naissance d'une personne morale sont soumises par principe à la loi de l'unanimité. Ce serait donc bien davantage le caractère plurilatéral de ce contrat qui légitimerait la dérogation au droit commun.

[173] S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, préf. F. Terré, n° 388, p. 187 ; v. *infra*, n° 490.

[174] De façon analogue et ainsi que le souligne le Professeur Jean-Pierre Legros, *Fasc. 32-10 : Nullité des sociétés*, in *J-Cl soc*. 2005, n° 56 : « *Lorsque la participation des contractants implique des obligations réciproques, on comprend que l'édifice s'écroule lorsque l'un des participants quitte le champ contractuel. Mais lorsque le contrat est d'intérêt commun, rien n'impose aux contractants qui se sont valablement engagés de mettre fin à leur participation parce que l'engagement de l'un des leurs a été annulé. La seule limite réside dans la possibilité de poursuivre le but pour lequel la société avait été créée ou du caractère personnel de la société* ».

[175] M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 234, p. 201 : « *si le contrat d'apport ne peut survivre au contrat de société, s'il devient caduc dès lors que ce dernier disparaît, l'inverse n'est pas nécessairement vrai… le contrat de société est un*

Toutefois, chaque associé étant contractuellement engagé envers la société par un contrat d'apport, le principe d'irrévocabilité a naturellement vocation à s'appliquer à lui. Néanmoins, l'influence du droit commun n'est que relative. Si aucun droit de retrait inconditionnel n'est en principe offert à l'associé (A), il n'en demeure pas moins qu'il lui est loisible la plupart du temps de céder sa qualité sans le consentement de sa cocontractante et, ce faisant, de faire fléchir le principe d'irrévocabilité (B).

A- L'INTERDICTION DE SE RETIRER DE MANIERE INCONDITIONNELLE DE LA SOCIÉTÉ PREMATUREMENT AU TERME

37. La force obligatoire du contrat de société : fondement de l'interdiction de se retirer. Hormis l'existence d'un *mutuus dissensus*, le principe d'irrévocabilité, tel que façonné par le droit commun des contrats, conduit nécessairement à priver un contractant du droit de se retirer du contrat avant l'échéance du terme extinctif. Par sa seule manifestation de volonté, le contractant ne peut se délier.

Par analogie, le principe d'irrévocabilité contractuelle conduit également à brider la liberté de l'associé. La durée de son engagement étant déterminée par celle de la société, l'associé ne peut se délier purement et simplement de son engagement contractuel avant l'échéance du terme statutaire[176]. Par la signature du pacte social, l'associé s'est engagé avec ses partenaires à respecter le terme extinctif choisi. Tout retrait anticipé est donc assimilé à une « *répudiation* »[177] intolérable du contrat de société, si bien que, en principe, même l'associé qui a perdu tout *affectio societatis* est contraint de demeurer dans la société jusqu'à son terme[178]. En somme, l'interdiction

---

contrat plurilatéral ce qui par nature lui permet de survivre à la disparition d'un des contrats d'apport liant la société à l'une des parties au contrat de société ».

[176] M. Buchberger, th. préc., n° 151, p. 139.

[177] D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7e éd., LGDJ, 2010, n° 65.

[178] D. Vidal, *op. cit.*, n° 65 : si l'associé souhaite partir « *de l'envie au droit de le faire… il y a un pas que l'engagement contractuel pour la durée de la société empêche de franchir* » ; M. Germain, « Rapport général », « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 25, spéc. p. 34 : « *En droit français, comme en droit belge, survit l'idée que la société est un lien contractuel puissant, que seul le* mutuus dissensus *ou le juge peut rompre à l'issue d'une sorte de résolution pour inexécution. En dehors de ces cas, le droit français interdit tout départ… Les choses sont très différentes ailleurs* ». L'auteur évoque notamment les droits colombien, roumain ou encore italien qui ouvrent plus largement les portes de sortie à l'associé.

pour l'associé de partir sur simple manifestation de sa volonté semble avoir pour fondement le principe même de la force obligatoire du contrat de société[179].

38. La force obligatoire du contrat de société : fondement incertain. De prime abord, pourtant, il semblerait logique d'assouplir le principe d'irrévocabilité au bénéfice des associés parties au contrat de société. Deux facteurs plaideraient en faveur de cet infléchissement. D'une part, la très longue durée du contrat de société et donc celle des engagements des associés amplifie le caractère contraignant du principe d'irrévocabilité à leur égard, alors que leur volonté d'être associé a pu considérablement s'annihiler avec le temps[180]. D'autre part et surtout, ceux-ci étant animés d'intérêts identiques, il ne semble pas y avoir de raison valable *a priori* à ce que les autres s'opposent au départ d'un des siens. Les associés ne sont pas engagés les uns « contre » les autres, mais les uns « avec » les autres pour la réalisation d'un projet commun. La cause de l'obligation d'un associé ne consiste donc pas dans l'objet de l'obligation des autres. Aussi le retrait d'un associé n'a-t-il pas, en principe, pour effet d'empêcher la réalisation de l'objet social et la satisfaction de l'intérêt commun. Partant, l'exigence d'un *mutuus dissensus* posée par l'article 1134 du Code civil apparaîtrait superflue et la règle d'or devrait être, comme en matière d'association[181], la liberté de se retirer[182].

L'affirmation doit cependant être nuancée. D'abord, la prestation de l'associé peut être essentielle pour la réalisation de l'objet social, ainsi par exemple l'apport d'un brevet. Il s'ensuit que le départ de l'associé peut compromettre l'accomplissement de l'intérêt commun et justifier

---

[179] P. Delebecque, « L'anéantissement unilatéral du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 61, spéc. p. 66 : « *Dans le contrat de société : les parties (la société, d'un côté, les associés, de l'autre) ne sont toujours pas sur le même plan, mais, ici, la résiliation unilatérale est exceptionnelle, ce qui paraît plus conforme aux principes. Ainsi, un associé ne peut pas, en principe, se retirer de la société et revenir sur son engagement social. L'art. 1134 al. 1er s'y oppose, sous réserve d'exceptions précises* » ; B. Petit, *Droit des sociétés, Objectif Droit cours Licence Master*, 5e éd., Litec, 2010, n° 81 : « *La qualité d'associé présente* a priori *un caractère permanent que justifie son origine contractuelle. La stricte application de la force obligatoire du contrat conduit en effet à décider qu'il ne peut en principe être mis fin à cette qualité sans le consentement de tous les associés… il ne peut renoncer à cette qualité sans que ses coassociés y consentent et n'a donc pas la faculté de se retirer unilatéralement de la société* » ; I. Kamoun, *La permanence de la qualité d'associé*, Mémoire Sfax Tunisie, 2006.

[180] C. Lapoyade-Deschamps, « La liberté de se retirer d'une société », *D.* 1978, chron., p. 123, spéc. p. 123.

[181] L'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 pose un principe général qui permet aux sociétaires d'une association à durée indéterminée de s'en retirer « *en tout temps après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire* ». Aussi le rapprochement entre société et association opéré par la loi du 4 janvier 1978 aurait-il pu conduire à consacrer un droit de retrait similaire aux associés. V. B. Saintourens, « La liberté de se retirer d'une société », in *Mél. C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 315, spéc. p. 317.

[182] C. Lapoyade-Deschamps, art. préc., spéc. p. 123.

que ses coassociés puissent vouloir s'y opposer. Ensuite, le départ d'un associé peut contraindre les autres associés à racheter ses parts sociales. Or, les associés peuvent ne pas avoir envie ou ne pas disposer des fonds nécessaires pour procéder à leur rachat. En conséquence, la préservation de la force obligatoire du contrat de société peut justifier dans une certaine mesure l'interdiction faite à l'associé de quitter de manière inconditionnelle la société.

39. La force obligatoire du contrat d'apport : fondement probant. Davantage encore, l'interdiction de se retirer de manière prématurée semble se justifier par la force obligatoire du contrat d'apport. Certes, les associés ne sont pas engagés les uns contre les autres mais ensemble dans l'aventure collective. Toutefois, chacun des associés se trouve également engagé envers la société personne morale en vertu d'un second contrat qui vient se superposer au contrat de société. Or, si le contrat de société se caractérise bien par un intérêt commun, le contrat d'apport s'identifie lui à un contrat-échange de durée égale entre la société et chaque associé qui met en présence des intérêts au moins partiellement divergents. La société se trouve, en effet, animée d'un intérêt propre qui transcende celui de ses membres qui justifie de ne pas laisser la porte de sortie librement ouverte[183]. Peu importe la conception que l'on ait de la société, il est une réalité : la société rassemble en son sein une pluralité d'intérêts catégoriels qui s'affrontent[184]. Ainsi, si l'intérêt individuel de l'associé contractant est digne de protection, celui de la société elle-même, des créanciers voire des autres participants l'est également et l'intérêt de chacun ne correspond pas nécessairement à l'intérêt de l'autre. L'entreprise de conciliation de l'ensemble de ces intérêts est loin d'être aisée et l'intérêt individuel de l'associé doit souvent être du moins partiellement sacrifié au bénéfice de l'intérêt de la société. Au demeurant, l'*affectio societatis* de l'associé le contraint à faire primer l'intérêt de la société sur le sien[185]. On ne peut admettre que l'associé puisse partir inconsidérément de la société puisque son retrait peut avoir pour effet de mettre en

[183] C. Lapoyade-Deschamps, art. préc., spéc. p. 123 : « *malgré tout, il n'est guère possible ni opportun de donner à l'associé une liberté totale d'entrée et de sortie : la société n'est pas un espace juridique que l'on se contente de traverser. Il n'est plus discuté que la société déserte le domaine du contrat et, qu'au-delà des volontés qui l'ont créée, elle vit par sa seule force. La personnalité morale des sociétés transcende les intérêts singuliers de ses membres* ».

[184] B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 119, p. 86-87.

[185] V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 43, p. 73 : « *en entrant dans la société, l'associé a consenti à faire passer ses intérêts personnels au second plan, après ceux de la société ; c'est l'*affectio societatis ». L'auteur ajoute : « *être associé, ce n'est pas seulement être un contractant de la convention de société et un propriétaire de titres, c'est aussi être membre d'une collectivité dotée d'un intérêt propre. Aussi, les droits de l'associé ne sauraient être conçus comme illimités, même en principe, puisqu'ils rencontrent infailliblement la limite des droits des autres* ».

péril la société dont l'intérêt doit primer[186]. En effet, son départ résultant de sa simple manifestation de volonté nécessite soit un rachat par les associés soit un rachat par la société. Or, dans le premier cas, le rachat peut se révéler très onéreux pour les autres associés dans un contexte économique difficile et, donc, indirectement compromettre la société pour servir l'intérêt individuel d'un associé[187] ; dans le second cas, le rachat des parts par la société peut porter atteinte au droit de gage des créanciers sociaux puisque l'annulation des parts consécutive au rachat entraîne *ipso facto* la réduction du capital social[188]. On comprend dès lors que le rachat par la société ne soit pas admis en principe dans les sociétés à responsabilité limitée[189]. En effet, si certains auteurs prônent la généralisation de ce droit de retrait, celle-ci ne doit pas s'opérer au mépris de l'intérêt des autres et celui de la société. S'il peut constituer une réponse efficace aux détournements de pouvoir et être invoqué en cas de dysfonctionnement de la société, il ne peut néanmoins pas servir de substitut automatique à la cession de parts sociales[190]. Cette prise en considération de l'intérêt de la société et celui des autres associés justifie que, même dans les

---

[186] C. Lapoyade-Deschamps, art. préc., spéc. p. 123.

[187] Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, sous la dir. de J. Ghestin, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 53 : le droit de retrait oblige soit à un rachat des parts qui peut se révéler onéreux pour les associés, soit à une réduction du capital, qui peut compromettre l'intérêt des créanciers. En effet, il existe une conception dualiste du droit de retrait. L'auteur adopte une conception large du retrait. Celui-ci existe dès lors que le candidat n'a pas à rechercher un acquéreur, lorsque la société a l'obligation de racheter les parts ou lorsque pèse sur les associés une obligation de rachat ; en ce sens, v. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 204, p. 130-131 ; en faveur d'une conception stricte, v. I. Sauget, *Le droit de retrait de l'associé*, thèse Paris X, 1991, p. 624 : l'auteur relève trois constantes caractérisant le droit de retrait : d'une part, il nécessite toujours une manifestation initiale de la volonté de l'associé, d'autre part, il permet à ce dernier de reprendre ses apports ; enfin, et ce qui partage la doctrine, il contraint la société à acquérir les droits sociaux de ses associés retirés en vue de leur annulation ; en ce sens, v. M. Desblandes, « La séparation d'associés », *Dr. des soc*., *Actes pratiques*, décembre 1997, p. 4, spéc. p. 17.

[188] I. Sauget, th. préc., n° 705, p. 624 : pour cet auteur, le retrait se caractérise non seulement par l'initiative de l'associé mais également par la reprise par l'associé de ses apports, c'est-à-dire par l'annulation par la société des droits sociaux. Aussi, en principe, sauf l'hypothèse du retrait d'un apporteur en industrie, le droit de retrait implique-t-il une réduction du capital social.

[189] I. Sauget, th. préc., p. 625 : dans les sociétés de personnes, c'est l'*intuitus personae* particulièrement intense qui bride l'épanouissement du droit de retrait alors que dans les sociétés de capitaux ou les sociétés à responsabilité limitée, c'est la fonction assignée par le législateur au capital en tant que garantie des créanciers sociaux qui empêche la consécration du droit de retrait. Or, l'auteur précise que s'il est possible de déroger au caractère *intuitus personae*, il est en revanche impossible de déroger à la protection des créanciers, celle-ci étant d'ordre public ; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 225 et s. : « *Dans le droit commun des sociétés l'associé, une fois le contrat conclu, n'est pas libre de s'en départir. Il peut tout au plus céder plus ou moins librement sa place par la voie d'une cession de parts* ». Certes, souligne l'auteur, le législateur a créé des formes de sociétés à capital variable pour favoriser les adhésions de particuliers indépendants, toutefois, dans ces structures là, « *la sécurité des créanciers y est également préservée, dans la mesure où le retrait n'est possible qu'après que l'associé ait rempli toutes ses obligations, et par le jeu d'une responsabilité aux dettes sociales antérieures à ce retrait* ».

[190] En ce sens, v. I. Sauget, th. préc., M. Desblandes, art. préc. ; L. Godon, th. préc., n° 204, p. 130-131 ; Y. Guyon, *op. cit*., n° 53 ; E. Georges, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, LGDJ, 2005, préf. J.-J. Daigre.

sociétés dans lesquelles un tel droit a été consacré, celui-ci ne s'exerce que rarement de manière inconditionnelle[191]. Même dans les sociétés à capital variable dans lesquelles le droit de retrait[192] constitue une modalité d'exécution du contrat[193], sa mise en oeuvre suppose le respect des conditions fixées par le pacte social[194] et le maintien d'un capital minimum au-delà duquel aucun retrait n'est possible[195]. Il en est de même dans les sociétés civiles : l'article 1869 du Code civil contraint en effet l'associé à respecter les conditions de mise en œuvre prévues par les statuts ou à défaut impose au préalable une autorisation donnée par une décision unanime des autres associés[196]. Le retrait peut également être demandé en justice, mais requiert l'invocation de justes motifs tenant à des considérations objectives ou subjectives[197]. Certes, le juge accepte de prendre en considération la situation personnelle de l'associé, mais il ne saurait être question pour autant d'admettre que la seule perte d'*affectio societatis* de l'associé puisse constituer un juste motif de retrait au sens de l'article 1869 du Code civil. Aussi pouvait-on s'étonner d'une décision rendue en date du 27 janvier 1998[198] qui semblait de premier sentiment prétendre le contraire. En l'espèce, deux associés d'une société civile avaient saisi le gérant associé majoritaire d'une demande de retrait. Le motif alors invoqué consistait dans la présentation peu flatteuse que celui-ci avait fait des associés en les présentant à des tiers comme des collaborateurs et non comme des associés. Les associés invoquaient ainsi l'absence d'*affectio societatis* comme juste motif de retrait. Or, si la Cour de cassation a confirmé le rejet de la demande, elle semblait pour autant admettre dans cet arrêt que la perte d'*affectio societatis* suffise à constituer ce juste motif. En

[191] O. Douvreleur, « Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires ? », in *La stabilité du capital et le pouvoir dans les sociétés par actions*, *RJC* 1991, n° spéc. p. 122, spéc. p. 124.

[192] L'article L. 231-6 du Code de commerce dispose que « *chaque associé peut se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable* ». Une disposition similaire existe en matière de coopérative : l'article 7 de la loi du 10 septembre 1947.

[193] D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7e éd. LGDJ, 2010, n° 65 ; B. Saintourens, « La liberté de se retirer d'une société », in *Mél. C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 315, spéc. p. 319 : les sociétés à capital variable sont précisément constituées pour « *faciliter l'entrée et la sortie des associés* ».

[194] Par exemple les statuts peuvent subordonner le droit de retrait à une durée minimale préalable de l'associé au sein de la société. Un contentieux sur le caractère minimal admissible s'est particulièrement développé en matière de coopérative.

[195] Article L. 231-6 du Code de commerce. Pour un développement plus approfondi des conditions de mise en œuvre du droit de retrait, v. C. Lapoyade-Deschamps, « La liberté de se retirer d'une société », *D.* 1978, chron., p. 123, spéc. p. 127 à 130.

[196] C. Lapoyade-Deschamps, art. préc., spéc. p. 129 : il existe toutefois une exception concernant les sociétés civiles professionnelles. Celles-ci ayant vocation tout spécialement à servir l'intérêt de leurs membres, le droit de retrait peut s'exercer de manière totalement discrétionnaire.

[197] I. Sauget, th. préc. : l'auteur désapprouve l'admission jurisprudentielle de motifs subjectifs de retrait car cela a pour conséquence de faire primer l'intérêt individuel de l'associé sur l'intérêt collectif.

[198] Cass. civ. 1ère, 27 janvier 1998, *Bull. civ*. I, n° 36, *Bull. Joly soc*. 1998, §174, p. 538, note J.-P. Garçon ; *RTD com*. 1998, p. 625, note M.-H. Monsérié ; *Rev. soc*. 1998, p. 321, note Y. Chartier.

effet, elle a retenu que le fait pour le gérant de présenter les associés comme de simples collaborateurs ne démontrait pas une absence d'*affectio societatis* et, donc, que le juste motif de retrait n'était pas caractérisé. *A contrario* ne pouvait-on pas déduire de la solution que la seule preuve de la perte d'*affectio societatis* aurait suffi à autoriser la résiliation du contrat d'apport ? Si, de première lecture, la solution semblait bien le laisser penser, on peut se réjouir de la sagesse de la Cour de cassation d'avoir refusé d'admettre qu'un simple caprice puisse affecter l'irrévocabilité du contrat de société[199]. Par conséquent, si la formule laissait espérer une plus grande porte de sortie pour les associés, tout bien considéré, le rejet de la demande semble cependant confirmer l'exclusion de la perte d'*affectio societatis* comme juste motif de retrait. En effet, en souhaitant quitter la société, les associés révélaient bien leur perte d'envie de collaborer et, donc, la perte de leur *affectio societatis*. La Cour de cassation aurait donc dû motiver sa solution autrement et affirmer suivant un raisonnement classique qu'un tel motif n'était pas recevable.

Dès lors, s'il est désormais admis que les justes motifs de retrait puissent être appréciés subjectivement eu égard à la situation personnelle de l'associé (situation financière[200], âge ou changement de situation[201]), et ce précisément à l'inverse des justes motifs de dissolution, la Cour de cassation apprécie restrictivement ces derniers. Et si le législateur admet que, dans les sociétés civiles professionnelles, la mésentente puisse constituer un juste motif de retrait[202], ce n'est que dans la mesure où celle-ci est de nature à paralyser le fonctionnement de la société ou susceptible de mettre en péril l'intérêt social[203] et que le demandeur du retrait n'en est pas à l'origine[204]. On le voit, ce n'est qu'exceptionnellement que l'associé peut se retirer de la société de manière

---

[199] En ce sens, v. V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 342, p. 301 : « *l'argument invoqué par les retrayants ne concernait en rien leur situation personnelle. Il s'agissait davantage d'un caprice ou, pour le moins, d'un geste d'humeur de leur part destiné à manifester leur mécontentement. Il est bien évident qu'un tel motif ne saurait être pris en compte pour accéder à une demande de retrait. Il ne faut pas, en effet, que tout incident dans la société soit prétexte à l'exercice du droit de retrait qui risque de perturber son fonctionnement. En outre, le retrait est une mesure particulière qui n'a pas vocation à remplacer la cession de parts sociales* ».

[200] CA Paris, 12 janvier 1983, *Rev. soc*. 1983, p. 553, note P. Le Cannu ; Cass. civ. 1ère, 27 février 1985, *Bull. civ*. I, n° 81 ; *Rev. soc.* 1985, p. 620, obs. M. Jeantin, *Bull. Joly soc*. 1985, § 289, p. 624 : dans cet arrêt, la Cour de cassation a caractérisé le juste motif de retrait car l'associé avait démontré son réel besoin de liquidités en ce qu'il ne disposait d'aucune autre ressource.

[201] CA Nancy, 30 janvier 1991, *Bull. Joly soc*. 1991, p. 911, note I. Sauget ; CA Nancy, 27 septembre 1989, *RTD com*. 1990, p. 418, obs. A. Alfandari et M. Jeantin : dans cet arrêt, la Cour d'appel a considéré que le changement de résidence pouvait constituer un juste motif de retrait.

[202] Article 18, alinéa 2, de la Loi du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.

[203] V. par exemple CA Montpellier, 12 avril 1992, *JCP N* 1993, II, p. 37, obs. J.-F. Pillebout.

[204] V. par exemple TGI Grenoble, 15 novembre 1993, *JCP N* 1994, II, p. 94, obs. J.-F. Pillebout.

totalement inconditionnelle par sa seule manifestation de volonté. Quelle que soit la société considérée, la prise en considération de l'intérêt de la personne morale elle-même empêche la consécration générale d'un droit de retrait pur et simple de l'associé.

40. Ce n'est donc pas tant la force obligatoire du contrat de société qui fonde l'interdiction pour l'associé de se retirer de la société sur sa seule manifestation de volonté que l'existence du contrat d'apport qui le lie à la société dont l'intérêt doit être préservé en priorité. C'est ce qui justifie également que l'associé ne dispose pas toujours de la faculté de céder ses parts sans avoir à requérir préalablement le consentement de sa cocontractante.

B- LE CONSENTEMENT A LA CESSION DU CONTRAT D'APPORT SUBORDONNE AU CARACTERE *INTUITUS PERSONAE* DE LA SOCIETE

41. Analyse de la cession de droits sociaux en une cession de contrat. En cédant ses droits sociaux, l'associé procède en réalité à la cession de sa qualité d'associé et donc procède simultanément à la cession de son contrat d'apport et à la cession de sa qualité de partie au contrat de société. Partant, le cessionnaire vient se substituer dans les droits et obligations de l'associé cédant[205]. Par la transmission personnelle des droits sociaux, le cessionnaire perpétue en

[205] En faveur de la qualification de cession de contrat, v. P. Malaurie, *La cession de contrats, Cours de doctorat*, Paris II, Les cours du droit, 1975-1976, p. 20 et p. 188 : « *La cession de parts sociales est la cession de l'ensemble des droits et obligations qui appartiennent et qui pèsent sur l'associé, c'est-à-dire la cession de la qualité d'associé. Dans la mesure où l'associé est un contractant, il s'agit donc bien de la cession de la qualité de contractant, ce qui paraît constituer l'objet même de la cession de contrat* ». Il ajoute que « *la jurisprudence connaît des problèmes de prise en charge du passif social par des cessionnaires qui se posent dans des conditions comparables à celles de la cession de contrat* » ; R. Libchaber, « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 717, spéc. p. 723 : « *La société étant aussi un contrat, il n'est pas impossible de raisonner en termes de cession de contrat dans cette vue, la cession de droits sociaux ne se ramène pas à une cession de créance, mais réalise une substitution de personne dans le bénéfice de la qualité de partie au contrat de société. Dans la seule qualité d'associé ? Non au-delà, dans la qualité de contractant à cet étrange contrat continué qu'est la société* » ; en ce sens, v. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 95, p. 96-97. Certains auteurs contestent cependant la possibilité de réaliser une cession dudit contrat en raison de son caractère prétendument instantané. V. L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, préf. P. Malaurie, n° 290, p. 207 : « *A de rares exceptions près, la force obligatoire du contrat s'épuise dans l'obligation d'apporter, qui est aussi la condition de la réalisation de l'objet du contrat, l'organisation d'un groupement* » ; M. Caffin-Moi, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, Economica, 2009, préf. D. Bureau, n° 456, p. 296 et s. : l'auteur propose de voir dans la transmission de droits sociaux une transmission de droits réels. Cette affirmation peut être discutée puisque le contrat d'apport, comme le contrat de société, est un contrat à exécution successive. V. M. Buchberger, th. préc., n° 150, p. 138 ; R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 723 : « *Si la réalisation des apports est un élément essentiel du contrat de société, on doute qu'elle s'épuise dans l'instant. Pour reprendre le*

réalité le contrat d'apport conclu avec la société et obtient de fait la qualité d'associé au contrat de société. En d'autres termes, par cette unique cession, le cessionnaire se trouve engagé simultanément dans un double lien contractuel envers la société et envers les autres associés.

42. Le nécessaire consentement du cédé en droit commun. Or, en droit commun des contrats, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, la jurisprudence a explicitement subordonné la cession de contrat au consentement du débiteur cédé[206]. La force obligatoire interdit qu'un contractant puisse modifier par volonté unilatérale son engagement[207]. Or, imposer un nouveau contractant à son cocontractant initial n'est-ce pas modifier et même révoquer unilatéralement son contrat ce que prohibe expressément l'article 1134, alinéa 2, du Code civil ? Cette condition se justifie également à l'aune du principe de l'effet relatif des contrats. Il n'est en effet pas concevable que le cessionnaire exige du cédé l'exécution à son profit d'obligations sans être contractuellement lié à lui[208]. Promouvant une conception subjective et volontariste du contrat, la solution jurisprudentielle a vocation à s'appliquer à toute cession conventionnelle[209]. Une partie de la doctrine a pourtant manifesté ses regrets à l'égard de la généralisation de la solution. La critique se trouve fondée. En principe, la cession de contrat ne porte pas préjudice au cédé et ne crée pas d'obligation nouvelle à sa charge. Elle ne fait que remplacer la personne de son cocontractant et le cédant reste garant de la bonne exécution de l'engagement cédé. La cession de contrat sans le consentement du cédé ne porte donc atteinte ni au principe de l'effet

---

vocabulaire du droit pénal, on serait tenté de considérer ces apports comme continus au sens où ils acquièrent une sorte de permanence par la décision de l'associé de ne pas se les faire restituer tant que dure la société ». Pour une bibliographie complète sur la nature de la cession de droits sociaux, v. M. Buchberger, th. préc., n° 95, p. 97, note de bas de page n° 20.

[206] Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ*. IV, n° 117 et n° 118 ; *D*. 1997, p. 588, note M. Billiau et C. Jamin ; *Defr*. 1997, art. 36633, p. 976, note D. Mazeaud ; *CCC* 1997, n° 146, obs. L. Leveneur ; *RTD civ*. 1997, p. 936, obs. J. Mestre : la Cour de cassation précise toutefois que le consentement peut être donné de manière anticipée, avant même de connaître l'identité du cessionnaire.

[207] C. Lachièze, « La cession de contrat », *D*. 2000, chron. p. 184 et s. ; D. Mazeaud, note sous Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ*. IV, n° 117, *Defr*. 1997, p. 977 ; I. Bouruet-Aubertot, « La cession de contrat : bilan et perspective », *D. Aff*. 1999, n° 156, p. 578 et s. ; M. Billiau, « Le point sur la cession conventionnelle du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 46 et s. ; C. Larroumet, « La descente aux enfers de la cession de contrat », *D*. 2002, p. 1555-1556.

[208] D. Mazeaud, note sous Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ*. IV, n° 117, *Defr*. 1997, p. 977 ; I. Bouruet-Aubertot, art. préc.

[209] Un arrêt antérieur laissait pourtant entendre que la solution était cantonnée aux seuls contrats *intuitus personae*. V. Cass. com., 7 janvier 1992, *Bull. civ*. IV, n° 3 ; *D*. 1992, somm. p. 278, obs. L. Aynès ; *JCP G* 1992, I, 3591, n° 17, obs. C. Jamin ; *RTD civ*. 1992, p. 762, obs. J. Mestre. Toutefois, les arrêts du 6 mai 1997 de la chambre commerciale de la Cour de cassation mettent fin explicitement à une telle interprétation.

relatif ni au principe de la force obligatoire du contrat[210]. Pour cette double raison, l'on devrait prôner une conception plus objective du contrat et admettre que le consentement ne soit requis comme condition de validité que pour les seuls contrats *intuitus personae*[211]. Dans ces contrats, la personne du cocontractant ayant été déterminante du consentement, il n'est pas concevable en effet que la cession puisse s'opérer sans le consentement du cocontractant[212]. En revanche, concernant les contrats qui en sont dépourvus, le consentement du débiteur cédé ne devrait pas constituer une condition de validité de la cession mais une simple condition nécessaire à la libération du cédant[213]. En d'autres termes, seul le désengagement du cocontractant serait subordonné au consentement du cédé[214]. Toutefois, peu important dans ces contrats non pourvus d'*intuitus personae* que ce ne soit pas le contractant initial qui exécute l'engagement si l'exécution du contrat n'en pâtit pas. Aussi, plutôt que d'ébrécher le principe de la force obligatoire, la cession opérée sans consentement permet-elle de la sauvegarder. Pour cette raison, il n'apparaît pas opportun de faire du consentement du cédé une condition de validité de la cession[215], solution justement relayée par le législateur en droit des sociétés.

---

[210] M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002, préf. L. Aynès, n° 384 et s., p. 295 et s.

[211] C. Larroumet, « La cession de contrat : une régression du droit français ? », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 151 et s. ; R. Noguellou, art. préc. ; L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, préf. P. Malaurie ; C. Larroumet, « La descente aux enfers de la cession de contrat », art. préc.

[212] D. Krajeski, note sous Cass. civ. 1ère, 6 juin 2000, « L'*intuitus personae* et la cession du contrat », *D.* 2001, comm. p. 1345 et s. : l'auteur opère la distinction entre deux types d'*intuitus personae* : l'*intuitus personae* subjectif fondé sur un sentiment comme l'affection ou la confiance, tel le contrat de société, et l'*intuitus personae* objectif fondé sur des qualités objectives de la personne (capacité technique, expérience, compétence). Seul le premier type requerrait un consentement du cédé, dans le second type, les personnes seraient interchangeables dès lors qu'elles présenteraient la même somme de qualités ; M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat, Economica*, 2002, préf. L. Aynès, n° 391, p. 301 : selon l'auteur, la cession conventionnelle ne serait tout simplement pas envisageable dans les contrats dotés d'un « *intuitus personae* intense ». « *On ne conçoit pas qu'un artiste cède son contrat à quelqu'un d'autre ; on ne conçoit pas non plus qu'un donataire (à terme) laisse sa place contractuelle à autrui… La considération du cocontractant est si forte qu'elle s'intègre à la structure du contrat, soit en faisant de la personne, des talents, des capacités de ce cocontractant l'objet de la prestation caractéristique, soit en étant la cause impulsive et déterminante de l'engagement du donateur ou du bienfaiteur. Toute modification subjective constitue alors un quiproquo qui altère fondamentalement le contrat, et qui ne peut laisser place qu'à un nouveau contrat, entre la partie initiale et le tiers* ». En revanche, l'auteur précise (n° 396, p. 304) que la cession conventionnelle serait envisageable dans les contrats d'intérêt commun dotés naturellement d'*intuitus personae* mais subordonnée à l'agrément du cédé.

[213] V. not. C. Larroumet, « La descente aux enfers de la cession de contrat », art. préc., spéc. p. 1556.

[214] J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *La cession de contrat*, *Defr.* 2000, p. 811, spéc. p. 814-815 : « *la convention intervenue entre le cédant et le cessionnaire ne peut réaliser qu'une cession interne qui ne libère pas le cédant* ». C'est pourquoi, certains auteurs objectent que l'absence de libération du cédant n'équivaudrait pas à une véritable cession de contrat mais à une simple substitution de personne. V. E. Jeuland, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998, chron. p. 356 et s.

[215] C. Larroumet, « La cession de contrat : une régression du droit français ? », art. préc., p. 151 et s. ; C. Larroumet, art. préc. : « *L'exigence du consentement du cédé alourdit inutilement la réalisation de la cession, sans compter les lenteurs judiciaires pour vaincre un refus qui ne serait pas légitime* » ; en ce sens, v. D. Mazeaud, note sous Cass.

43. L'*intuitus personae* : mesure de l'application du principe d'irrévocabilité en droit des sociétés. En effet, à l'instar du droit commun des contrats et sans distinction de la forme de la société envisagée, l'application stricte du principe d'irrévocabilité devrait conduire à empêcher l'associé de céder sa qualité sans le consentement de la société cocontractante[216]. Or, assouplissant la rigueur de la solution consacrée par la jurisprudence en droit commun, le droit des sociétés a choisi de faire varier le régime de la cession en fonction de l'intensité de l'*intuitus personae* dont est dotée la société[217]. En d'autres termes, favorisant une conception objective et patrimoniale du contrat, c'est seulement lorsque le contrat de société est affecté d'un *intuitus personae* que la cession de la qualité d'associé est subordonnée au consentement de la société. Classiquement, cela revient à opérer une dichotomie entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Alors que les premières, colorées d'un fort *intuitus personae*, font du consentement du cédé une condition nécessaire à la réalisation de la cession, les secondes ne nécessitent aucun consentement de la société.

Si cette distinction n'a pas perdu tout intérêt, on s'accorde cependant aujourd'hui à en reconnaître la relativité. En effet, du fait de la volonté du législateur ou des associés, certaines

---

com., 6 mai 1997, *Bull. civ*. IV, n° 117, *Defr*. 1997, p. 977, spéc. p. 980 et 981. En outre, pour certains auteurs, l'exigence d'une telle condition revient à nier l'existence d'une véritable cession de contrat. V. M. Billiau, « Le point sur la cession conventionnelle du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 46 et s. ; R. Noguellou, « La cession de contrat », *RDC* 2006, n° 3, p. 966 et s. ; en ce sens, v. M. Billiau et C. Jamin, *D*. 1997, p. 588 : « *Cette expression* (cession de contrat) *ne doit pas être prise dans son sens courant, qui postule un transfert. Le mot cession figurant dans les expressions cession de créances et cession de contrat n'a ainsi pas la même signification, car l'opération qu'il traduit n'engendre pas les mêmes conséquences : la première a un effet translatif, et non la seconde* » ; *Contra* : J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, art. préc., spéc. p. 814-815 : « *Le consentement du cédé, nécessaire à la cession de contrat, n'est pas incompatible, par principe avec la transmission de celle-ci. Tout dépend en réalité de la volonté des parties : continuer le contrat initial ou établir un nouveau contrat* ».

[216] M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 77, p. 85 : l'auteur souligne que la bénéficiaire du droit d'agréer est bien la société, partie au contrat d'apport, et non les associés, parties au contrat de société. L'auteur (note de bas de page n° 376) constate en effet que, dans la société civile, le législateur prévoit la possibilité que l'agrément soit donné par le gérant, organe de la société, et non donc pas nécessairement par les associés. Plus encore, les articles L. 228-14 et L. 228-23 du Code de commerce applicables respectivement aux SARL et aux SA disposent explicitement que l'auteur de l'agrément est bien la société. Toutefois, en cédant ses droits sociaux, l'associé cède également sa qualité de partie au contrat de société. Il apparaît donc logique que les coassociés donnent également leur accord à la cession. Afin d'éviter les inconvénients et la lourdeur d'un double agrément, à la fois celui de la société et celui des associés, l'agrément devrait de manière légitime être donné par l'assemblée des associés, organe souverain de la société, et donc plus représentatif de la collectivité. V. B. Jadaud, « Qui décide de l'agrément de la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, comm., p. 1946 et s. ; J.-C. Hallouin, « sur le refus d'agrément… », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, 2003, p. 313, spéc. p. 314 : « *La décision relève en général de la collectivité des associés. Mais dans certaines formes et si les statuts le prévoient, elle peut être prise par la direction* ». Il semble que la doctrine assimile sur ce point l'agrément donné par la société par l'intermédiaire des associés à l'agrément donné par les associés. C'est dire que la volonté de la société serait celle des associés.

[217] D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7e éd., LGDJ, 2010, n° 529 : « *le domaine de l'agrément est proportionnel à l'*intuitus personae *de la structure sociale et inversement proportionnel à l'*intuitus pecuniae *du titre d'associé* ».

sociétés de capitaux empruntent le régime de cession des sociétés de personnes[218]. Il est de plus en plus fréquent d'introduire dans les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiée des clauses d'agrément[219]. Permettre aux associés d'insérer de telles clauses, c'est restituer à la société anonyme sa nature contractuelle[220]. C'est dire que la pertinence de la distinction entre sociétés de capitaux et sociétés de personnes est remise en cause[221]. Il n'en demeure pas moins que les premières demeurent dotées d'un *intuitus personae* moins fort[222].

Il s'ensuit que si le principe d'irrévocabilité a vocation à jouer dans toutes les sociétés, son application va néanmoins varier en fonction de l'intensité de l'*intuitus personae* dont la société est dotée. En clair, c'est le degré d'*intuitus personae* conféré à la société qui va moduler l'application du principe d'irrévocabilité. Il en résulte un régime de cession complexe[223] car distinct d'une société à l'autre.

Schématiquement, trois types de régimes se dessinent : un régime restrictif, un régime mixte et un régime libéral[224].

Dans les sociétés dotées du plus fort *intuitus personae*[225], l'important degré d'*intuitus personae* ne fait pas obstacle à la cessibilité de la qualité d'associé, mais son intensité « *fait de la cession un pertuis bien étroit* »[226]. La sévérité du régime se manifeste en effet sur un double

---

[218] V. not. S. Helot, « La place de l'*intuitus personae* dans les sociétés de capitaux », *D.* 1991, chron. p. 143.

[219] V. l'art. L. 228-23 du Code commerce modifié en 2004 pour permettre l'agrément en cas de cession non seulement aux tiers mais également aux actionnaires.

[220] G. Mazet, « Les clauses statutaires d'agrément », *RJC* n° spécial, novembre 1990, p. 66, spéc. p. 71 : « *L'institutionnalisation de l'épargne rend inutile l'institutionnalité de la société ; celle-ci doit être conçue comme un contrat, les rédacteurs des statuts doivent jouir d'une grande liberté, dès lors que l'ordre public n'est pas en cause, à la condition toutefois que la plus réelle publicité soit donnée aux clauses s'écartant de la norme* » ; J. Bardoul, « Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires », *D.* 1973, chron. p. 137 et s. ; J. Moury, « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *RTD com.* 1989, p. 187 et s.

[221] V. D. Bureau, « L'altération des types sociétaires », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 57.

[222] Certains auteurs soulignent que le contrat de société est par nature conclu *intuitus personae*. Toutefois, l'*intuitus personae* est très faible dans les sociétés cotées. V. cependant A. Morin, « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD com.* 2000, p. 299 et s. : s'il est vrai que les sociétés cotées ne sont pas pourvues du même *intuitus personae* que les sociétés en nom collectif, elles n'en sont pas pour autant totalement dépourvues. C'est l'*intuitus personae* qui fonde dans ces dernières le droit de sortie de l'actionnaire en cas d'entrée d'un tiers contrôlant la société ou en cas de la montée en puissance de plusieurs actionnaires dans la société. Sur les tentatives de distinction des différents types d'*intuitus personae*, v. E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 52 et s., p. 50 et s.

[223] C. Lapoyade-Deschamps, « La liberté de se retirer d'une société », *D.* 1978, chron. p. 123, spéc. p. 124 : « *L'appareil législatif est si complexe qu'il est parfois difficile de savoir si la liberté de se retirer d'une société constitue le principe ou l'exception* ».

[224] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 206 et s., p. 131 et s.

[225] Sont visées les sociétés en nom collectif.

[226] A. Viandier, *Société civile : retrait et décès d'un associé*, p. 1 cité par I. Kamoun, *La permanence de la qualité d'associé*, Mémoire Sfax Tunisie, 2006.

plan : d'une part, la condition d'unanimité des coassociés est d'ordre public tant pour la cession envers les associés que pour les tiers ; d'autre part, le refus d'agrément des associés est rédhibitoire à la sortie prématurée de l'associé. L'associé est alors tenu d'une obligation de requérir l'assentiment de ses coassociés sans l'existence d'une obligation de rachat à la charge des coassociés opposants à la cession. En outre, même l'agrément obtenu, le cédant reste toutefois tenu envers les tiers des dettes contractées antérieurement à son départ. Quant au cessionnaire, il est en principe tenu des dettes postérieures et des dettes antérieures au départ du cédant.

En revanche, dans les sociétés dotées d'un *intuitus personae* atténué[227], le principe d'irrévocabilité ne va s'appliquer que de manière relative : d'une part, le législateur autorise ou prescrit l'obtention de l'agrément à la majorité seulement des associés[228] ; d'autre part, l'accord des associés ne sera exigé ou autorisé qu'en cas de cession à un tiers[229] ; enfin et surtout, le refus de la société n'est pas rédhibitoire à une sortie prématurée de l'associé. En effet, si l'agrément du cessionnaire est requis préalablement à la réalisation de la cession, l'associé pourra surmonter ce refus et se départir de sa qualité moyennant l'écoulement d'un bref délai[230]. Le principe d'irrévocabilité ne constituera nécessairement qu'un obstacle temporaire. Les autres associés seront alors tenus de l'obligation de lui racheter ou lui faire racheter ses parts dans ce laps de temps. Quant au défaut de rachat ou à l'absence de réponse de la société dans le délai imparti, il

[227] Telles les sociétés civiles, les SARL et les SA comportant une clause d'agrément dans leurs statuts.

[228] M. Azoulai, « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 1, spéc. p. 12-13 : la dérogation à la règle de l'unanimité se justifie par la responsabilité limitée des associés dans ces sociétés, dans lesquelles, à la différence de la SNC, les associés ne sont pas obligés de « *partager avec celui qu'ils considèrent comme un intrus la responsabilité des dettes sociales* ». Toutefois, cette justification ne nous paraît pas totalement satisfaisante puisque, dans les sociétés civiles, les associés ont également la possibilité d'aménager la règle de l'unanimité ; mais, l'obligation aux dettes sociales est cependant moins rigoureuse que dans la SNC puisque les associés ne sont tenus que conjointement et non solidairement.

[229] L'article 1861 du Code civil relatif aux sociétés civiles et l'article L. 223-14 du Code de commerce relatif aux SARL ne prescrivent l'agrément de manière impérative que pour la cession aux tiers. Les statuts peuvent donc écarter l'exigence d'un agrément pour toutes les autres cessions. Pour les SA, la clause d'agrément ne peut s'appliquer qu'aux tiers *stricto sensu*, l'ordonnance du 24 juin 2004 l'autorisant à l'égard des cessions entre actionnaires ; M. Azoulai, art. préc., spéc. p. 20 : l'auteur critique cependant le cantonnement de l'exigence d'un agrément aux seuls tiers au motif que « *la cession entre membres modifie les bases du contrat : limitée à une cession partielle, elle risque d'entraîner des changements de majorité et, donc, de rapport de forces, au sein de la société ; portant sur la totalité des droits d'un associé, elle autorise la retraite de celui-ci en violation des articles 1134…* ».

[230] Ce délai varie en fonction de la société envisagée : il est de six mois dans les sociétés civiles à compter de la dernière notification, il est de trois mois dans les SARL et la SA.

vaut agrément[231]. Dans ces sociétés, les clauses limitant la libre disposition des actions permettent d'assurer la stabilité du capital et du pouvoir. Autrement dit, elles permettent « *de se protéger d'une prise de contrôle hostile en contrôlant l'évolution de l'actionnariat* »[232]. Toutefois, si ces clauses permettent d'exercer un certain contrôle sur la composition de l'actionnariat, celles-ci ne peuvent conduire à rendre définitivement l'associé prisonnier de ces sociétés[233]. En définitive, ces clauses d'agrément ont une finalité commune avec les clauses de préemption : toutes deux obligent simplement à la présentation d'un cessionnaire mais ne rendent pas prisonnier l'associé de son engagement[234].

Enfin, dans les sociétés dépourvues d'*intuitus personae*[235], l'actionnaire peut céder librement ses droits sociaux sans l'obtention d'un quelconque consentement. Alors que le droit commun prescrirait de manière indifférente l'obtention du consentement du cocontractant, l'associé n'a guère à requérir l'assentiment de la société laquelle ne dispose d'aucun droit de s'opposer à la cession envisagée. Le principe d'irrévocabilité en cette dernière hypothèse se trouve donc totalement éludé.

Dès lors, à côté du droit commun de la cession de contrat qui applique strictement le principe d'irrévocabilité, celui-ci ne connaît qu'une portée relative en matière de cession de droits sociaux puisque son application varie en fonction de l'*intuitus personae* dont est dotée la société. Le droit commun des contrats devrait s'inspirer de cette application modulable du principe d'irrévocabilité admise par le droit des sociétés. Nombreux sont en effet les contrats d'entreprise

---

[231] Il existe cependant une hésitation concernant le moment d'exécution de l'obligation de rachat dans les SAS. V. H. Azarian, *La société par actions simplifiée*, 2e éd., Litec, 2007, préf. A. Viandier, n° 173. Il ne suffit pas d'admettre que l'obligation de rachat constitue une disposition impérative dans ces sociétés, faut-il encore déterminer le délai maximum imparti à la société pour se prononcer : doit-on ou non appliquer la disposition relative à la SA ? Sur cette question une incertitude demeure. V. B. Dondero, « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », in *Société et contrat*, *Journ. soc.* avril 2008, n° 53, p. 42, spéc. p. 50.

[232] E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 9, p. 5.

[233] G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 198-199 : « *si la libre cessibilité n'est pas de l'essence de l'action et si elle peut dès lors être restreinte, il n'est pas pour autant possible de supprimer le droit de l'actionnaire de céder son titre, ce qui serait contraire à la nature même de la SA* ». Ces auteurs ajoutent qu'en Belgique « *la validité de ces clauses restreignant la libre négociabilité des titres est aujourd'hui légalement reconnue par l'article 41 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales pour autant que, limitées dans le temps, elles soient justifiées, à tout moment, par l'intérêt social, et dans la mesure où elles n'aboutissent pas à rendre les titres incessibles plus de six mois à dater de la demande d'agrément ou de la demande d'agrément ou de l'invitation à exercer le droit de préemption* ».

[234] G. Mazet, « Les clauses statutaires d'agrément », *RJC* n° spécial, novembre 1990, p. 66 ; E. Chvika, th. préc., n° 18, p. 13.

[235] Telles les sociétés cotées ou les sociétés anonymes non cotées dépourvues de clauses d'agrément.

dépourvus d'*intuitus personae*, tels les contrats de fourniture, qui mériteraient d'être cédés sans avoir à requérir le consentement du cédé.

44. Partant, s'il connaît certains assouplissements, le principe d'irrévocabilité est mis en oeuvre aussi bien dans le contrat de société que dans le contrat d'apport. Néanmoins, même en droit commun des contrats, ce principe n'a pas une portée absolue. Il n'est applicable qu'aux engagements qui sont limités dans le temps. Le droit des sociétés illustre, là encore, cette limite.

SECTION 2 LES LIMITES DE L'APPLICATION DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE EN MATIERE SOCIETAIRE

45. Soustraction des engagements à durée indéterminée au principe d'irrévocabilité. Il est vrai que l'article 1134 du Code civil prescrit à titre de principe l'irrévocabilité contractuelle. Toutefois, le législateur de 1804 n'entendait dès l'origine lui conférer qu'une portée relative en restreignant son application aux contrats à exécution instantanée et aux contrats successifs à durée déterminée, mettant ainsi hors de son champ d'application les contrats successifs à durée indéterminée. C'est ainsi que, pour ces derniers, les parties bénéficient d'une faculté de résiliation unilatérale affectant ces derniers d'une force obligatoire atténuée. En effet, cette règle a vocation à s'appliquer à tous les contrats à durée successive[236] et devient donc une règle de droit commun des contrats[237] à laquelle le Conseil constitutionnel a octroyé valeur constitutionnelle[238]. Ce droit est classiquement présenté comme le corollaire du principe de l'interdiction des engagements perpétuels[239], principe « virtuel » de droit commun des contrats[240]. Or, cette affirmation est

[236] Cass. com., 14 novembre 1989, *Bull. civ*. IV, n° 286 ; Cass. Com., 31 mai 1994, *Bull. civ*. IV, n° 194 : au visa de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, la Cour de cassation affirme que « *dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus, sanctionné par l'alinéa 3 du même texte, offerte aux deux parties* ».

[237] O. Porumb, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale, Essai d'une théorie générale*, thèse Paris, 1937, p. 247.

[238] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, sur la loi relative au pacte civil de solidarité : « *Si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* ».

[239] R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 94, p. 91 ; E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, p. 227, spéc. p. 228 ; J. Ghestin, « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mél. D. Tallon, D'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999, p. 251.

lacunaire. Si ces deux principes sont indubitablement liés, ils sont surtout liés en raison de leur fondement commun résidant dans la protection de la liberté individuelle[241], objectif poursuivi par la Révolution et érigé progressivement en principe fondamental par le législateur de 1804[242].

46. Confusion des notions. Engagement à durée indéterminée et engagement perpétuel doivent être distingués : alors que l'engagement à durée perpétuelle lequel est « *un long contrat à durée déterminée irrévocable unilatéralement* »[243] et en principe nul, l'engagement à durée indéterminée[244], est « *un engagement à exécution successive sans terme extinctif déterminé ou déterminable par des éléments indépendants de la volonté de l'une des parties* »[245] en principe

---

[240] R. Encinas de Munagorri, th. préc., n° 93, p. 90 : « *A la question de savoir si le principe de prohibition des engagements perpétuels a vocation à régir l'ensemble des contrats successifs, doctrine et jurisprudence ont pourtant répondu par l'affirmative* ». Toutefois, pour une affirmation nuancée, v. J. Ghestin, art. préc., spéc. p. 261 : « *En l'absence de texte de portée générale et devant une jurisprudence rare et d'interprétation controversée il ne paraît pas possible d'affirmer comme une règle de droit positif, la nullité des contrats perpétuels* ». Toutefois, l'auteur ajoute : « *Quelle que soit l'analyse retenue du droit positif, rien n'interdit, en tout cas, d'estimer que,* de lege ferenda, *les contrats perpétuels devraient être annulés. Cependant on quitte alors le domaine du droit positif pour entrer dans celui de la théorie juridique…* ». Pour une position intermédiaire, v. R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc*. 1995, p. 437, spéc. p. 443 : « *Il ne s'en suit pas qu'à l'égard de la question assurément fondamentale de la perpétuité des contrats, le droit français soit dépourvu de principe tant soit peu général, ou fermement posé. On dira plutôt qu'il est demeuré fidèle au fondement qui justifiait l'article 1780 alinéa 1er : là où la liberté individuelle est menacée par la perpétuité, elle est interdite ; là où à l'inverse la perpétuité, ou une durée excessive, n'entrave pas la liberté de l'individu, le principe s'affaiblit* » ; L. Vogel et J. Vogel, « Vers un retour des contrats perpétuels ? Evolution récente du droit de la distribution », *CCC*, août-Septembre 1991, p. 1 : ces auteurs évoquent « *la résurgence du contrat perpétuel en cas de faillite du distributeur* » ; O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999, n° 32 et s., p. 32 et s. : l'auteur, tout en étayant l'existence d'un principe général applicable aux personnes physiques de droit privé, évoque une application dissymétrique de ce principe selon la qualité des parties.

[241] Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 456, p. 496 ; J. Azema, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 16, p. 13 : deux fondements sont à l'origine de la prohibition : la liberté individuelle et l'instabilité économique ; R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, p. 95 : l'auteur attribue deux fondements au principe, l'un classique, résidant dans la liberté individuelle, l'autre moderne, résidant dans la libre circulation des biens et des personnes ; en ce sens, v. A. Van Eeckhout, in *La durée et les contrats*, *RDC* 2004, p. 189 et s. Sur l'émergence de ce second fondement, v. L. Vogel et J. Vogel, art. préc., spéc. p. 1 : « *La théorie de la concurrence fournit aujourd'hui une justification supplémentaire à la prohibition des engagements perpétuels : un tel engagement constitue en effet une formidable barrière à l'entrée sur le marché qui empêchent les agents économiques qui seraient en mesure de devenir des concurrents de se porter candidats à une relation contractuelle en raison de l'indissolubilité des liens préexistants* » ; J. Ghestin, art. préc. ; O. Litty, th. préc., n° 32, p. 32. Pour une analyse approchante, v. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 569, p. 348-349 : le principe d'interdiction des engagements perpétuels est rattaché à la protection de la dignité humaine.

[242] O. Litty, th. préc., n° 35, p. 34.

[243] Y. Pagnerre, th. préc., n° 459, p. 499 ; A. Van Eeckhout, *in* La durée et les contrats, *RDC* 2004, p. 192 et s. : l'engagement excessif est assimilé par la jurisprudence à l'engagement perpétuel.

[244] R. Encinas de Munagorri, th. préc., n° 94, p. 91.

[245] Y. Pagnerre, th. préc., n° 454, p. 493.

valable mais sanctionné par l'octroi d'un droit de résiliation unilatérale[246]. Ces deux notions font toutefois souvent l'objet d'un amalgame[247]. Le législateur et la jurisprudence assimilent parfois à l'engagement à durée indéterminée l'engagement dont le terme est bien déterminé mais très éloigné[248], lequel se trouve sanctionné par l'octroi d'un droit de résiliation unilatérale et non par la nullité comme cela devrait l'être. L'engagement à durée perpétuelle dégénère ainsi en engagement à durée indéterminée échappant par là même au vice de perpétuité. Partant, engagement perpétuel et engagement à durée indéterminée se trouvent soumis au même régime.

Cette distinction a cependant perdu de son intérêt en matière sociétaire. En effet, la consécration de la conception objective de la perpétuité concernant le contrat de société et la suppression de la société personnifiée à durée indéterminée ont eu pour effet de conférer un épanouissement total au principe d'irrévocabilité (§1). Pour autant, afin de préserver la liberté individuelle de l'associé, législateur et jurisprudence ont été contraints de dissocier le régime de rupture du contrat de société et du contrat d'apport. La consécration de la rupture unilatérale de ce second contrat présumé *de facto* à durée excessive permet de renouer avec les principes de droit commun des contrats (§2).

§1 LA SUPPRESSION DES LIMITES CONCERNANT LE CONTRAT DE SOCIETE

47. Avant la réforme du 4 janvier 1978, le législateur assimilait le régime de l'engagement perpétuel à l'engagement à durée indéterminée et octroyait un droit de résiliation unilatérale à l'associé engagé dans la société pour une durée excédant sa durée de vie moyenne. Ce faisant, il consacrait la conception subjective de la perpétuité. Dès lors, quand bien même un terme objectif était fixé, son éloignement permettait à l'associé de mettre unilatéralement fin à la société réputée « illimitée » [249] de manière anticipée. La résiliation unilatérale constituait donc bien une cause

[246] Principe général consacré par Cass. civ. 1ère, 5 février 1985, *Bull. civ*. I, n° 54 : « *Il résulte de cette disposition (article 113, alinéa 2, du Code civil) que, dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est…offerte aux deux parties* ».

[247] J. Ghestin, art. préc., spéc. p. 252 : l'auteur dénonce « *une assimilation des contrats perpétuels aux contrats à durée indéterminée, qui ne correspond pas à l'analyse historique de l'article 1780 du code civil* » ; en ce sens, v. R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc*. 1995, p. 437, spéc. p. 440 et s.

[248] B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 188.

[249] Terminologie employée par le législateur lui-même pour évoquer à la fois les sociétés à durée perpétuelle, c'est-à-dire celles dépassant la durée de vie des associés, et celles à durée indéterminée, c'est-à-dire celles dépourvues de tout terme extinctif.

générale de dissolution (A). Mais, bien qu'interprété restrictivement par la jurisprudence, le législateur a supprimé ce droit dans les sociétés personnifiées, faisant dégénérer la résiliation unilatérale en une cause spéciale de dissolution et confortant à titre de principe l'irrévocabilité contractuelle (B).

A- LE REGIME ANTERIEUR A LA REFORME DE 1978 : LA RESILIATION UNILATERALE, CAUSE GENERALE DE DISSOLUTION

48. Champ d'application de l'ancien article 1869 du Code civil. Sous le régime antérieur à la réforme du 4 janvier 1978, l'article 1869 du Code civil offrait une faculté de résiliation unilatérale à tous les associés membres d'une société conclue pour une durée illimitée. Le contrat pouvait ainsi prendre fin non seulement par un *mutuus dissensus* mais également par la renonciation de l'un des associés notifiant aux autres sa décision. Le principe d'irrévocabilité du contrat était donc tenu en échec par un impératif de droit contractuel considéré comme supérieur : la protection de la liberté individuelle des contractants. Ce droit reconnu comme d'ordre public interdisait ainsi aux parties de le supprimer et même de le restreindre[250]. Toutefois, la faculté offerte par l'ancien article 1869 du Code civil aboutissait à faire primer l'intérêt de l'associé souhaitant se retirer sur l'intérêt des autres associés et celui de la société[251]. C'est donc pour éviter qu'une société florissante succombe au caprice d'un seul membre[252] que le législateur a subordonné cette faculté de résiliation unilatérale à deux conditions appréciées rigoureusement par la jurisprudence.

49. Condition relative à la durée de la société. S'agissant de la première, l'application de la règle supposait nécessairement au préalable l'appartenance de l'associé à une société[253] à durée « illimitée ». En effet, suivant un courant majoritaire, cette règle consacrée par l'article 1869 du Code civil ne serait que la transposition de la règle de droit commun qui dispose que

[250] E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, Dalloz, 1961, p. 227, spéc. p. 228 ; L. Guillouard, *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2e éd., G. Pedone-Lauriel, 1892, n° 332.
[251] B. Houin, th. préc., p. 141.
[252] E. Schaeffer, art. préc., spéc. p. 237 : l'admission d'une résiliation unilatérale du contrat de société pouvait conduire à la « *dissolution d'ordre public d'une entreprise collective qui n'a en elle-même aucune tare pratique* ».
[253] B. Houin, th. préc., p. 123 : l'auteur se posait la question de l'application de l'ancien art 1869 aux GIE. A défaut, c'est le principe de droit commun qui trouvait à s'appliquer.

dans un contrat successif les parties disposent du droit d'y mettre fin unilatéralement quand bon lui semble[254]. Partant, elle n'avait indubitablement pas vocation à jouer dans les sociétés à durée limitée. D'un point de vue pratique, on pouvait justifier le cantonnement de la règle aux seules sociétés illimitées par le fait que, si une discorde entre les associés éclatait, les associés se sachant liés à vie ne seraient pas incités à rétablir la situation et, la discorde ne pouvant que s'aggraver, la société serait conduite à sa perte. En revanche, dans les sociétés à durée limitée, les associés sachant qu'ils ne sont liés que pour un temps supporteront mieux la discorde et mèneront à bien jusqu'au bout l'aventure entreprise[255]. Autrement dit, « *dans tous les cas, dans une société à terme, le mal diminué dans sa durée et à cause de cela probablement atténué dans son intensité, n'est pas assez grand pour que le législateur se soit déterminé à autoriser la rupture du contrat par la volonté d'un seul des contractants* »[256]. Pour ces deux séries de motifs, la dénonciation unilatérale, était réservée aux seules sociétés à durée illimitée. Cela supposait cependant au préalable de définir ce que l'on entendait par société à durée illimitée.

Deux conceptions étaient alors envisageables[257]. Une première conception restrictive consistait à réserver l'appellation aux seules sociétés dépourvues de terme statutaire certain ou incertain[258]. Une deuxième conception plus large assimilait aux sociétés dépourvues de terme les sociétés affectées d'un terme incertain et les sociétés constituées pour une durée manifestement supérieure à la durée de vie normale de la vie humaine, 99 ans par exemple. C'est ainsi qu'en raison de la durée de ces sociétés supérieure à celle de la vie de ses membres, elles devaient être assimilées aux sociétés à durée indéterminée. C'est à cette deuxième conception que l'auteur et les autorités de l'époque donnaient leur faveur. Certains auteurs ne manquaient pas de souligner

---

[254] P. Pic, *Droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, éd. A. Rousseau, 1908, n° 564 ; M. Coipel, « La contractualisation des causes de dissolution des sociétés », in *Mél. R. De Valkenner, A l'occasion du 125e anniversaire de la revue du notariat Belge, Bruxelles*, 2000, p. 147, spéc. p. 159 : « *Quelle est, en effet, la raison d'être de la faculté de renonciation unilatérale ? C'est le principe d'ordre public énoncé à l'article 1780 du Code civil : on ne peut être lié à vie dans un contrat à durée successive* » ; I. Petel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 447, p. 480 : « *Les articles 1865-5° et 1869, qui conféraient aux associés de la société à durée illimitée un droit de résiliation unilatérale débouchant sur la dissolution de la société, faisaient la société à durée indéterminée. Sans ce droit, en effet, la durée n'eût point été indéterminée mais perpétuelle… et le contrat nul* ».

[255] L. Guillouard, *op. cit*, n° 323.

[256] *Ibid*.

[257] P. Pic, *op. cit*., n° 565.

[258] En faveur de cette conception, v. Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, I, p. 404-405 cité par L. Guillouard, *op. cit*., n° 326 : la seule exception qui était admise résidait dans la fixation d'un terme tellement éloigné et incertain qu'on ne pouvait le prévoir. L'auteur donne l'exemple d'une société de mines, « *dont les produits évidemment sont destinés à s'épuiser, mais à une époque lointaine dont la date ne saurait être fixée, même approximativement* ».

l'originalité du droit des sociétés par rapport au droit commun des contrats en la matière[259]. En effet, législateur et jurisprudence soumettaient au même régime les sociétés perpétuelles et les sociétés à durée indéterminée. Ces deux sociétés étaient sanctionnées par un droit de résiliation unilatérale, sanction en principe assignée aux seuls engagements à durée indéterminée. Finalement, cela revenait à assimiler les engagements dépourvus de terme et les engagements affectés d'un terme lointain. Cela tenait au fait que l'ancien article 1869 devait être lu à la lumière de celui de l'article 1780 du Code civil[260]. L'auteur explique que si le contrat de société et le contrat de louage de services se différencient en tant que le premier est un contrat égalitaire et le second en revanche induit un lien de dépendance, la proximité de ces deux dispositions dans leur structure et leur fondement conduisait en effet à les interpréter similairement[261].

50. Condition relative à la renonciation. S'agissant de la deuxième[262], elle concernait la renonciation elle-même. Si peu importait la forme de la renonciation, au préalable celle-ci devait être notifiée à tous les associés sous peine de nullité[263]. Par ailleurs et surtout, l'article 1870 exigeait, d'une part, que la renonciation ait lieu de bonne foi, c'est-à-dire sans arrière pensée de s'approprier à lui seul un profit prochain destiné à tomber en société ; d'autre part, qu'elle ne se produise pas à contretemps, c'est-à-dire n'intervienne à un moment inopportun pour le règlement des intérêts communs engagés dans l'entreprise.

---

[259] Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 458, p. 498 : « *Les notions de durée indéterminée et de perpétuité revêtent un sens particulier lorsqu'elles s'appliquent à un contrat de société* » ; J. Azema, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 31, p. 23 : « *Assez curieusement, un excès dans la détermination entraînait la transformation du contrat en un engagement à durée indéterminée et la sanction consistait alors dans le droit pour chacun des associés de demander à tout moment la dissolution* ».

[260] En ce sens, v. L. Guillouard, *op. cit.*, n° 324 : « *ces deux textes (1869 et 1780) sont, sous des aspects très différents, des applications de la même idée. La loi ne veut pas que le domestique engage sa liberté toute sa vie, et quant à l'associé, s'il a contracté toute sa vie, la loi tout en reconnaissant la validité de cet engagement moins étroit que celui du domestique, vient à son aide et lui permet de le rompre, lorsque le lien du contrat est devenu intolérable* ». En effet, l'auteur souligne : « *Il existe dans le contrat de société une interdépendance plus ou moins étroite des associés les uns vis-à-vis des autres, et cette interdépendance même constituerait une atteinte grave à la liberté de chacun, si elle n'était tempérée par la faculté pour l'un quelconque des associés de donner congé aux autres* ».

[261] O. Porumb, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale, Essai d'une théorie générale*, thèse Paris, 1937, p. 134 : le rapprochement entre ces deux dispositions, l'article 1780 et l'article 1869 du Code civil, inciterait à présumer le caractère d'ordre public de ladite disposition, empêchant les parties de l'écarter par convention contraire.

[262] P. Pic, *Droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, éd. A. Rousseau, 1908, n° 567 et s.

[263] Sur la preuve de cette notification, v. L. Guillouard, *op. cit.*, n° 331.

Toutefois, la jurisprudence, conférant une portée restrictive à la disposition, appréciait rigoureusement cette seconde condition.

Elle considérait, d'une part, qu'un associé qui use de son droit de dissolution alors qu'il a la faculté de céder ses parts ne peut nécessairement pas être de bonne foi[264]. Cette interprétation est louable eu égard au fondement de la règle. Ce que le législateur cherche à garantir c'est la faculté de partir de la société mais non le droit de rupture unilatérale du contrat[265]. En raison du caractère pluripartite de la société, la liberté individuelle de l'associé peut être sauvegardée tout en préservant l'efficacité durable du contrat de société. Le départ d'un associé ne provoque pas en principe la disparition de la société, il est seulement mis fin à son contrat d'apport[266]. Cette interprétation revenait finalement à cantonner le domaine de l'ancien article 1869 du Code civil aux seules sociétés de personnes et plus exactement aux seules sociétés teintées d'*intuitus personae* puisque la jurisprudence acceptait d'en faire bénéficier également les associés d'une société de capitaux comportant une clause d'agrément et les associés des sociétés à responsabilité limitée[267]. Par ailleurs, soulignant le caractère subsidiaire de ce droit, les associés pouvaient faire

---

[264] J. Guyénot, « Les huit causes communes de dissolution des sociétés civiles et commerciales », *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct. p. 357, spéc. p. 402, note de bas de page n° 89 ; J. Guyénot, art. préc., spéc. p. 402, note de bas de page n° 89 : « *L'associé qui peut librement céder ses parts est considéré comme ayant implicitement renoncé au droit de dissolution* ».

[265] B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 540-541 : « *Peu importe dès lors le moyen par lequel cette faculté est assurée. La protection de l'associé n'est pas compromise lorsque le rachat des parts sociales a été substitué au droit de rupture. Il ne subit de la part de ses partenaires aucune pression destinée à l'enfermer dans la société. L'offre de ses coassociés, tout en recherchant l'intérêt de la société, éviter une dissolution anticipée, respecte sa nécessaire liberté de sortir de la société. Il est exact d'affirmer que, de ce point de vue, l'associé sortant ne renonce qu'aux conséquences pécuniaires de son retrait : le rachat de ses parts peut en effet s'avérer beaucoup moins intéressant pour lui que l'allocation de sa part d'actif. La jurisprudence veille néanmoins dans ce cas à ce que le prix proposé soit équitable* ».

[266] B. Houin, th. préc., p. 541 : « *Cette solution est propre au droit des sociétés. C'est en effet la seule convention qui, par son caractère collectif, permet de créer un substitut de droit de rupture, tout en respectant le principe d'ordre public de la prohibition des engagements perpétuels* ». L'auteur cite à son appui une décision (Cass. civ., 6 décembre 1843, *S.* 1844, 1, p. 22), dans laquelle la Cour de cassation a été pour le moins explicite sur sa motivation : concilier la protection de la liberté individuelle de la société et celle de l'intérêt de la société.

[267] I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 448, p. 481-482 ; B. Houin, th. préc., p. 146 : à l'inverse, pour refuser ce droit à l'associé d'une SARL « *l'on a fait valoir que, dans cette sorte de société, l'associé ne prend qu'un risque pécuniairement limité, bien qu'il sache qu'il ne peut librement céder ses parts. Il ne justifie plus d'une protection aussi grave que l'associé en nom collectif. Il ne doit donc pas être investi du droit de dissoudre unilatéralement la société. L'on a justement démontré le vice de cette argumentation. Elle transforme arbitrairement l'objet de l'article 1869 du code civil qui n'est pas de protéger l'associé contre un engagement excessif mais contre un engagement de trop longue durée…* ». En faveur de cette considération économique de la société, v. T. Com. Valenciennes, 5 septembre 1959, *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 380 ; *Journ. soc.* 1951, p. 28, *Rev. soc.* 1951, p. 322 ; *RTD com.* 1951, p. 314 : « *L'article 1869 ne saurait… donc s'appliquer que dans la seule hypothèse où l'associé se trouverait… dans l'impossibilité absolue de céder ses parts sociales… Cette solution est commandée par des considérations économiques évidentes… de telles sociétés étant toujours soumises aux caprices de leurs membres* ».

obstacle à la mise en œuvre de ladite disposition en rachetant les parts de celui qui désire se retirer et le refus de l'associé pouvait être alors constitutif d'un abus de droit[268]. En outre, la jurisprudence considérait que l'introduction d'une clause de rachat dans les statuts paralysait également l'invocation de ladite disposition[269].

D'autre part, les tribunaux appréciaient la notion de contretemps de manière objective, « *en prenant appui sur des considérations économiques : le fait que la société est prospère permet d'établir que la demande intervient à contretemps* »[270]. Autrement dit, le droit de l'associé devait s'effacer devant l'intérêt de la société. Toutefois, cette interprétation était critiquable : en réservant la dissolution aux seuls cas d'exploitation déficitaire, elle malmenait nécessairement le principe d'interdiction des engagements perpétuels[271]. Partant, la disposition revêtait une portée jurisprudentielle bien moins importante que le texte ne le laissait apparaître.

51. La remise en cause de l'article 1869 du Code civil ? La réforme du 24 juillet 1966 a posé la question du maintien de l'application de l'article 1869 du Code civil aux sociétés commerciales[272]. D'une part, cette réforme a imposé aux associés la fixation d'un terme au contrat de société dans la limite de 99 ans. Partant, la société à durée indéterminée entendue *stricto sensu* n'existe plus. D'autre part, elle a organisé une procédure permettant à l'associé d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme de céder ses parts en cas de refus d'agrément. Partant, elle lui octroie ainsi la faculté de partir de la société et protège par suite sa liberté individuelle[273].

---

[268] B. Houin, th. préc., p. 142 ; E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, p. 239.

[269] E. Schaeffer, art. préc., p. 239-240 : cette possibilité atténue fortement le caractère d'ordre public de ce droit.

[270] J. Guyénot, « Les huit causes communes de dissolution des sociétés civiles et commerciales », *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct. p. 357, spéc. p. 402, note de bas de page n° 89 ; E. Schaeffer, art. préc., p. 227, spéc. p. 241 : l'auteur constate que « *c'est la considération de la marche de l'entreprise qu'ils* (les juges) *retiennent chaque fois que c'est possible* ».

[271] B. Houin, th. préc., p. 631 : l'auteur relève qu'une telle conception conforme à la conception institutionnelle de la société est inutile en ce que la protection de la société est suffisamment assurée par l'interprétation de la première condition, c'est-à-dire par l'interdiction faite à l'associé de se prévaloir de la disposition lorsque se présentent à lui d'autres moyens pour sortir.

[272] M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1098 ; B. Houin, th. préc., p. 150 et s. : la réforme du 24 juillet 1966 a toutefois fermé les possibilités d'application de l'ancien article 1869 aux SARL et aux SA en consacrant une procédure de rachat pour ces sociétés comme pour les sociétés à capital variable.

[273] J. Guyénot, art. préc., spéc. p. 397 ; I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 448, p. 483.

Fallait-il déduire de l'exigence de détermination d'un terme statutaire la disparition des sociétés illimitées ? Rien n'en n'était moins sûr[274]. Cette incertitude laissa place à deux écoles antagonistes. La première[275] soutenait la survie de la société à durée illimitée. Suivant celle-ci, le législateur n'avait posé pour seule obligation que d'inscrire dans les statuts une mention relative à la durée mais cette dernière pouvait aussi bien indiquer une durée déterminée ou indéterminée. En outre, la jurisprudence, favorable à une conception subjective de la perpétuité, avait en effet pu considérer qu'une société de personnes constituée[276] ou prorogée pour 99 ans[277], c'est-à-dire pour une durée manifestement supérieure à celle de la vie des associés, revêtait un caractère illimité. La seconde école alléguait la fin des sociétés commerciales à durée illimitée. En effet, avec la réforme du 24 juillet 1966, le législateur avait précisément recherché à remédier à l'insécurité juridique que générait l'article 1869 du Code civil. Il souhaitait empêcher que le destin d'une société prospère ne dépende que de la décision d'un seul associé au mépris de la volonté des autres[278]. Par conséquent, la réforme du 24 juillet 1966 laissait bien place à des incertitudes tant doctrinales que jurisprudentielles sur la volonté réelle du législateur. Ces dernières ont finalement été annihilées par la réforme du 4 janvier 1978 qui consacre clairement l'interprétation de cette dernière école.

B- LE REGIME POSTERIEUR A LA REFORME DE 1978 : LA RESILIATION UNILATERALE, CAUSE SPECIALE DE DISSOLUTION

52. L'abolition du principe de résiliation unilatérale. La réforme du 4 janvier 1978 a en effet eu le mérite de briser définitivement l'interprétation équivoque générée par le maintien de l'article 1869 du Code civil. Désormais et de manière certaine, la dénonciation unilatérale ne constitue plus une cause générale de dissolution. D'une part, toutes les sociétés doivent être affectées d'une durée déterminée. A défaut de stipulation statutaire, c'est la durée maximale de

[274] Y. Chartier, « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *D.* 1978, doct. 2917, n° 156 ; I. Pétel-Teyssié, th. préc., n° 449 et s., p. 484 et s.
[275] En ce sens, v. J. Azema, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 139, p. 112.
[276] CA Douai, 26 mars 1959, *Gaz. Pal*. 1959, 2, p. 247 ; *JCP G* 1959, II, 356, note J. R.
[277] Cass. com., 30 janvier 1963, *Bull. civ*. IV, n° 77 ; *JCP G* 1963, II, 13117, obs. R. Rodière ; Cass. com., 7 janvier 1969, *Bull. civ*. IV, n° 7 ; *JCP G* 1969, II, 15983, obs. P. Nectoux.
[278] E. Schaeffer, art. préc., spéc. p. 237 : cette possibilité offerte aux associés de résilier unilatéralement le contrat de société pouvait aboutir à « *la liquidation de l'entreprise pour un caprice qui mettra à néant la superstructure juridique. Pour la sauver, il faudrait reconstituer une nouvelle superstructure, ce qui ne va jamais sans troubles profonds ou frais disproportionnés* ».

99 ans qui trouve à s'appliquer de manière supplétive[279]. D'autre part, les dispositions de l'ancien article 1869 du Code civil ont été abrogées[280]. Certains auteurs regrettent la disparition de cette disposition puisque, par son interprétation raisonnable, la jurisprudence parvenait à concilier au mieux l'intérêt de l'associé avec l'intérêt de tous les autres et celui de la société[281]. En effet, il en résulte qu'avec l'abrogation de cette disposition, le principe de l'interdiction des engagements perpétuels se trouve partiellement malmené. Désormais, les associés des sociétés en nom collectif et les associés des sociétés en commandite, contraints de requérir l'unanimité des associés pour partir, peuvent se retrouver prisonniers toute leur vie durant. Cela porte donc nécessairement atteinte à leur liberté individuelle que recherchait justement à protéger l'ancien article 1869 du Code civil. Avec la consécration de la conception objective de la perpétuité, il n'y a plus guère que la société qui excède une durée de 99 ans qui est considérée comme illimitée[282], dont la sanction n'est pas la nullité mais la réduction à son terme maximal légal[283]. Cette évolution paraît surprenante étant donné la tendance actuelle du droit positif à privilégier la conception subjective de la perpétuité[284]. Toutefois, si la renonciation unilatérale ne constitue plus une cause générale de dissolution, elle n'a pas complètement disparu du paysage juridique[285].

---

[279] Y. Chartier, art. préc., n° 156 ; I. Pétel-Teyssié, Les durées d'efficacité du contrat, Thèse Montpellier I, 1984, n° 450, p. 485.

[280] Y. Chartier, art. préc., n° 156 ; M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1098 ; I. Pétel-Teyssié, th. préc., n° 450, p. 485 : l'auteur cite à son soutien la volonté univoque du législateur exprimée lors des travaux préparatoires. V. le rapport de M. Le Douarec, p. 15 : « *La fixation d'une durée déterminée a notamment pour effet de supprimer l'élément d'insécurité que constitue, dans les sociétés à durée illimitée, la possibilité pour tout associé de demander à tout moment la dissolution* ».

[281] R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc*. 1995, p. 437, spéc. p. 438 : l'auteur déplore cette abrogation au motif que « *son application nuancée par les tribunaux tenait la balance égale entre la volonté individuelle et les intérêts sociaux* », et souligne qu'en dépit de l'abrogation de l'article 1869 du Code civil, les tribunaux auraient pu maintenir leur jurisprudence : « *ce n'aurait été que la continuation d'une position plus ancienne, respectueuse de la spécificité de l'être moral créé par le contrat de société, en même temps qu'en parfaite cohérence avec la théorie générale des contrats* ».

[282] O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin, n° 16, p. 20.

[283] F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », in *Le droit face au temps, Droit et patr.* janvier 2000, p. 60, spéc. p. 68 : alors que le juge préfère ordinairement prononcer la nullité de l'engagement perpétuel, l'auteur souligne que « *le cas de la durée de la société s'inscrit dans un mouvement opposé* » puisque le juge lui préfère une simple diminution de la durée de la société au seuil légal de 99 ans.

[284] F. Rizzo, art. préc., spéc. p. 62.

[285] C. Lapoyade-Deschamps, « La liberté de se retirer d'une société », *D.* 1978, chron., p. 123, spéc. p. 125.

53. Le maintien exceptionnel de la résiliation unilatérale. Même si la résiliation unilatérale ne constitue plus une cause générale de dissolution, elle subsiste néanmoins comme cause spéciale de dissolution depuis la réforme du 4 janvier 1978.

D'abord, seule la fin de la société personnifiée à durée illimitée a été proclamée par la réforme de 1978. Il en résulte *a contrario* que les sociétés dépourvues de personnalité morale peuvent encore être constituées à durée indéterminée[286]. L'article 1872-2 du Code civil est pour le moins explicite et reprend les conditions posées par l'ancien article 1869 du Code civil[287]. Cela se justifie par la plus grande précarité de la situation des associés dans ces sociétés[288]. Si la substitution par le législateur du terme « illimitée » par celui d'« indéterminée » semblait signifier qu'il fallait exclure de son champ les sociétés à durée déterminée mais dont le terme est très éloigné[289], la jurisprudence ne semble pas s'être engagée dans cette voie. *A priori*, doivent être considérées comme à durée indéterminée les sociétés dont les statuts n'ont fixé aucun terme et les sociétés à durée illimitée[290]. Il semble, en revanche, que la jurisprudence antérieure conserve ici toute son utilité pour éclairer les notions de bonne foi et de contretemps dont le législateur n'a pas estimé nécessaire de le faire. Il est par conséquent possible de considérer qu'il faille restreindre la portée de cette disposition.

Ensuite, la dissolution par volonté unilatérale continue d'exister dans les sociétés personnifiées constituées d'un seul associé, telles les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée ou les sociétés par actions simplifiée unipersonnelle[291]. Toutefois, cette faculté de rupture

---

[286] K. Peglow, *Le contrat de société en droit français et en droit allemand*, LGDJ, 2003, préf. J.-B. Blaise, p. 440, note de bas de page n° 187 : cette possibilité de constituer une société sans détermination de durée constitue « *un élément de liberté supplémentaire par rapport aux sociétés dotées de la personnalité morale* ». Le renforcement de la liberté contractuelle dans ces sociétés contribue donc à renforcer leur caractère contractuel.

[287] L'article 1872-2, alinéa 1, du Code civil dispose que « *Lorsque la société en participation est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps* ». Ladite disposition est applicable aux sociétés créées de fait. V. Cass. com. 18 juin 1991, pourvoi n° 90-11581.

[288] C. Lapoyade-Deschamps, art. préc., spéc. p. 125 : « *autant la renonciation unilatérale n'a plus sa place là où l'intérêt de la société domine celui des associés, autant le procédé est plus justifié dans des groupements moins rigides, où la situation des membres est rendue plus précaire par l'absence de personnalité morale* ».

[289] *Contra* : M. Germain et F. Vickel, *Fasc. 20-40 : Durée de la société*, in *J-Cl soc*. Traité, 2006 : « *la notion de durée indéterminée doit certainement être entendue comme celle des sociétés à durée illimitée quand le droit de dissolution unilatérale résultait de l'ancien article 1869 du code civil : une durée de 99 ans doit être réputée indéterminée. Mais une durée inférieure peut également être jugée indéterminée dans la mesure où elle empêcherait l'associé de sortir de la société autrement que par la mort* ».

[290] En ce sens, v. Cass. com., 15 février 1994, n° 92-13325, *Bull. civ*. IV, n° 65 : justifie légalement sa décision déclarant qu'un associé était en droit de provoquer unilatéralement la dissolution d'une société en participation, la Cour d'appel qui retient que celle-ci avait été constituée pour une durée illimitée.

[291] L. Amiel-Cosme, v° La dissolution, in *Rép. soc*., Dalloz, 2009, n° 54.

unilatérale ne se présente pas comme la conséquence du principe d'interdiction des engagements perpétuels mais comme la conséquence du caractère unipersonnel de la société.

Enfin, la rupture unilatérale du contrat de société conserve une place même au sein des sociétés pluripersonnelles personnifiées. Par application du principe de la liberté contractuelle, le législateur offre implicitement aux associés la possibilité de prévoir dans les statuts une dénonciation unilatérale de la société indifféremment du caractère indéterminé ou non de la durée de la société[292] et de faire ainsi renaître les dispositions de l'ancien article 1869 du Code civil sous réserve d'un abus de droit. La dissolution pourrait être évitée en permettant aux autres associés de racheter les parts du retrayant[293] et le refus de l'offre de rachat par le retrayant pourrait être susceptible d'être sanctionné par la jurisprudence[294].

54. On constate donc qu'avec la consécration de la conception objective de la perpétuité, les limites de l'application du principe d'irrévocabilité au contrat de société se révèlent exceptionnelles. Cette appréciation objective de la perpétuité ne devient cependant acceptable qu'à la condition de conférer aux associés une protection effective contre un engagement de trop longue durée égalant celle de la société.

§2 LE MAINTIEN DES LIMITES CONCERNANT LE CONTRAT D'APPORT

55. C'est en référence à la nécessaire préservation de sa liberté individuelle que l'associé disposait *via* l'ancien article 1869 du Code civil de la possibilité de dissoudre unilatéralement la société à durée illimitée. Or, si l'impératif de sécurité juridique a conduit le législateur à supprimer une telle faculté, les autorités publiques demeurent soucieuses de protéger l'associé

---

[292] L'article 1844-7, 8° du Code civil dispose que « *la société prend fin pour toute autre cause prévue par les statuts* ». Ainsi que le souligne le Professeur Jean Guyénot dans son art. préc, spéc. p. 397: « *La lettre du texte « toute autre cause » est assez large pour permettre aux associés de prévoir une demande en dissolution par un associé à tout moment, sans qu'il y'ait lieu, de prendre en considération la durée de la société* ».

[293] M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1098.

[294] J. Guyénot, art. préc., spéc. p. 402, note de bas de page n° 89 : « *la jurisprudence précitée, interprétative de l'ancien article 1869 c. civ. pourrait s'appliquer, si bien que ne serait pas recevable la demande en dissolution par volonté unilatérale non faite de bonne foi et intervenant à contretemps. Or, il ne saurait y avoir bonne foi, si l'associé entend provoquer la dissolution, alors qu'il a la faculté de céder ses parts* ».

contre un engagement de trop longue durée[295]. L'entrée en société ne vaut guère entrée en religion avec prononcé de vœux perpétuels[296]. La jurisprudence (A) et le législateur (B) ont offert aux associés, conformément au droit commun des contrats, la faculté de se libérer prématurément du contrat de société et de mettre ainsi un terme à leur qualité d'associé.

A- LA CONSECRATION JURISPRUDENTIELLE DE LA RESILIATION UNILATERALE DU CONTRAT D'APPORT A DUREE EXCESSIVE

56. L'encadrement de la durée de l'engagement des coopérateurs. Dans le domaine des sociétés coopératives, la jurisprudence a explicitement retenu la conception subjective de la perpétuité. Ce faisant, elle a sanctionné à plusieurs reprises les engagements de coopérateurs considérés contractés pour une durée excessive[297]. Bien que déterminé objectivement, leur engagement devient révocable car il excède leur durée moyenne de vie. Dans plusieurs arrêts, la jurisprudence a eu l'occasion de réitérer sa solution en termes explicites : « *il résulte de l'article 52 de la loi du 24 juillet 1867, que les statuts spéciaux ne peuvent limiter l'exercice du droit pour chaque associé de se retirer de la société que dans la mesure compatible avec le respect de la liberté individuelle ; que tel n'est pas le cas lorsque l'engagement est conclu pour une durée illimitée ou même dans un lapse de temps supérieur à la durée moyenne de la vie humaine* »[298].

La jurisprudence entend ainsi explicitement protéger la liberté individuelle de l'associé comme n'importe quel autre contractant confronté à un engagement de durée excessive[299]. La durée excessive constitue toutefois un standard juridique qui varie selon les circonstances et ne

---

[295] M. Germain et F. Vinckel, *Fasc. 20-40 : Durée de la société*, in *J-Cl, soc*., 2006 : « *la pérennité de la société, agent économique du marché, n'est pas en soi une atteinte à la circulation des richesses ; elle n'est pas en principe attentatoire à la liberté individuelle, sous réserve cependant que les associés puissent quitter la société* ».

[296] M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26e éd., Litec, 2013, n° 373.

[297] F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », in *Le droit face au temps, Droit et patr*. janvier 2000, p. 60, spéc. p. 64-65 : traditionnellement rattachée aux contrats de travail et aux clauses d'inaliénabilité, la conception subjective de la perpétuité a été étendue aux engagements des coopérateurs ; en ce sens, v. T. Bonneau, *Fasc. 70 : La durée des contrats*, in *J-Cl civ*. 2007, n° 110.

[298] Cass. 1ère civ., 3 juillet 1973, *Bull. civ*. I, n° 228 ; *RTD com*. 1974, p. 549, n° 5, note R. Saint-Alary ; Cass. civ. 1ère, 27 avril 1978, *Bull. Civ*. I, n° 161, *Rev. soc*. 1978, p. 772, note C. Atias ; Cass. civ. 1ère, 31 janvier 1989, *JCP* G, II, 21294, note J.-F. Barbiéri.

[299] C. Corgas-Bernard, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, PUAM, 2006, préf. C. Jamin, n° 259, p. 138 : « *la protection de la liberté individuelle et de la dignité humaine ne tolère pas que le contractant se lie pour une durée excessivement longue, le privant de sa liberté d'action* ».

s'assimile pas aux seuls engagements perpétuels. Son champ est plus large[300] et s'analyse *in concreto*[301]. Aussi, plutôt que de se référer à la durée de vie humaine des coopérateurs, la jurisprudence a-t-elle choisi de manière opportune d'apprécier le caractère excessif de la durée par comparaison à la durée de vie professionnelle. C'est ainsi qu'elle a pu estimer que « *l'engagement du coopérateur stipulé pour une durée de trente ans est valable car étant d'une durée inférieure à la moyenne de la vie professionnelle, aucune atteinte n'était portée à la liberté individuelle* ». A l'inverse, elle a pu considérer qu'un engagement de 36 ans ne l'était pas « *car un tel laps de temps excède la durée moyenne de la vie professionnelle d'une société coopérative* »[302].

Cette conception subjective de la perpétuité se justifie par le caractère nécessairement contraignant des engagements pris par les coopérateurs. En effet, ces derniers ne sont pas tenus uniquement d'une obligation négative consistant à ne pas réclamer la valeur de leur apport mais « *souscrivent simultanément et de façon distincte une obligation de fourniture de leur production susceptible de se révéler, à terme, pesante* »[303]. On peut s'étonner et regretter à plus forte raison que la jurisprudence n'ait pas conservé cette conception subjective concernant les engagements des associés de sociétés à responsabilité illimitée sur lesquels pèse une obligation aux dettes sociales incontestablement contraignante. Cette jurisprudence mériterait à cet égard d'être étendue aux engagements des associés des sociétés en nom collectif qui ont perdu tout moyen efficace de quitter la société.

57. L'originalité de la sanction. La jurisprudence fait toutefois preuve d'originalité concernant la sanction prononcée à l'égard de l'engagement excessif. Si, traditionnellement, les engagements perpétuels sont sanctionnés par la nullité, la jurisprudence a choisi dans un arrêt du 18 janvier 2000 de sanctionner l'engagement excessif du coopérateur par l'octroi d'un droit de résiliation unilatérale. En l'espèce, les statuts de la société coopérative agricole précisaient

---

[300] C. Corgas-Bernard, th. préc., n° 264, p. 140 : « *De manière générale, un contrat à terme a une durée excessive lorsque son échéance est jugée trop lointaine* ». Plus précisément, l'auteur ajoute dans sa thèse préc., n° 276, p. 144-145 : « *De manière générale, le caractère excessif de la durée se mesure à l'aune de la durée normale de la convention, c'est-à-dire au regard de sa juste durée, de sa durée raisonnable. La durée excessive est celle qui est largement supérieure à cette durée raisonnable* ».

[301] A. Van Eeckhout, « Intervention lors du colloque la durée et les contrats », *RDC* 2004, p. 188-195 spéc. p. 189.

[302] Cass. civ. 1ère, 18 janvier 2000, *Juris-Data* n° 2000-000079 ; *Bull. civ.* I, n° 10, *Bull. Joly soc.* 2000 p. 560, § 123, note J. Cathelineau ; *Dr. soc.* 2000, comm. 116, note T. Bonneau.

[303] F. Bujoli, *La durée du contrat*, thèse Nice Sophia-Antipolis, 2007, n° 117, p. 62.

qu'elle avait une durée de 50 ans à compter de sa constitution définitive, celle-ci prenant fin le 2 juin 2002, sauf prorogation ou dissolution anticipée. Quant à la durée de l'engagement des associés coopérateurs, elle était calquée sur la durée de la société coopérative. Or, la Cour de cassation a considéré « *que cet engagement, qui avait commencé à courir en 1966, venait à expiration, en principe, en 2002, (et que) la Cour d'appel a retenu qu'il ne respectait pas la liberté individuelle de celui qui l'avait souscrit, ce laps de temps étant égal ou supérieur à la durée moyenne de l'activité professionnelle d'un exploitant agricole ; qu'elle en a justement déduit que l'associé coopérateur, successeur de son père dans ce même délai, était en droit de se retirer de la coopérative avant l'expiration du temps pour lequel elle avait été constituée* ». Ce faisant, la Cour de cassation légitime au bénéfice de l'associé la sanction de la résiliation unilatérale de l'engagement excessif plutôt que sa nullité[304]. La solution, conforme au droit européen[305], revient indirectement à assimiler le contrat à durée excessive à un engagement à durée indéterminée. En effet, la sanction se limite en réalité à la seule clause des statuts prévoyant une durée excessive d'engagement. Il s'ensuit qu'en annulant la seule clause de durée, le contrat dégénère en un contrat à durée indéterminée justifiant le droit de retrait. Cette solution privilégiant l'octroi d'un droit de résiliation unilatérale à celle de la nullité de l'engagement excessif ou perpétuel n'est pas nouvelle en droit des sociétés. Elle était déjà plébiscitée par l'ancien article 1869 du Code civil.

58. L'extension de la solution aux apporteurs en industrie ? Cette jurisprudence favorable à la conception subjective de la perpétuité semblerait d'ailleurs pouvoir être étendue de

[304] M. Germain et F. Vinckel, *Fasc. 20-40 : Durée de la société*, in *J-Cl soc*. 2006, §16 : « *la protection de la liberté individuelle serait vaine si l'associé ou le tiers était dissuadé de solliciter la nullité en perdant les avantages offerts par le contrat : ainsi les restitutions qu'imposeraient l'anéantissement total de l'accord de coopération pourraient faire reculer celui qui s'est imprudemment engagé au-delà de sa vie professionnelle* » ; D. Bakouche, « La sanction de la durée excessive d'une obligation contractuelle », *Lexbase hebdo, éd. Affaires*, n° 51 du 12 décembre 2002 : « *Le respect de la volonté des parties est mieux assuré par la réduction que par l'anéantissement total de l'acte* » ; en ce sens, v. E. Putman, « Le temps et le droit », *Droit et patr*. janvier 2000, p. 43, spéc. p. 49 : « *L'horreur du droit pour l'infini est corrigée par sa faveur pour le contrat* ». Toutefois, v. F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », in *Le droit face au temps, Droit. et patr*. n° 78, janvier 2000, p. 60, spéc. p. 61 : à suivre l'auteur, une distinction doit être opérée selon que la conception de la perpétuité est objective ou subjective : si dans la première, les deux sanctions, nullité et réduction, sont envisageables, dans la seconde, seule la nullité peut être prononcée, puisque la réduction suppose une fixation arbitraire du terme par le juge.

[305] Les principes du droit européen des contrats traitent le contrat perpétuel de la même manière qu'un contrat à durée indéterminée. V. C. Witz, « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 175.

manière générale aux apporteurs en industrie. Leur situation étant proche de celle visée par l'article 1780 du Code civil, la perpétuité devrait être considérée à l'aune de la conception subjective. Là encore, l'engagement de l'associé devrait échapper toutefois au vice de perpétuité si l'apporteur dispose de la faculté de sortir le la société par une cession de ses parts ou s'il bénéficie d'un droit de retrait[306]. Monsieur Thierry Favario s'étonne même qu'en contrepartie de l'ancien article 1869 du Code civil, le législateur n'ait pas prévu explicitement un droit de retrait au bénéfice de l'apporteur en industrie moyennant le respect d'un préavis et l'absence d'un abus[307]. En dehors des coopérateurs, c'est le législateur qui s'est préoccupé d'organiser des moyens de sortie prématurée pour les associés dont l'engagement calqué sur celui de la société est présumé excessif.

B- LA CONSECRATION LEGALE DE LA RESILIATION UNILATERALE DU CONTRAT D'APPORT A DUREE EXCESSIVE

59. De manière *a priori* paradoxale, la loi du 4 janvier 1978 a délaissé la conception subjective de la perpétuité concernant le contrat de société. Toutefois, et dans un même temps, elle a implicitement consacré la conception subjective de la perpétuité concernant le contrat d'apport.

En effet et généralement, l'associé qui entre dans la société ne souhaite pas y demeurer jusqu'à son terme statutaire qui peut s'avérer très éloigné[308]. Partant et préservant l'intérêt collectif[309], le législateur présume *de facto* que l'engagement des associés est à durée excessive et leur accorde en conséquence le droit de résilier par anticipation son seul contrat d'apport (1). De

---

[306] I. Pétel-Teyssié, *Fasc. Unique : Louage d'ouvrage et d'industrie, Contrat de travail : généralités. Prohibition de l'engagement perpétuel*, in *J-Cl. civ*. 2008, n° 41.

[307] T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 64.

[308] M. Germain et F. Vinckel, *Fasc. 20-40 : Durée de la société, J-Cl. soc*. 2006, §4 : « *si l'apporteur souhaite la perpétuation de la société qu'il constitue, il n'entend pas lui demeurer indéfiniment lié. Autrement dit, l'associé ne s'engage pas de façon illimitée mais simplement de façon indéterminée* » ; en ce sens, v. R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc*. 1995, p. 437, spéc. p. 447 : « *dans le cas le plus général, les parties ne précisent rien quant à la durée de leur engagement social, ce qui ne signifie pas qu'il soit voulu de la durée de la société elle-même* ».

[309] V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 46 et n° 47, p. 76-77: « *L'intérêt collectif permet d'opérer une jonction entre les intérêts individuels des associés et l'intérêt de tous, afin de permettre la réalisation effective des libertés de chacun… L'intérêt collectif doit alors être apprécié comme permettant de faire une synthèse raisonnable des intérêts distincts des associés* ».

manière exceptionnelle, cependant, le législateur prive l'associé d'une telle faculté et, en conséquence, néglige sa liberté individuelle (2).

1- Le principe : la résiliation unilatérale du contrat d'apport

60. Légitimité de l'application relative du principe d'irrévocabilité. En raison de la présomption de longue durée du contrat de société et par suite de celle des engagements dont sont tenus les associés, l'application seulement relative du principe d'irrévocabilité concernant la qualité d'associé est légitime. En effet, tant que le contrat de société dure, l'associé est tenu d'une obligation négative contraignante, celle de ne pas réclamer le montant de ses droits sociaux[310]. Or, les associés étant libres de fixer l'échéance du contrat de société à hauteur de 99 ans, l'arrivée de ce terme peut apparaître très éloignée[311] à des associés soucieux de pouvoir récupérer la valeur de leurs droits sociaux. C'est ce qui conduit le Professeur Rémy Libchaber à évoquer l'existence d'un paradoxe concernant la société : les fondateurs recherchent la pérennité du contrat de société sans pour autant souhaiter la pérennité de leur qualité d'associé et, donc, la pérennité de leur contrat d'apport[312]. Aussi la présomption de durée excessive des engagements des associés a-t-elle conduit le législateur à concevoir des moyens de sortir prématurément de la société.

61. La cession de parts sociales. La cession de parts sociales[313] constitue le premier et principal moyen[314] mis en œuvre par le législateur pour satisfaire le principe d'interdiction des

---

[310] I. Petel-Teyssié, th. préc., n° 13, p. 13. A cette obligation, s'ajoute pour certaines sociétés, une obligation aléatoire, l'obligation aux dettes sociales contractée au bénéfice des tiers. C'est pour éviter que le risque ne se réalise et que les associés paient les tiers sur leur patrimoine, qu'ils peuvent également souhaiter partir.

[311] P. Hebraud, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Mél. P. Kayser*, T. 2, PUAM, 1979, p. 1, spéc. p. 24 : « *Mesure de sagesse, inspirée par la précarité des prévisions à très longue durée, et le danger d'engagements qui lanceraient dans l'inconnu, hors de toute prévisibilité raisonnable ; cette durée, qui peut être prolongée par le renouvellement, représente, sinon la perpétuité, du moins la longue durée* ».

[312] R. Libchaber, art. préc, spéc. p. 447 : l'auteur évoque l'existence d'une « *ambivalence consubstantielle aux sociétés : les fondateurs créent un être dont ils aimeraient qu'il se perpétue dans le temps car c'est la manifestation même de leur collective réussite en même temps qu'ils n'entendent pas être liés par la perpétuation de cet être, car cela leur ferait perdre les avantages qui autrement procèderaient de la cessation de l'implication sociale. Ce qui signifie que l'ambiguïté est clairement au cœur des sociétés, dont les associés souhaitent tout à la fois la perpétuité, mais que cette perpétuité ne se répercute pas sur leur engagement* ».

[313] Notion utilisée ici dans son sens générique pour désigner la transmission des droits sociaux. V. Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n°52 : L'auteur souligne en effet la polysémie du mot cession : « *Tantôt le mot « cession » est utilisé dans son sens étroit, et techniquement correct, de mode d'aliénation s'opposant à la négociation (L. 221-13 et 223-14). Tantôt le même terme, pris dans un sens large, désigne la transmission de valeurs mobilières négociables (art. L. 228-23). Mieux*

engagements perpétuels et, plus généralement, pour sauvegarder la liberté individuelle des associés contractants. En effet, cette liberté de céder son contrat d'apport *via* la cession de ses parts sociales offre une première échappatoire à l'associé qui a perdu tout *affectio societatis* et manifeste un désintérêt pour les affaires sociales. Par la cession de ses parts sociales, il « résilie » en définitive sa qualité d'associé. A l'instar de tout contractant qui ne peut être lié à vie à son contrat, l'associé doit pouvoir se départir de son engagement à durée successive quand bon lui semble et éviter ainsi qu'il ne devienne un élément perturbateur pour la société[315].

Dans les sociétés dépourvues d'*intuitus personae*, dont la société cotée est l'exemple typique, l'associé pourra partir de la société dès lors qu'il a trouvé un cessionnaire. En ce sens, l'associé bénéficie d'une sorte de résiliation unilatérale imparfaite de son contrat d'apport puisque, si son contrat d'apport se perpétue avec son cessionnaire, il n'a pas à obtenir l'assentiment de la société pour se départir de son engagement ainsi cédé. Le cessionnaire le substituera alors dans ses droits et obligations envers la société en devenant partie au contrat de société et perpétuera le contrat d'apport conclu initialement par l'associé cédant. Il n'y a donc pas de véritable résiliation du contrat d'apport au sens d'extinction puisque celui-ci se poursuit au travers de la cession opérée.

En revanche, dans les sociétés pourvues d'*intuitus personae*, les associés conservent toujours la possibilité de céder leurs droits sociaux, mais sous réserve de respecter la procédure d'agrément et d'obtenir le consentement de leurs coassociés. Pour autant, depuis la réforme du 24 juillet 1966, le refus d'agrément n'est jamais qu'un obstacle temporaire[316]. En effet, concernant

---

vaudrait utiliser le terme « aliénation » pour viser les transmissions de propriété de droits sociaux en général et réserver le terme « cession » aux parts sociales et « négociations » aux valeurs mobilières ».

[314] B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 517 : « *il est très rare qu'un associé puisse quitter un groupement fondé pour une durée déterminée autrement qu'en cédant ses parts* » ; B. Saintourens, « La liberté de se retirer d'une société », in *Mél. C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 315, spéc. p. 315 : « *le plus sûr moyen de quitter une société est de trouver un volontaire pour prendre sa place* ». V. *supra*, n° 37 et s.

[315] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 200, p. 129 : « *aucun associé ne saurait être tenu éternellement dans la société. C'est pourquoi les principes généraux du droit consacrent le droit fondamental de transmettre ses parts ou actions. Le désir de quitter la société est d'autant plus légitime que celle-ci s'analyse en un contrat successif où la volonté perd de sa force créatrice et de son dynamisme au fil du temps. En outre, l'associé prisonnier dans la société risquerait d'en menacer la survie par l'apparition de conflits et d'antagonismes entre les membres* ».

[316] R. Roblot, *L'agrément des nouveaux actionnaires*, in *Mél. D. Bastian*, T. 1, Libr. Techniques, 1974, p. 283 et s. : avant la réforme du 24 juillet 1966, la Cour de cassation se montrait réticente à admettre la validité des clauses d'agrément dès lors que celles-ci n'étaient pas accompagnées d'une clause de préemption. En introduisant par la loi du 24 juillet 1966 l'obligation de rachat en cas de refus d'agrément, le législateur parvient ainsi à concilier l'intérêt

les sociétés par actions[317] ou les sociétés à responsabilité limitée[318], la société dispose d'un délai de trois mois pour accepter ou refuser le cessionnaire. En cas de refus, la société dispose à nouveau d'un délai de trois mois pour acquérir ou faire acquérir les actions ou parts sociales. En somme, la procédure d'agrément ne diffère en principe que d'un délai maximum de six mois le départ de l'associé[319]. En effet, à défaut de réponse ou de réalisation du rachat[320] dans le délai imparti, l'agrément est réputé acquis. Il en est de même concernant les clauses d'inaliénabilité, puisque si le législateur s'est prononcé explicitement en faveur de leur validité dans les statuts des sociétés par actions simplifiées, ce n'est qu'à la condition que celles-ci soient limitées dans leur durée[321]. Les atteintes aux attributs du droit de propriété et à la liberté individuelle sont donc tolérables car limitées dans le temps[322]. Cette condition préalable imposant la présentation et l'agrément du cessionnaire a ainsi pour seul objectif de préserver l'*intuitus personae* dans la société. Si ce dernier ne satisfait pas aux associés restants, ces derniers, ou la société, seront tenus d'acquérir ou de faire acquérir les parts de l'associé souhaitant se retirer. Ce régime est sans aucun doute appréciable puisqu'il permet de concilier les intérêts en présence[323]. Sous le régime de l'ancien article 1869 du Code civil, cet équilibre existait déjà puisque la résiliation unilatérale offerte par cette disposition ne pouvait être mise en œuvre que lorsque l'associé se trouvait dans l'impossibilité de céder ses parts. Ainsi que l'a mis en exergue le Professeur Jean-Claude Hallouin, ce n'est pas le droit de rupture qui est d'ordre public mais la faculté de partir de la société[324]. Dès lors, même lorsque la société est teintée d'*intuitus personae*, l'associé peut se démunir prématurément de sa qualité et les autres associés ne peuvent l'en empêcher. En cela, il dispose, là encore, d'une sorte de droit de résiliation unilatérale imparfaite du contrat d'apport.

---

individuel, en protégeant l'associé contre un engagement perpétuel, et l'intérêt des autres associés, en évitant l'intrusion de personnes qu'ils jugent indésirables.

[317] Article L. 228-24 du Code de commerce.

[318] Article L. 223-14 du Code de commerce.

[319] Ce délai peut être exceptionnellement prorogé par décision de justice (pour les sociétés par actions : article L. 228-24, dernier alinéa ; pour la SARL : article L. 223-14, alinéa 3). Toutefois, le délai ne peut être prorogé qu'une seule fois et dans la limite d'un délai de six mois.

[320] La réalisation du rachat s'entend du moment où il y a accord des parties sur la chose et le prix et non du moment de la réalisation de la réduction du capital social. V. Cass. com., 17 octobre 1989.

[321] L'article L 227-14 du Code de commerce dispose que la durée des clauses d'inaliénabilité ne peut excéder une durée de dix ans.

[322] V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, p. 65 et s.

[323] J.-C. Hallouin, *Sur le refus d'agrément*, in *Mél. J. Paillusseau*, *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 313, spéc. p. 314.

[324] *Ibid*.

Toutefois, si la liberté individuelle de l'associé se trouve ainsi théoriquement préservée, cette protection ne se révèle en réalité que partielle puisque l'associé demeure condamné à rester dans la société tant qu'il n'aura pas trouvé de cessionnaire. Aucune limite de temps n'étant fixée pour sa quête, l'associé, dépendant de l'état du marché, peut rester tenu de son engagement toute la société durant[325]. Par conséquent, le seul droit de céder ou de négocier ses droits sociaux ne suffit pas à prémunir de manière certaine l'associé contre un engagement à vie. C'est ce qui conduit le Professeur Christian Lapoyade-Deschamps à qualifier ce moyen de « *fausse sortie* »[326]. Il ne dispose finalement que d'une résiliation unilatérale conditionnelle puisque, pour mettre fin à sa qualité d'associé, cela suppose d'abord de rechercher un cessionnaire. Cependant, cette obligation de trouver un cessionnaire se révèlera en principe peu contraignante dès lors que la société est *in bonis*[327]. Dès lors, n'est-il pas opportun d'offrir aux associés un véritable droit de résiliation unilatérale et les soustraire ainsi à l'obligation de rechercher un remplaçant dans leurs relations contractuelles, autrement dit, de leur consacrer un véritable droit de retrait[328] ?

62. Le droit de retrait. Le droit de retrait permet de mettre fin à une série d'obligations réciproques : l'associé cesse d'être obligé à l'égard de ses coassociés et de la société et ceux-ci cessent également de l'être à son égard après remboursement de ses parts sociales. Le droit de retrait constitue un véritable droit de résiliation unilatérale du contrat d'apport car, à la différence de la cession, l'extinction de sa qualité d'associé n'est pas conditionnée à l'acceptation d'un cessionnaire[329], obligation particulièrement contraignante en l'absence de marché. On comprend alors que la liberté de retrait soit une liberté particulièrement convoitée par les associés[330]. Ce droit, souvent qualifié de dissolution partielle, se différencie toutefois de la dissolution *stricto*

---

[325] Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd. LGDJ, 2002, n° 52 : « *le droit de céder ses parts ou de négocier ses actions ne suffit pas à garantir à l'associé qu'il peut quitter la société à tout moment. En effet, sauf dans les sociétés cotées, le marché des droits sociaux est souvent inexistant, de telle sorte que l'associé, surtout s'il est minoritaire, peut ne trouver aucun acquéreur* » ; en ce sens, v. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 204, p. 130.

[326] C. Lapoyade-Deschamps, « La liberté de se retirer d'une société », *D.* 1978, chron., p. 123, spéc. p. 125 : il s'agit là d'une « *fausse sortie* » puisqu' « *il n'est pas de vraie liberté qui requière le consentement d'autrui* ».

[327] L. Guillouard, *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2e éd., G. Pedone-Lauriel, 1892, n° 333.

[328] Y. Guyon, *op. cit.*, n° 55. La sortie des associés est d'autant plus facilitée dans les sociétés cotées en bourse depuis de récentes réformes qui ont octroyé aux minoritaires un quasi droit de retrait.

[329] Y. Guyon, *op. cit.*, n° 53 : cette liberté inconditionnelle fait du droit de retrait « *la manifestation la plus éclatante du droit qu'a l'associé de quitter une société* ».

[330] B. Saintourens, « La liberté de se retirer d'une société », in *Mél. C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 315, spéc. p. 316.

sensu. Alors que cette dernière fait disparaître le pacte social dans son entier, vis-à-vis des autres associés et vis à vis des tiers, le retrait ne met fin qu'à l'engagement de l'associé retrayant envers la société. En somme, il n'est mis fin qu'au seul contrat d'apport l'unissant à la société. Le contrat de société, lui, subsiste[331]. Si ce droit de retrait aboutit à fragiliser la force obligatoire du contrat de société[332], il ne constitue que l'une des manifestations du principe de droit commun des contrats qui permet à l'associé de rompre unilatéralement son contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou à durée excessive sous réserve d'un abus de droit[333].

Non seulement la généralisation de ce droit à toutes les formes de sociétés octroierait aux minoritaires un instrument de lutte contre les abus menés dans la politique des majoritaires[334], mais elle constituerait également un moyen efficace pour dissuader l'associé prisonnier de chercher à nuire à la société et la conduire à sa perte[335]. On peut donc s'étonner de prime abord que les milieux d'affaires n'y soient pas favorables et qu'il fasse assez largement figure d'intrus dans le droit des sociétés[336]. Pourtant, la raison de cette hostilité est évidente : si le droit de retrait satisfait l'intérêt individuel de l'associé, il aboutit cependant à déprécier l'intérêt des autres associés, des créanciers et de la société[337]. L'on comprend donc que ce moyen de sortie soit exploité avec circonspection[338] et qu'il ne constitue pas la technique la plus usitée par le

---

[331] B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 226 : « *la rupture n'est pas absolue mais relative : elle ne joue qu'entre celui qui se retire et le groupement. Celui-ci subsiste, sans modification autre que celle apportée au capital social* ». L'affirmation doit toutefois être nuancée : si la rupture est relative concernant le contrat de société, elle revêt en revanche un caractère absolu concernant le contrat d'apport unissant l'associé retrayant à la société. L'auteur précise dans sa thèse, p. 66 : « *C'est là un effet très particulier de la rupture qui dissocie de l'acte collectif l'expression de la volonté d'un seul* ».

[332] M. Desblandes, « La séparation d'associés », *Dr. soc*., *Actes pratiques*, décembre 1997, p. 5, spéc. p. 17.

[333] Y. Guyon, *op. cit.*, n° 53 : « *A l'inverse, le retrait est l'une des manifestations du principe selon lequel un engagement conclu sans limitation ou pour une durée trop longue peut être résilié à tout moment, dès lors que l'intéressé n'agit pas de mauvaise foi ou à contretemps* ».

[334] O. Douvreleur, « Faut il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires ? », in *La stabilité du capital et le pouvoir dans les sociétés par actions*, *RJC* 1991, n° spéc. p. 122 ; A.-M. Frison-Roche, « L'hypothèse d'un droit général de retraite des minoritaires », *Cah. dr. ent.* 1996, n° 4 p. 19 ; H. Hovasse, « Le retrait d'associé et la gestion du patrimoine » ; Y. Guyon, *op. cit*., n° 53 ; E. Georges, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, LGDJ, 2005, préf. J.-J. Daigre ; v. également la proposition de reconnaissance d'un droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées : P. Marini, *LPA*, 4 novembre 1998, p. 37.

[335] Y. Guyon, *op. cit.* , n° 53.

[336] *Ibid*.

[337] V. *Supra*, n° 38 et 39.

[338] L. Guillouard, *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2e éd., G. Pedone-Lauriel, 1892, n° 333 : « *le droit de rompre un contrat par la volonté d'une seule des parties est un droit exorbitant, et il n'y a pas lieu de l'accorder aux associés qui peuvent se soustraire autrement à la perpétuité du contrat, alors même que le moyen à eux accordé présenterait des difficultés* ».

législateur pour se conformer au principe d'interdiction des engagements perpétuels[339]. Aussi, même lorsqu'il est admis, le droit de retrait se trouve-t-il subordonné à d'importantes conditions de mise en œuvre[340], qui en fait une « *liberté surveillée* »[341]. On ne saurait admettre que la seule perte d'*affectio societatis* soit suffisante à autoriser l'associé à se désengager[342]. En réalité, seul compte le fait que l'associé dispose d'une porte de sortie, peu important qu'il doive d'abord en trouver la clé pour pouvoir la franchir. Si l'on peut se réjouir de cette solution « compromis » en tant qu'elle réalise un équilibre entre les différents intérêts en présence, il apparaît, en revanche, beaucoup plus discutable de supprimer toute possibilité de rupture unilatérale. C'est pourtant le choix qu'a adopté le législateur s'agissant de certaines sociétés.

2- L'exception : l'exigence d'un *mutuus dissensus* pour résilier le contrat d'apport

63. L'exigence d'un *mutuus dissensus* pour mettre fin à sa qualité d'associé est inopportune en ce qu'elle peut conduire l'associé à demeurer longtemps dans une société envers laquelle il a perdu tout *affectio societatis*. Partant, il peut être incité à perturber le fonctionnement de la société (a), et ce d'autant que les remèdes qui s'offrent à lui pour s'échapper se révèlent peu efficaces (b).

a- L'inopportunité de l'exigence d'un *mutuus dissensus*

64. L'exigence exceptionnelle d'un *mutuus dissensus*. L'exigence *sine qua non* d'un *mutuus dissensus* pour se départir de sa qualité porte nécessairement atteinte à la liberté individuelle de l'associé, lequel pourra être conduit à demeurer dans la société toute sa vie durant. Pourtant, c'est dans cette voie que s'est orienté le législateur s'agissant de la société en nom collectif. Le législateur a jusqu'au bout pris en considération l'*intuitus personae* particulièrement intense dans cette société[343] en obligeant l'associé qui a essuyé un refus d'agrément à demeurer

[339] I. Sauget, note sous CA Chambéry, 20 déc. 1990, SCI, Le Richmond II c/ Madhi, « Absence de droit de retrait dans les sociétés d'attribution en jouissance », *Bull. Joly soc*. 1991, n° 9, p. 822.
[340] V. *supra*, n° 39.
[341] B. Saintourens, « La liberté de se retirer d'une société », in *Mél. C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 315, spéc. p. 321.
[342] B. Saintourens, art. préc., spéc. p. 315 ; v. *supra*, n° 39.
[343] J.-C. Hallouin, « Sur le refus d'agrément », in *Mél. J. Paillusseau*, *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 313, spéc. p. 314.

prisonnier de la société et de ses coassociés. Le régime de cession est d'autant plus rigoureux que, contrairement à d'autres législations étrangères, l'unanimité des associés est exigée quelle que soit la personne du cessionnaire (un tiers ou un associé)[344].

65. Appréciation critique. Il est vrai que la solution se justifie au regard du fort degré d'*intuitus personae* dont est dotée la société, lequel se trouve renforcé par l'existence d'une obligation aux dettes sociales à la fois indéfinie et solidaire[345].

Toutefois, l'application trop rigoureuse du principe d'irrévocabilité semble contestable dans une double mesure.

En premier lieu, si les engagements des associés sont bien limités à la durée nécessairement déterminée la société, leur durée parfois excessive peut aboutir à porter atteinte à leur liberté individuelle. Aussi, en tant que contractants, les associés doivent-ils pouvoir bénéficier de la théorie générale des contrats[346] et l'éloignement potentiel du terme statutaire justifierait de retenir une conception subjective de la perpétuité[347]. Il n'est en effet guère certain qu'en fixant une très longue durée concernant le contrat de société *stricto sensu*, l'associé ait souhaité que cette durée soit celle de sa qualité d'associé. En d'autres termes, si la durée du

[344] I. Kamoun, *La permanence de la qualité d'associé*, Mémoire Sfax Tunisie, 2006 : le droit tunisien par exemple se montre quant à lui moins strict en cantonnant l'exigence d'unanimité à la cession aux tiers. A cet égard, l'auteur reproduit l'article 56 du Code des sociétés commerciales : « *à l'exception des cas expressément prévus dans l'acte constitutif de la société, l'associé ne peut céder sa part d'intérêt à un tiers sauf consentement unanime des autres associés et à condition de se conformer aux obligations de publicité* ».

[345] Cette obligation aux dettes sociales existe également dans les sociétés civiles. Toutefois, si l'obligation est indéfinie, elle n'est pas solidaire dans ces sociétés mais seulement conjointe.

[346] R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc*. 1995, p. 437, spéc. p. 438 : « *On peut considérer cela comme légitime, l'intérêt de la société étant de détacher de ceux qui l'ont formée pour vivre l'existence la plus autonome. Mais à toujours envisager la nature de la société du point de vue de l'être moral et de ses besoins, on finit par oublier que le point de vue et l'intérêt de l'associé sont également spécifiques et dignes de considération, et que les associés ont bel et bien passé entre eux un contrat dont leurs droits et obligations sociaux demeurent un effet. D'où l'on pourrait attendre, que sinon la société elle-même, du moins chaque associé puisse bénéficier de la théorie générale du contrat, au moins en ce qui concerne les conséquences de la durée* ».

[347] En ce sens, v. M. Coipel, « La contractualisation des causes de dissolution des sociétés », in *Mél. R. De Valkenner, A l'occasion du 125e anniversaire de la revue du notariat Belge, Bruxelles*, 2000, p. 147, spéc. p. 159 : La durée de la société pouvant être fixée à 99 ans « *seule une vision purement abstraite des choses permet de dire que les associés fondateurs ne sont pas liés à vie* ». C'est dire si le principe de l'interdiction des engagements perpétuels est malmené ; R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 110, p. 101 : il faut apprécier « in concreto *l'entrave occasionnée par la durée de l'engagement* ».

contrat de société est, certes, déterminée, les associés n'ont pas pour autant exprimé leur volonté de faire de manière analogue de leur contrat d'apport un engagement à durée déterminée[348].

En second lieu, sur un plan pratique, la solution engendre des effets pervers. En effet, l'associé prisonnier sera enclin à perturber le fonctionnement de la société et à ne plus exécuter ses obligations[349]. Pour cette raison, la société n'a aucun intérêt à garder en son sein un associé dépourvu de tout *affectio societatis* et qui souhaite être délivré de ses chaînes contractuelles[350].

La solution apparaît d'autant plus regrettable que les remèdes envisageables pour pallier de tels inconvénients se révèlent peu ou partiellement efficaces.

b- Des remèdes peu efficients

66. Tout un panel de remèdes semble de prime abord s'offrir à l'associé qui souhaite renoncer prématurément à sa qualité d'associé. Se pose toutefois la question de la valeur de ces remèdes. Les associés qui s'exposent à un refus d'agrément ne pourront que difficilement se départir de leurs chaînes contractuelles (i), et ne pourront pas davantage efficacement anticiper ces difficultés de sortie par une prévision statutaire (ii).

i- Les remèdes *a posteriori*

67. Une pluralité de remèdes *a posteriori* semble à première vue se présenter pour l'associé en nom qui souhaite quitter la société.

68. La mésentente. Premier remède envisageable, l'associé peut tenter de trouver une échappatoire *via* l'invocation d'une mésentente sur le fondement de l'article 1844-7, 5° du Code

[348] En ce sens, v. M. Germain et F. Vinckel, *Fasc. 20-40 : Durée de la société*, in *J-Cl. soc*., Traité, § 5, 2006 : « *Si l'apporteur souhaite la perpétuation de la société qu'il constitue, il n'entend pas lui demeurer indéfiniment lié. Autrement dit l'associé ne s'engage généralement pas de façon illimitée mais simplement de façon indéterminée* ».

[349] M. Azoulai, « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 1, spéc. p. 11 : « *le sentiment d'être prisonnier d'une société… risque d'acculer le sociétaire à ne plus accomplir ses engagements, à multiplier les causes de mésintelligence qui consomment la ruine de la société* » ; en ce sens, v. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 200, p. 129.

[350] B. Dondero, « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », in *Société et Contrat, Journ. soc*. avril 2008, n° 53, p. 42, spéc. p. 51 : « *le fait de maintenir contre sa volonté l'associé en nom dans une telle société peut être encore moins souhaitable pour les geôliers que pour le prisonnier… Dès lors la gestion de la société peut se révéler périlleuse en présence d'un associé contre son gré* ».

civil[351]. Toutefois, ce moyen n'apparaît pas efficace pour contourner le refus d'agrément et ce pour deux séries de raisons. D'une part, l'action en dissolution pour mésentente ne peut aboutir que si cette dernière engendre une paralysie grave de la société[352]. La seule perte d'*affectio societatis* ne suffit pas en effet à entraîner la dissolution de la société. D'autre part, quand bien même cette paralysie serait effectivement constatée par le juge, l'associé à l'origine de la mésentente ne peut pas être le demandeur à l'action en dissolution[353]. Cette solution trouve vraisemblablement son fondement dans le manquement au devoir de bonne foi[354]. Fondée en droit, la solution n'apparaît pourtant pas opportune en pratique. En effet, refuser la dissolution pour mésentente au motif que celui qui l'a invoquée en est l'auteur n'est pas satisfaisant : l'associé qui souhaite s'évader reste prisonnier et la société, par suite, continue d'être paralysée. Dès lors, pour mettre fin à ce blocage, trois voies sont envisageables. La première consiste à accueillir la demande en dissolution mais présente alors le risque d'encourager l'associé à provoquer la discorde au sein de la société au détriment de ses coassociés[355]. En outre, compte

---

[351] Art. 1844-7, 5° du Code civil dispose que « *La société prend fin… Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* ».

[352] Cette condition *sine qua non* est visée par la disposition elle-même et rappelée par la jurisprudence à diverses reprises. V. par exemple Cass. com., 21 oct. 1997, *Bull. civ*. IV, n° 280 ; *R*., p. 244 ; *JCP G* 1998, p. 207 ; Cass. mixte, 16 déc. 2005, *Bull. civ*. n° 9. Toutefois, la jurisprudence n'exige pas une paralysie totale au jour le jour de la société pour que soit prononcée la dissolution. V. CA Paris, 5 mars 2002, *Juris-Data* n° 2002-188919, *Dr*. soc. 2003, comm. 42, note F. G. Trébulle.

[353] M. Desblandes, « La séparation d'associés », *Dr. soc*., *Actes pratiques*, décembre 1997, p. 4, spéc. p. 5 : « *la jurisprudence s'emploie à endiguer les demandes en dissolution en les interdisant aux associés auteurs de l'inexécution des obligations ou bien à l'origine de la mésentente* ». La solution est constante depuis un arrêt du 25 janvier 1904 de la chambre civile (Cass. civ., 25 janvier 1904, *DP* 1904, 1, 601, note G. Gunénée). V. par exemple CA Paris, 20 octobre 1980, *D*. 1981, p. 44, concl. M. Jéol ; *JCP G* 1981, II, 19602, concl. M. Jéol, note F. Terré ; *Gaz. Pal*. 1981, 1, p. 54, concl. M. Jéol, note A. P. S. ; *Rev. soc*. 1980, p. 774, obs. A. Viandier ; Cass. com. 16 juin 1992, pourvoi n° 90-18441 ; *Dr. soc*. 1992, comm. 177, obs. T. Bonneau ; *Contra* : CA Lyon, 18 mai 1823, *S*. VII, 2, p. 216 : « *si l'un des associés se refuse à agir dans l'intérêt de la société et forme une demande en dissolution, cette demande doit être accueillie, sauf le droit pour les autres associés d'obtenir contre lui des dommages et intérêts* ». Cette décision est toutefois restée isolée.

[354] Divers fondements sont invoqués à l'appui de cette solution : l'adage *nemo auditur* (normalement cantonné au domaine de l'immoralité et des restitutions), l'abus de droit, v. P. Canin, « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Dr. soc*. 1998, chron. 1, p. 4, spéc. p. 8, les principes généraux du droit, v. L. Guillouard, *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2e éd., G. Pedone-Lauriel, 1892, n° 337, ou encore la bonne foi, v. P. Canin, art. préc., spéc. p. 8-9 ; H. Matsopoulou, « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. soc*. 1998, p. 21, spéc. p. 36 et s. : cette dernière semble être le fondement le plus probant de cette solution. C'est ainsi que de la même manière qu'on exige en droit des contrats que la clause résolutoire soit invoquée de bonne foi, la demande de dissolution pour mésentente doit l'être aussi. L'ancien article 1869 du Code civil prévoyait d'ailleurs expressément l'obligation qu'avaient les associés de ne pas provoquer la dissolution de la société de mauvaise foi ou à contre temps.

[355] En ce sens, v. J.-J. Daigre, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande en dissolution », *Bull. Joly soc*. 1996, p. 576, spéc. p. 579-580 : prononcer la dissolution « *reviendrait à verser à l'associé fautif le salaire de sa faute, ce qui est moralement inadmissible et réciproquement c'est faire payer aux associés innocents le prix de la*

tenu de la pluralité des intérêts externes en jeu, les hypothèses de disparition de la société doivent être limitées et il n'est donc pas question de succomber à la volonté ou au caprice d'un seul associé[356]. La deuxième solution consisterait à étendre l'application de l'article 1869 du Code civil relatif aux sociétés civiles et admettre que la mésentente puisse constituer un juste motif de retrait de l'associé mécontent. Cette solution apparaît cependant dangereuse. Elle incite, là encore, l'associé à semer la discorde dans la société dans le seul but de pouvoir s'en aller[357]. Enfin, dans la même veine, la dernière solution, plus satisfaisante, serait de permettre au juge de prononcer l'exclusion-sanction de l'associé fautif[358]. Finalement, chacun tirerait avantage de cette solution. Tout d'abord, l'associé semeur de trouble, puisqu'il souhaitait quitter l'aventure collective. Ensuite, les autres associés, puisqu'ils se débarrasseraient alors de l'élément perturbateur de la bonne exécution du contrat et pourraient prétendre à réparation auprès de l'associé fautif. La solution aussi heureuse qu'elle puisse apparaître n'est pourtant pas de droit positif[359].

69. La convention de croupier. Une deuxième solution consisterait alors pour l'associé à conclure une convention de croupier. Admise explicitement par l'ancien article 1861 du Code civil, la solution ne semble pas avoir été remise en cause par la réforme du 4 janvier 1978[360]. C'est à titre de palliatif à la décision de refus d'agrément que la convention de croupier trouve sa

---

faute de l'associé coupable » ; P. Canin, art. préc., spéc. p. 8 : « *Juger que le demandeur qui a été à l'origine de l'action en dissolution ne peut être qu'approuvé… Il lui suffirait de provoquer une mésentente (et reconnaissons que les possibilités de désaccords ne manquent pas dans une société). Il n'y aurait là qu'un fâcheux détournement de la loi de sa finalité* ».

[356] En ce sens, v. P. Canin, art. préc., spéc. p. 5.

[357] *Contra* : F. G. Trébulle, note sous CA Paris, 4 octobre 2002, *Dr. soc*. 2003, comm. 42 : « *Insuffisante pour justifier la dissolution du fait de l'absence de paralysie, la mésentente permet d'autoriser le retrait de l'associée mécontente. Il y a là une porte de sortie élégante qui devrait satisfaire tout le monde pour peu que l'évaluation des droits du retrayant soit satisfaisante* ».

[358] J.-J. Daigre, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande en dissolution », *Bull. Joly soc*. 1996, p. 576, spéc. p. 579-580 ; T. Bonneau, *Dr. soc*. 1992, comm. 177.

[359] Cass. com., 12 mars 1996, *Bull. Joly soc.* , p. 584 § 207 : le juge se refuse à prononcer l'exclusion de l'associé qui demande la dissolution, qu'il soit l'auteur de la mésentente ou non. Certains auteurs expriment leurs regrets à l'égard de cette solution. V. J.-J. Daigre, art. préc., spéc. p. 579-580 ; T. Bonneau, *JCP E* 1996, pan. 426. V. *infra*, n° 562 et s.

[360] P. Merle, *Les sociétés commerciales*, 17e éd., Dalloz, 2014, n° 62 : « *L'ancien art. 1861 c. civ. disposait : chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société : il ne peut pas sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration. Bien que la réforme du 4 janvier 1978 n'ait pas repris les dispositions de ce texte, il ne fait aucun doute que la convention de croupier demeure valable en raison du principe de l'autonomie de la volonté…* ».

plus grande utilité[361]. Par la conclusion de cette convention, l'associé désireux de quitter la société va partager avec un tiers les résultats positifs et négatifs de ses droits sociaux. Son efficacité n'est cependant que partielle puisque la convention de croupier ne réalise pas une « cession juridique » dans la mesure où le cédant conserve sa qualité d'associé dans la société. En effet, en principe, le croupier ne peut pas supporter en même temps la qualité d'associé[362]. Cela implique que l'associé conserve l'intégralité de ses prérogatives dans la société. Le croupier a, certes, des droits et obligations envers l'associé résultant du contrat de croupier, mais il n'a aucune obligation ni aucun droit envers la société à laquelle il n'est lié par aucun contrat[363]. De ce fait, il n'est ni admis à participer aux assemblées générales, ni admis à obtenir les informations délivrées aux actionnaires[364]. Par conséquent, « *le tiers subit indirectement les droits et obligations des associés, par l'intermédiaire de celui qu'il n'a pas été autorisé à remplacer* »[365]. Pour cette raison, croupier et cavalier sont tentés d'aménager conventionnellement un droit de gestion au croupier. Toutefois, la licéité de telles clauses est discutée. Aussi l'associé aura-t-il bien du mal à trouver un croupier et quand bien même il y parviendrait, il continuerait à être engagé dans les affaires sociales. C'est dire si la convention de croupier s'apparente à une cession de contrat bien « imparfaite »[366] et, donc, constitue un remède peu satisfaisant pour l'associé.

70. L'abus de droit. Une dernière solution rarement avancée par la doctrine consisterait à invoquer pour l'associé un abus de droit. De manière générale, la solution se révèle vaine[367]. En effet, la décision d'agrément ou de refus d'agrément présente, semble-t-il, un caractère discrétionnaire[368]. La reconnaissance d'une telle prérogative serait classiquement légitimée par

---

[361] Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 269 ; I. Urbain-Parléani, « Convention de croupier et société en participation », *Rev. soc.* 1999, p. 753, spéc. p. 754 : la convention de croupier n'est pas exclusivement utilisée dans les sociétés en nom collectif. Les associés y ont également recours dans les sociétés de capitaux, mais plus rarement.

[362] I. Urbain-Parléani, art. préc., spéc. p. 754-755.

[363] P. Malaurie, *La cession de contrat*, Cours de doctorat, Paris II, 1975-1976, p. 187.

[364] Il existe seulement une obligation d'information à l'égard du croupier. V. Cass. com., 4 décembre 1998, *Rev. soc.* 1999, p. 350, note D. Randoux.

[365] R. Libchaber, « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 717, spéc. p. 727.

[366] *Ibid.* : la convention de croupier « *constitue la forme la plus dégradée de cession de contrat : son échec même, à ceci près qu'en l'absence de cession effective, les effets essentiels ont été sauvegardés* ».

[367] T. de Ravel d'Esclapon, « La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », *LPA*, 7 novembre 2008, n° 224, p. 4, spéc. p. 7 : l'auteur affirme que de l'abus de droit, « *il n'y a pas vraiment grand-chose à espérer* ».

[368] V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, préf. C. Saint-Alary-Houin, n° 397, p. 356-357. Pourtant, ce droit octroie un pouvoir déséquilibrant aux coassociés et devrait donc être contrôlé et sanctionné, particulièrement

l'existence d'une obligation de rachat à la charge de la société qui garantit la protection du cédant. Or, cette justification ne satisfait pas. D'une part, les associés de la société en nom collectif et les associés commandités de la société en commandite sont exclus de cette protection. D'autre part, rien ne justifie que cette décision soit à l'abri de tout abus. La jurisprudence est d'ailleurs de plus en plus encline à appliquer la théorie de l'abus de droit à la décision de refus d'agrément[369]. Toutefois, si la décision de refus d'agrément n'est pas placée hors champ du domaine de la théorie de l'abus de droit, sa preuve sera difficile à rapporter. Ainsi que le souligne le Professeur Jean-Claude Hallouin[370], cela suppose, d'abord, l'existence de « *circonstances particulières* » et donc implique qu'une motivation spéciale soit donnée par les auteurs du refus, lesquels sont par principe dispensés de toute justification de leur décision. Ensuite, quand bien même ces motifs seraient effectivement donnés, il faudrait encore établir que ce refus remplit bien les conditions de l'abus de majorité : contrariété à l'intérêt social et intention d'avantager les majoritaires au détriment des minoritaires. Enfin, et quand bien même l'abus serait démontré, il n'est pas sûr que l'associé serait satisfait par la sanction prononcée (l'octroi de simples dommages intérêts)[371]. Partant, là encore, l'abus de droit se révèle être un remède bien décevant pour l'associé qui souhaite partir.

71. Les propositions de réforme légale. Par conséquent, désormais avec l'abrogation de l'ancien article 1869 du Code civil, les associés des sociétés en nom collectif et les commandités ne disposent plus de moyens effectifs pour se départir de leur engagement[372]. Pourtant, son

---

dans les sociétés de capitaux lesquelles n'ont pas vocation à limiter la libre négociabilité des droits sociaux. Toutefois, l'auteur souligne que si le contrôle de l'abus est rarement appliqué dans ces sociétés, c'est en raison de l'existence d'une obligation de rachat à la charge des associés en cas de refus d'agrément qui garantit à l'associé sa sortie.

[369] J.-C. Hallouin, « Sur le refus d'agrément », in *Mél. J. Paillusseau*, *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 313, spéc. p. 316-317 : l'auteur cite plusieurs décisions ayant appliqué la théorie de l'abus de droit et dans diverses formes de sociétés. Pour une société civile de moyens, v. CA, 5 avril 1998, *Bull. Joly soc.* 1999, p. 959, note J.-J. Daigre ; pour une SA, v. Cass. com., 25 février 1992, *Bull. civ*. IV, n° 97 ; *Bull. Joly soc.* 1992, p. 519, note P. Le Cannu ; pour une SARL, v. Cass. com., 13 juin 1995, pourvoi n° 92-21843 ; *RJDA* 1995, n° 1481.

[370] J.-C. Hallouin, art. préc., spéc. p. 316-317.

[371] T. de Ravel d'Esclapon, « La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », *LPA*, 7 novembre 2008, n° 224, p. 4, spéc. p. 7 : l'auteur cite une exception dans laquelle c'est le cédant lui-même qui a voté le refus.

[372] R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc*. 1995, p. 437, spéc. p. 454 : « *il n'existe ainsi plus aucun moyen pour un associé de quitter la société dès lors que ses coassociés le lui refusent, et il est alors bel et bien engagé* ad vitam oeternam *dans des liens qui peuvent se révéler financièrement exigeants, voire, mais rarement, supposer l'implication individuelle que l'on a dite. Force est de reconnaître que la limitation de la durée de vie de la société à 99 ans n'est d'aucune aide pour cet associé…* ».

application était légitime dans les sociétés de personnes dans lesquelles la référence contractuelle demeure particulièrement présente[373]. Les associés sont placés sur le devant de la scène et ne disparaissent point derrière l'être moral. La généralisation de l'application du nouvel article 1869 du Code civil qui offre un droit de retrait aux associés des seules sociétés civiles pourrait constituer une solution de substitution tout à fait satisfaisante[374]. Mieux encore, il serait opportun d'étendre la solution applicable en matière de société à responsabilité limitée et consacrer une obligation de rachat à la charge de la société en cas de refus d'agrément du cessionnaire proposé par l'associé désireux de quitter l'aventure collective. Ces réformes se révèlent d'autant plus nécessaires que les associés disposent d'une faible marge de manœuvre pour agir en amont et organiser statutairement leur sortie future.

ii- Les remèdes *a priori*

72. Constatant l'efficacité relative des remèdes *a posteriori*, les associés pourraient être incités à anticiper ces difficultés de rupture et prévoir dès leur entrée dans la société les moyens d'y sortir plus aisément. Toutefois, il n'est pas certain que ces moyens préventifs soient davantage effectifs.

73. La clause de rachat. Au titre des remèdes préventifs figure l'insertion *ab initio* dans les statuts d'une clause de rachat en cas de refus d'agrément. Toutefois, la licéité de telles clauses semble bien douteuse au regard de la lettre de l'article L. 221-13 du Code de commerce qui proscrit, sous peine d'être réputée non écrite, toute clause prévoyant une négociabilité des parts sociales ou encore aménageant une cession sans le consentement de tous les associés[375]. Dès lors, l'invocation de telles clauses par l'associé en mal de liberté semble *a priori* inopérante, la volonté des parties est annihilée par celle du législateur. Cette illicéité est pourtant bien regrettable

[373] R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 453.
[374] R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 439, note de bas de page n° 4.
[375] B. Mercadal et P. Janin, *Mémento Pratique. Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2001, n° 4343 : de telles clauses de rachat sont nécessairement prohibées puisqu'elles conduisent à une nouvelle répartition des parts et cela contre la volonté du ou des associés qui se seraient opposés à la cession et, donc, aboutissent au contournement d'un texte d'ordre public. V. cependant J. Monnet, « Clause de rachat de droits sociaux après refus d'agrément », *Dr. soc*. 2007, comm. 221, note sous CA Aix en Provence, 25 mai 2007, *Juris-Data* n° 2007-342355 : l'auteur relève en effet que la Cour d'appel, en faisant application de la clause statutaire de rachat des parts sociales de l'associé sortant à proportion du capital détenu par les associés restants dans une SNC, admet implicitement sa validité.

puisque, tout en préservant l'*intuitus personae* inhérent à cette structure sociétaire, la solution aurait le mérite d'améliorer la situation des associés lesquels bénéficient de remèdes *a posteriori* bien peu satisfaisants pour se soustraire à ses geôliers[376].

Cependant, le Professeur Renaud Mortier opère une distinction entre les clauses de rachat impliquant la cession à un autre associé ou à un tiers et celles impliquant un rachat par la société elle-même en vue de l'annulation consécutive des droits sociaux. Si les premières contreviennent bien au texte d'ordre public, les secondes, en revanche, semblent licites. En effet, concernant ces dernières, elles n'opèrent en réalité pas une « cession » mais un remboursement de l'apport. Or, ce dernier n'a aucune incidence sur le nombre de droits sociaux détenus par les associés restants[377]. Dès lors, il n'existe aucun obstacle véritable à leur validité.

74. Le pacte de préférence. Les associés conservent la possibilité bien mince d'introduire une clause dans les statuts qui réserve à l'associé le droit de céder sa part à un cessionnaire déterminé par avance dans les statuts[378]. En d'autres termes, cela suppose que l'agrément ait été donné par anticipation lors de la conclusion des statuts. Il va sans dire qu'il sera fort difficile pour l'associé de trouver un cessionnaire qui, non seulement a trouvé approbation auprès de la société, mais également accepte de prendre sa place au moment même où l'associé cédant souhaite lui s'en aller.

75. Par conséquent, aussi tentés qu'ils soient d'anticiper les difficultés de sortie, les associés ne disposent en réalité que d'une marge de manœuvre étroite pour l'élaboration de clauses de rachat dans les statuts. C'est d'ailleurs sans doute le danger de demeurer prisonnier dans ces sociétés de personnes qui constitue l'une des raisons incitant les associés à prévoir une durée plus courte de vie de cesdites sociétés.

---

[376] T. de Ravel d'Esclapon, art. préc., spéc. p. 8 : ces clauses « *améliorent la situation de l'associé désireux de quitter la structure sociale, sans pour autant conduire à la dissolution de la société, aux chemins hasardeux de la preuve d'un abus, ou encore à ce palliatif bien mince qu'est la convention de croupier* ».
[377] R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, 2003, préf. J.-J. Daigre, n° 178, p. 149.
[378] M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1184.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

76. En dépit des spécificités de la société tenant à la pluralité des parties à l'acte et à la superposition de deux types de relations contractuelles, la société est bel et bien un contrat dont la sécurité juridique doit être préservée et, en tant que tel, demeure subordonnée au principe d'irrévocabilité contractuelle. Corollaire naturel de la force obligatoire du contrat, l'irrévocabilité implique, en principe, que l'associé ne puisse, par sa seule manifestation de volonté, mettre fin au contrat de société qui l'unit aux autres associés et à son contrat d'apport qui l'unit à la société.

En effet et d'une part, la résiliation du contrat de société suppose un *mutuus dissensus*. Toutefois, par dérogation au droit commun et justifié par sa nature pluripartite, un accord majoritaire suffit. D'autre part, l'associé qui souhaite résilier son contrat d'apport ne peut en principe y procéder de manière inconditionnelle. Néanmoins, par dérogation au droit commun, la cession de sa qualité d'associé n'est subordonnée au consentement de sa cocontractante que lorsque la société est dotée d'*intuitus personae*. La solution semblerait pouvoir être exportée en droit commun des contrats.

Partant, même assouplie, l'application du principe d'irrévocabilité est incontestable.

L'irrévocabilité contractuelle n'est toutefois pas érigée en dogme absolu. La préservation de la liberté individuelle empêche qu'un contractant soit lié pour une durée indéterminée ou excessive. Par analogie, l'associé ne doit pas être enchaîné pour une durée trop longue à la société et à ses coassociés. Partant, si l'irrévocabilité a repris sa place de principe concernant le contrat de société, ce n'est qu'à la condition que l'associé puisse échapper à un engagement à vie.

Or, le caractère pluripartite du contrat de société permet justement de dissocier le régime du contrat d'apport de celui du contrat de société. La disparition du premier n'entraîne pas en principe la disparition du second. C'est là un effet particulier du contrat de société : sa force obligatoire survit au départ d'un associé. Aussi doit-on approuver la jurisprudence et le législateur d'avoir organisé des moyens pour que l'associé retrouve sa liberté et s'étonner, en revanche, qu'il ait maintenu l'exigence d'un *mutuus dissensus* dans la société en nom collectif, même justifiée par son fort *intuitus personae*.

Par conséquent, si l'influence du droit commun des contrats sur le droit des sociétés est indéniable concernant l'irrévocabilité contractuelle, elle n'est toutefois pas absolue. La

superposition et la pluralité des liens contractuels légitiment en effet certains aménagements des principes qui irriguent la matière. Cette spécificité rejaillit également sur la mise en œuvre du principe d'immutabilité contractuelle.

CHAPITRE 2

L'IMMUTABILITE CONTRACTUELLE

77. Le principe d'immutabilité : corollaire de la force obligatoire. L'immutabilité contractuelle constitue le deuxième versant du principe d'intangibilité. Celle-ci s'induit de la formule employée à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil : si le contractant ne peut révoquer la convention par une manifestation unilatérale de volonté, il n'est pas non plus en droit de la modifier[379]. « Immutabilité » rime d'autant plus avec « intangibilité » que l'on a coutume d'amalgamer les deux termes. La corrélation semble en effet plus évidente encore entre la force obligatoire du contrat et son immutabilité. La dernière constitue nécessairement le corollaire de la première. Du principe de la force obligatoire du contrat en résulte une prohibition traditionnelle de la modification unilatérale de l'engagement[380]. Si « *les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »[381], les parties sont dès leur conclusion soumises à leur volonté cristallisée dans cet accord[382]. Législateur et juge sont eux aussi en principe tenus de respecter la volonté initiale des parties et, partant, ne peuvent déjouer leurs prévisions en révisant la convention. C'est ce qu'a affirmé explicitement et avec fermeté la Cour de cassation dans le fameux arrêt Canal de Craponne[383] dont la rigueur n'a guère été remise en cause.

78. La portée du principe d'immutabilité. Le principe d'immutabilité contractuelle n'est cependant pas conçu de manière absolue et entend seulement prohiber la mutabilité

---

[379] C. Radé, « Haro sur le contrat. A propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », *Dr. social* 2001, p. 514 : « *la révocation, à laquelle on peut assimiler la révision qui en constitue une sorte de diminutif, ne saurait intervenir, sauf loi contraire, d'une manière unilatérale* ».

[380] O. Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, Contribution à l'étude du contrat, acte de prévision*, LGDJ, 2012, préf. Y. Lequette, n° 119 et n° 120, p. 160 et s. ; G. Rouhette, « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC* 1986, p. 369 et s.

[381] Article 1134, alinéa 1, du Code civil.

[382] En ce sens, v. G. Paisant, « Introduction », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Droit et patr*. mars 1998, n° 58, p. 42, spéc. p. 42 : « *suivant les termes de l'alinéa 1er de l'article 1134, dûment conclu, le contrat se trouve définitivement fixé dans son contenu à l'égard de chacune des parties* ».

[383] Cass. civ., 6 mars 1876, *DP* 1876, 1, p. 195, note A. Giboulot, *S*. 1876, 1, p. 161, *Grands arrêts*, T. 2, n° 165 : « *La règle que consacre l'article 1134 du Code Civil étant générale et absolue et régissant notamment les contrats à exécution successive, il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées* ».

unilatérale[384]. Le consensus des parties permet de modifier le contrat initial sans création de rapport de droit nouveau[385] et sans qu'il leur soit reproché un accroc au principe de la force obligatoire. En effet, si l'article 1134, alinéa 2, du Code civil autorise les parties à révoquer leur convention par leur commune intention, par analogie, celles-ci peuvent convenir conjointement de modifier un ou plusieurs éléments de leur accord initial[386]. La modification consensuelle n'est alors que la résultante de la théorie de l'autonomie de la volonté : ce qu'elles ont convenu ensemble d'entreprendre initialement, elles peuvent convenir également ensemble de le modifier en cours d'exécution contractuelle[387].

79. L'application du principe au contrat de société. Si le principe d'immutabilité unilatérale a bien vocation à jouer dans le contrat de société, celui-ci témoigne incontestablement de singularités qui viennent perturber sa mise en oeuvre (Section 1). Toutefois, le contrat de société n'a pas poursuivi son mouvement d'autonomisation vis-à-vis du droit commun des contrats, lequel tend même à renforcer son influence en la matière sous l'impulsion de la jurisprudence (Section 2).

SECTION 1 UNE APPLICATION PERTURBEE

80. En tant que contrat, la société n'échappe pas à l'emprise du principe d'immutabilité. Toutefois, contrat particulier donnant naissance à une personne morale, la mise en œuvre de ce principe se trouve perturbée par deux séries de facteurs : d'une part, la pluralité des liens

---

[384] R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 3, p. 5 : « *En l'absence de novation du contrat initial, l'obligation contractée ne peut donc être modifiée que par le seul accord des volontés entre les parties au contrat. Par voie de conséquence, la modification ne saurait être unilatérale* ».

[385] Sur la distinction entre la modification et la novation, v. A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse Paris, LGDJ, 1980, préf. D. Tallon, n° 28 et s., p. 15 et s. : « *La novation suppose la destruction du premier rapport (juridique) alors que la modification en implique la continuité… Nover conduit à créer un nouveau rapport tandis que modifier revient à aménager un rapport déjà créé* ».

[386] A. Ghozi, th. préc., p. 7 : l'auteur précise que tous les éléments du contrat peuvent faire l'objet d'une modification conventionnelle excepté la cause. « *Il faut cependant exclure la cause du domaine de la modification. Dans notre droit consensualiste celle-ci exprime la raison d'être de l'obligation, et cette dernière apparaît par voie de conséquence comme l'instrument juridique destiné à l'accomplir. On conçoit alors que son remplacement provoque la disparition de l'obligation qu'elle justifie* ».

[387] A. Ghozi, th. préc., p. 4 et 5 : « *La modification résulte de l'autonomie de la volonté des parties, de la même volonté qui peut faire (art. 1134, al. 1) et défaire la convention (art. 1134, al. 2)… L'article 1134, alinéa 2 fonde donc les parties à agir sur un lien de droit déjà créé* ». Cette modification est par ailleurs souvent le seul remède efficace pour échapper à une issue malheureuse contraignant les parties à mettre fin à leur collaboration. V. A. Ghozi, th. préc., n° 9, p. 3.

contractuels (§1), d'autre part et plus encore, la pluralité des effets contractuels engendrés par le contrat de société (§2).

§1 LA PLURALITÉ DES LIENS CONTRACTUELS

81. La naissance de la personne morale va engendrer une juxtaposition des relations contractuelles. En effet, au contrat de société va se superposer une pluralité de contrats d'apport placés sous sa dépendance. Il en résulte que la modification du premier va souvent générer la modification des seconds. Partant, la plupart du temps, l'application du principe d'immutabilité est plurale et nécessite l'obtention d'une double série de consentements, celui des associés et celui de la société personne morale (A). Il n'est cependant pas exclu d'envisager une individualisation du principe d'immutabilité puisque la modification du contrat de société n'affecte pas nécessairement tous les contrats d'apport (B).

A- L'APPLICATION PLURALE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ

82. La modification simultanée d'une double relation contractuelle. En raison de la naissance de la personne morale, l'associé devient partie à une double relation contractuelle : il détient à la fois la qualité de partie au contrat de société et celle de partie au contrat d'apport[388]. Or, ces deux contrats sont étroitement imbriqués puisqu'ils ont un important contenu partagé. Si le contrat de société conserve un domaine qui lui est propre, les droits et les obligations des associés appartiennent communément à ces deux contrats[389]. Dès lors, la modification du contrat de société implique la plupart du temps celle des contrats d'apport auxquels est partie la personne morale.

---

[388] V. *supra*, n° 5 et 6.

[389] M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 235, p. 202 : « *ce ne sont pas un mais deux contrats qui entrent en jeu concernant la relation entre la société et son associé : le contrat d'apport et le contrat de société. Si le contrat de société conserve un domaine réservé, il se superpose au contrat d'apport s'agissant du domaine qui leur est commun, c'est-à-dire la relation entre la société et son associé. Cette superposition légitime le fait que le contrat de société et le contrat d'apport sont interdépendants* ». Sur le domaine réservé du contrat de société v. la thèse de cet auteur, n° 230 et s., p. 195 et s. : l'auteur affirme que certaines dispositions ne concernent que le contrat de société, parmi celles-ci figurent celles relatives à l'identité de la personne morale, la dénomination sociale, le siège social et l'objet social. Il se montre en revanche plus nuancé concernant la forme, la durée, le capital social ou encore les clauses relatives aux organes de la société.

83. Une double relation soumise à l'immutabilité contractuelle. Tant le contrat de société que les contrats d'apport se trouvent soumis au principe d'immutabilité contractuelle. L'immutabilité du contrat de société est assurée, avant son immatriculation, par le droit commun des contrats[390] et trouve précisément son fondement dans l'article 1134 du Code civil. Mais, dès lors que la personne morale naît et que les contrats d'apport vont bénéficier d'une pleine efficacité[391], l'immutabilité de cette double série de relations contractuelles sera garantie par une disposition spécifique à la matière, l'article 1836 du Code civil. Plus spécialement, les engagements des associés, qui trouvent leur assise à la fois dans le contrat de société et dans le contrat d'apport, seront préservés *via* le principe spécifique d'intangibilité exprimé par l'alinéa 2 de ce même article : « *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* »[392]. Il en résulte que l'ensemble des parties à ces deux séries de contrats doit consentir à la modification de ces engagements afin qu'elle devienne effective. Dès lors, la modification du contrat de société engendrant celle du contrat d'apport, il devient nécessaire de recueillir, outre le consentement des associés, celui de la société en sa qualité de partie et créancière des engagements des associés.

84. Le consentement spécifique de la personne morale. S'il est aisé d'obtenir le consentement de l'associé, personne physique, il est plus difficile en revanche de concevoir que la société, personne morale, puisse en faire de même. Il devient alors nécessaire d'avoir recours à un « *substractum* » humain. En général, les consentements respectifs de l'associé et de la personne morale vont s'exprimer concomitamment et se confondre. Ainsi, une procédure unique va permettre de recueillir ce double consentement : l'assemblée des associés va tout à la fois exprimer le consentement à la modification des associés et celui de la société représentée par son

[390] L'article 1842, alinéa 2, du Code civil dispose : « *Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations* ».

[391] Acquérant lors de son immatriculation la personnalité morale et donc une pleine autonomie, c'est à ce moment là que la société va pouvoir disposer des engagements puisque les associés ne s'engagent pas les uns envers les autres mais chacun des associés s'engage bien individuellement envers la société. V. J. Scapel, « Vers une nouvelle délimitation du domaine de la notion d'intangibilité des engagements sociaux », *Rev. dr. com., maritime, aérien et des transports* 1999, p. 2, spéc. p. 2.

[392] Toutefois, il arrive qu'à l'occasion d'une augmentation des engagements des associés, les juges rendent leur décision sous le double visa des articles 1134 et 1836, alinéa 2, du Code civil, montrant ainsi leur volonté de marquer le caractère contractuel de la société et, par suite, la subordination de la société au droit commun des contrats. V. par exemple Cass. com., 9 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 81 ; Cass. com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-14043 ; Cass. com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-14044.

organe souverain[393]. Plus exceptionnellement, ces consentements vont être dissociés et se manifester lors de deux assemblées distinctes. Dans ces hypothèses, on va donc clairement distinguer une offre de modification émanant des associés ou de la société suivie d'une acceptation par le destinataire. Tel est le cas lorsque les droits, objet de la modification, sont attachés à une seule catégorie d'actions : l'assemblée générale représentant la société émet une offre de modification qu'une assemblée spéciale réunissant les actionnaires de cette catégorie accepte ou refuse (article L. 225-99, alinéa 2, du Code de commerce). Tel est également le cas lorsqu'un associé demande en cours d'exécution du contrat de société et de son contrat d'apport à bénéficier d'un avantage particulier. Dans cette hypothèse, une assemblée extraordinaire représentant la société doit ensuite consentir à cette modification du contrat d'apport (article L. 225-10 du Code de commerce). Se pose alors la question de savoir si l'associé demandeur de la modification pourra participer également à l'assemblée qui doit donner son acceptation à la modification. Si un souci d'objectivité conduirait à ne pas le faire participer à celle-ci, la solution ne relève pourtant pas de l'évidence en raison de la sacralisation du droit de vote qui interdit de le supprimer en dehors des cas spécialement prévus par la loi[394]. A défaut de disposition expresse le précisant, il ne semble donc pas possible d'exclure l'associé de la procédure d'acceptation.

B- L'APPLICATION INDIVIDUALISÉE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ

85. Dissociation entre consentement des intéressés et unanimité des associés ? La mise en œuvre du principe d'immutabilité contractuelle serait relativement simple si n'était en jeu que le seul contrat de société. Dans cette hypothèse et par application du droit commun des contrats, la modification requerrait simplement le consensus desdits associés parties à ce contrat[395]. Toutefois, si le contrat de société contient en principe des clauses générales et

[393] M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 436, p. 363-364 : « *Comme c'est parfois le cas en matière de conclusion du contrat d'apport, le consentement de la société à la modification résulte de l'agrégation des votes exprimés par les associés… Le fait qu'une seule résolution serve à exprimer à la fois la volonté de la société et de chaque associé ne doit pas choquer. Il s'agit d'un phénomène fréquent en droit des sociétés, porté à son paroxysme dans les sociétés unipersonnelles.* »

[394] M. Buchberger, th. préc., n° 438, p. 365 ; v. *infra*, n° 261.

[395] La solution, simple en théorie, se révèle assurément plus complexe en pratique en raison du nombre important d'associés que peut comporter la société. V. J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 415.

abstraites qui ont donc vocation à s'appliquer à l'ensemble des associés, la modification du contrat de société peut cependant n'affecter qu'un ou plusieurs contrats d'apport[396]. Tel sera notamment le cas d'une clause augmentant l'engagement de non-concurrence des seuls apporteurs en industrie. La question se pose alors d'une application « individualisée » ou « sélective » du principe d'immutabilité[397] qui permettrait, dans les sociétés comprenant un nombre important d'associés, de n'exiger que le seul consentement des intéressés[398].

86. Réponse législative ambiguë. Le droit commun des contrats n'apporte pas de réponse satisfaisante à cette question. En effet, à suivre l'article 1134 du Code civil, seul devrait être requis le ou les consentements des associés dont on souhaite la modification des engagements. Toutefois, la modification desdits contrats d'apport implique également celle des statuts et, donc, du contrat de société lui-même. Il en résulte que toutes les parties devraient consentir à ce changement, peu important que leurs obligations subissent ou non une modification.

Que révèle, dès lors, la lecture de l'article 1836 du Code civil qui dispose que « *les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par l'accord unanime des associés* » (alinéa 1), et qu'« *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* » (alinéa 2) ? Il semble pouvoir faire l'objet de deux interprétations divergentes. Les termes du premier alinéa semblent consacrer la confusion entre unanimité et consentement des associés en exigeant « le consentement unanime des associés » pour la modification des statuts. Quant aux termes du second, plus ambigus, ils requièrent le consentement de l'associé à l'augmentation de ses engagements et semblent permettre de

[396] J. Monnet, *Ibid*. : « *Or, si c'est bien le propre des clauses statutaires que d'être générales et abstraites, il est tout de même possible d'envisager des circonstances où la mesure concernée n'intéresse que certains associés. Soit parce qu'il s'agit d'une modification statutaire limitée à une catégorie d'entre eux (par exemple, une clause limitant la cessibilité des actions pour tout actionnaire possédant plus, ou moins, de 10 % du capital social ou engagement pris par les majoritaires de supporter seuls les conséquences pécuniaires d'une réduction du capital social), soit parce qu'il s'agit tout simplement d'un engagement extra-statutaire liant seulement certains associés* » ; en ce sens, v. F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com*. 2000, p. 27, spéc. p. 58.

[397] M. Buchberger, th. préc., n° 223, p. 191 : « *Le contrat d'apport est un support d'individualisation. Reconnaître l'existence d'un contrat d'apport devrait permettre, quel que soit le type de société de proposer de nouvelles solutions axées uniquement sur ce contrat, ainsi que de renforcer certaines solutions du droit positif* ». A suivre l'auteur, cette autonomisation permet de fonder les différences de traitement entre les associés en matière d'augmentation des engagements.

[398] J. Monnet, art. préc., spéc. p. 415 : « *Par le jeu des règles de quorum et de majorité, notamment dans les sociétés par actions, il peut y avoir une grande différence entre vote majoritaire et unanimité* ».

dissocier les consentements des associés, dont les contrats d'apport se trouvent affectés par la modification, de l'unanimité des associés, parties au contrat de société[399].

87. Interprétations doctrinales antinomiques. La doctrine est partagée quant à l'interprétation à donner à l'alinéa 2 de l'article 1836 du Code civil.

Certains estiment que le législateur a entendu assimiler consentement des associés intéressés et unanimité. Dès lors, quand bien même la modification n'intéresserait que certains associés, tous devraient pourtant se prononcer sur la modification et également accepter celle-ci pour qu'elle devienne effective. A les suivre, la modification impliquerait une double condition : d'une part, tous les associés doivent s'exprimer sur la question de l'augmentation des engagements et être donc tous présents à l'assemblée, d'autre part, tous doivent se prononcer favorablement à la modification. Le principe d'immutabilité en sort ainsi renforcé. Le veto ou même l'absence d'un associé non représenté à l'assemblée ôtera toute possibilité de modification des engagements initiaux[400].

D'autres auteurs, en revanche, légitiment une application individualisée du principe d'immutabilité : seuls ceux dont le contrat d'apport fait l'objet d'une modification devraient y consentir[401]. En effet, si l'article L. 225-99 du Code de commerce[402] impose d'isoler, *via* la réunion d'une assemblée spéciale, le consentement des actionnaires à la modification de droits

---

[399] En ce sens, v. M. Buchberger, th. préc., n° 455, p. 378 ; A. Bougnoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, AGE, Limites des pouvoirs, Nullités*, in *J-Cl. soc.*, 2007, n° 21.

[400] G. Taormina, « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. soc.* 2002, p. 267, spéc. p. 269 : « *Il nous paraît difficilement soutenable de prétendre que seul serait requis le consentement de l'unanimité des associés concernés par l'aggravation, pour le cas où celle-ci ne les concernerait pas tous… Faute d'un vote unanime émis dans les conditions sus-énoncées, ceux qui souhaitent y consentir, ne sauraient donc s'engager en ce sens, que dans le cadre d'un pacte extra statutaire* ».

[401] En ce sens, v. A. Bougnoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, AGE, Limites des pouvoirs, Nullités*, in *J-Cl. soc.* 2007, n° 20 : « *Cette règle* (art. L. 225-96 al. 1er C. com.) *est une application du principe général selon lequel tout actionnaire n'est tenu qu'à concurrence de son apport. Aussi, si la décision n'aggravait que les engagements d'un seul ou de quelques actionnaires, une décision unanime ne serait pas nécessaire ; en toute logique, une décision majoritaire devrait suffire à la condition d'obtenir le consentement de ou des actionnaires concernés conformément aux dispositions de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil applicables à toutes les sociétés* » ; Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd. LGDJ, 2002, n° 50 ; M. Buchberger, th. préc., n° 453 et s., p. 377 et s., spéc. n° 455, p. 378 ; P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 5e éd., Montchrestien, 2013, n° 144. Toutefois, l'assimilation entre consentement des associés concernés et unanimité n'est envisageable que si la modification affecte dans les mêmes proportions tous les associés. V. J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 415.

[402] L'article L. 255-99 du Code de commerce dispose que « *Les assemblées spéciales réunissent les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée. La décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions, n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie* ».

attachés à une catégorie particulière d'actions, *a fortiori* et à défaut de disposition légale explicite le précisant, on peut admettre qu'il en est de même s'agissant d'une modification affectant la situation de certains actionnaires ordinaires[403]. Cela implique toutefois que même les associés privés de leur droit de vote, à titre de sanction ou non, conserveraient le droit de s'exprimer pour les décisions tendant à modifier leur situation[404]. Il en résulterait alors la dichotomie suivante : la confusion l'emporterait entre consentement des associés et unanimité lorsque les engagements de tous les associés seraient affectés par la modification et la dissociation s'imposerait lorsque la décision affecterait les engagements de certains associés seulement[405].

Certains auteurs, enfin, adoptent une position plus nuancée et cantonnent cette individualisation du principe d'immutabilité à certaines formes de sociétés : alors que l'augmentation des engagements supposerait l'unanimité des associés dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, cette dernière ne serait pas requise dans les autres sociétés dès lors que l'assemblée générale aurait délibéré aux conditions légales ou statutaires de majorité. Cette distinction doctrinale trouve son fondement dans la différence de rédaction des dispositions légales explicitant le principe. En effet, si l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, disposition de droit commun, semble requérir le consentement individuel des associés et donc individualiser le principe d'immutabilité, cette possibilité semble être annihilée dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. Dans ces dernières, le législateur exclut la possibilité pour la majorité d'augmenter les engagements d'un associé et requiert donc l'unanimité des associés. Dans les autres sociétés, l'augmentation requerrait, d'une part, que la décision puisse faire l'objet d'une application individualisée et, d'autre part, que soient réunies les conditions de quorum et de majorité exigées pour la modification des statuts[406]. On voit ainsi

---

[403] M. Buchberger, th. préc., n° 453, p. 376-377 ; *Contra* : C. Goyet, « Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés », *RJC* 1999, p. 58, spéc. p. 60.

[404] M. Buchberger, th. préc., n° 452, p. 376 ; en ce sens, v. A. Bougnoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, AGE, Limites des pouvoirs, Nullités*, in *J-Cl. soc.*, 2007, n° 4 : « *l'unanimité n'est pas une règle de majorité en ce qu'elle consiste à recueillir l'accord de chaque associé individuellement dans sa relation contractuelle à la société…* ».

[405] J. Monnet, art. préc., spéc. p. 415.

[406] F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com.* 2000, p. 27, spéc. p. 53 et s. ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 482, p. 378 : « *Cette double exigence de l'accord unanime des intéressés et du respect des conditions requises pour la modification des statuts apporte un tempérament heureux à la règle de l'unanimité. On comprendrait mal qu'un associé étranger à la mesure puisse, par l'exercice de son droit de vote, faire échec à une décision prise conformément au droit des sociétés* ».

combien cette décision relative au fonctionnement de la société et prise en assemblée[407] aurait une nature collective et sociale et, par conséquent, hybride[408].

88. Réponse jurisprudentielle implicite. La Cour de cassation, adoptant implicitement une position inédite[409], considère que « *l'associé ayant émis un vote favorable à la résolution n'est pas, de ce seul fait, dépourvu d'intérêt à en poursuivre l'annulation (...) ; que l'article 1836, alinéa 2 du Code civil (…) est une disposition d'ordre public, sanctionnée par une nullité absolue qui peut être demandée par tout associé* »[410]. Par suite, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir prononcé la nullité de la résolution dès lors que celle-ci n'avait pas été adoptée avec le consentement de tous[411]. La Cour de cassation ajoute que l'associé qui a pourtant voté en faveur de l'augmentation ne se trouve pas privé pour autant de son droit d'action en nullité. Ce faisant, elle lui octroie une sorte de droit de repentir.

---

[407] En ce sens, v. C. Goyet, « Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés », *RJC* 1999, p. 58, spéc. p. 60 : « *L'assemblée générale extraordinaire, statuant à l'unanimité des présents, ne pourrait pas augmenter les engagements. L'accord de tous recueilli autrement qu'en assemblée ne le pourrait pas davantage. Il reste qu'un associé peut certainement consentir individuellement à s'engager davantage, mais il ne s'agit plus d'une modification statutaire* » ; D. Randoux, « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublon*, Defrénois, 2001, p. 243, spéc. p. 257 et s. : hors les cas dans lesquels le législateur prévoit expressément la possibilité de prendre la décision autrement qu'en assemblée, cette dernière doit constituer le mode privilégié de prise de toute décision ; *Contra* : M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 407 ; Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd. LGDJ, 2002, n° 50 : « *Le consentement peut être donné en assemblée, statuant à l'unanimité. Mais il semble aussi pouvoir s'exprimer individuellement, même lorsque la loi ne permet pas une consultation écrite…Toutefois, la non tenue de l'assemblée ne doit pas nuire à l'information des associés dont les engagements vont être augmentés* ». La position est confortée par un arrêt de Cour d'appel : CA Amiens, 7 mai 1963, *Gaz. Pal*. 1963, 2, jurisp. p. 246.

[408] En ce sens, v. L. Jobert, th. préc., n° 481, p. 378 : « *somme de volontés individuelles peut être, la décision a assurément une nature collective (ou sociale), puisqu'elle entraîne une modification des statuts* » et n° 472, p. 372 : « *A la croisée des chemins des volontés particulières et de la volonté collective, elle est caractérisée par une nature hybride* » ; *Contra* : Y. Guyon, *op. cit*., n° 50 : « *il ne s'agit pas d'une décision collective mais d'une somme de consentements individuels* ».

[409] La solution avait déjà été consacrée par certains arrêts antérieurs mais de manière beaucoup moins péremptoire. V. CA Paris, 27 mars 2001, *Bull. Joly soc*., p. 89, § 18, note H. Le Nabasque ; *RJDA*, 2001/10, p. 835, n° 973 ; CA Paris, 27 juin 2000, *Bull. Joly soc*., p. 193, § 52, note H. Le Nabasque.

[410] Cass. com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-00646, *Bull. civ*. IV, n° 171 ; *JCP E* 2004, 337, note A. Viandier ; *Rev. soc*. 2004, p. 97, note B. Saintourens ; *RJDA* 2004, n° 583, p. 538 ; *Bull. Joly soc.* 2004, p. 413, note H. Le Nabasque ; *D*. 2004, p. 2927, obs. J.-C. Hallouin ; *RTD com*. 2004, p. 314, obs. C. Champaud et D. Danet.

[411] Si la solution est rendue concernant le seul article 1836, alinéa 2, du Code civil, la solution est *a priori* valable pour ses homologues de droit spécial, les articles L. 223-30, alinéa 2 et L. 225-96 du Code de commerce ; en ce sens, v. H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc*. 2004, n° 3, p. 413 et s.

Partant, tous les associés, et pas uniquement ceux participant à l'assemblée[412], doivent se prononcer en faveur de l'augmentation sous peine de s'exposer à une action en nullité. Pour cette raison, les associés dont les engagements ne font pas l'objet d'une augmentation peuvent également demander la nullité de la résolution. *A fortiori*, donc, la Cour semble condamner la possibilité d'une application individualisée du principe d'immutabilité. En conséquence, cette solution incite à une meilleure préservation de la force obligatoire du contrat de société[413].

89. Appréciation critique de la sanction. La radicalité de la solution n'a pas été bien accueillie. La solution révèle la finalité recherchée par la jurisprudence au travers de la règle édictée par l'article 1836, alinéa 2, du Code civil : celle-ci semble être une mesure de protection de l'intérêt commun des associés, privilégiant la stabilité du pacte social, et non une mesure de protection des intérêts propres de chaque associé[414].

Or, la doctrine majoritaire dénonce une telle interprétation. Le fondement de cette règle résiderait *a contrario* dans la protection de la liberté contractuelle de chaque associé[415]. Dès lors, si l'on peut considérer que règle d'ordre public il y a, il s'agit d'un ordre public de protection qui ne justifie pas le caractère absolu de la nullité. D'une part, seuls les associés devraient avoir vocation à mettre en œuvre la règle de la nullité[416] et, d'autre part, parmi eux, seuls ceux qui

---

[412] En ce sens, v. CA Versailles, 24 février 2005, *Juris-Data* n° 2005-266293 ; *Dr. soc*. 2005, comm. 94, note J.-P. Legros ; *Bull. Joly soc.* 2005, § 138, p. 626 ; *JCP E* 2005, 1046, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker : « *l'unanimité visée à l'article L. 227-3 du Code de commerce s'entend…nécessairement de la totalité des associés liés par le pacte social et pas seulement des actionnaires présents ou représentés à* l'assemblée ». Cette solution entend dépasser le cadre de la transformation de la SAS et s'appliquer à l'ensemble des sociétés pour l'ensemble des décisions qui nécessitent l'unanimité.

[413] J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau*, *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 416.

[414] A. Bougnoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, AGE, Limites des pouvoirs, Nullités*, in *J-Cl. soc*., 2007, n° 23 ; B. Saintourens, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Rev. soc*. 2004, p. 97, spéc. p. 100 et s. ; L. Godon, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc*. 2010, n° 5, p. 474 et s.

[415] En ce sens, v. L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 479, p. 376 : « *Si le législateur a entendu s'opposer à une quelconque augmentation des engagements votée à la majorité, c'est seulement pour éviter que certains associés soient engagés sans leur consentement* ».

[416] J. Scapel, « Vers une nouvelle délimitation du domaine de la notion d'intangibilité des engagements sociaux », *Rev. dr. com., maritime, aérien et des transports*, 1999, p. 2, spéc. p. 2. Le Professeur Bernard Saintourens souligne justement l'illogisme de la solution à ce sujet (note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Rev. soc*. 2004, p. 97, spéc. p. 100, spéc. p. 101) : « *si la Cour de cassation voit dans l'art. 1836, alinéa 2, du Code civil une disposition d'ordre public sanctionnée par une nullité absolue, elle réserve l'action tendant à faire prononcer la nullité de la délibération litigieuse à tout associé sans se référer à tout intéressé, ce qui pourtant est la règle en matière de nullité absolue* ». Toutefois, ainsi que le souligne le Professeur Hervé Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc*. 2004, n° 3, p. 413 et s. : « *On ne voit pas, au demeurant, quelle autre personne que l'associé pourrait avoir un intérêt à se prévaloir de la violation de l'article 1836 alinéa second, du Code civil. A part peut être la société elle-même, qui trouverait par ce biais le moyen de se soustraire à ses obligations ; ou l'employeur d'un*

n'ont pas consenti à l'augmentation de leurs engagements devraient être protégés par la règle ainsi édictée par l'article 1836, alinéa 2, du Code civil[417]. Cette interprétation serait en outre plus conforme aux textes eux-mêmes.

Plus encore, la différence de rédaction entre l'alinéa 1 et l'alinéa 2 de l'article 1836 du Code civil traduit la volonté du législateur de les interpréter différemment et d'adopter des sanctions divergentes. Alors que le non respect du premier alinéa, qui requiert l'unanimité pour la modification des statuts, devrait être sanctionné par la nullité, la violation du second, qui fait référence au consentement de chaque associé et donc à un consentement individuel, devrait être sanctionné par la simple inopposabilité[418]. Ainsi, seuls ceux dont les engagements se trouvent augmentés et qui n'ont pas donné leur assentiment devraient pouvoir se prévaloir de l'inopposabilité de la décision. Nombre d'auteurs pensent que l'inopposabilité se présente comme une sanction plus opportune que la nullité. En effet, la sanction de la nullité ainsi consacrée, plutôt que de protéger la société, peut conduire *a contrario* à perturber le fonctionnement de la société et entraver son développement en empêchant par exemple certains associés de réinjecter des fonds dans la société[419].

En pratique, il devient donc impossible dans la plupart des cas de procéder à une augmentation des engagements des associés[420]. La seule issue laissée aux associés résidera dans la conclusion de pactes extra-statutaires dont l'inconvénient majeur est de restreindre les effets aux seuls signataires[421].

90. Proposition d'interprétation. Une interprétation plus nuancée de la solution peut être envisagée. La nullité doit être la sanction de principe lorsque la décision litigieuse consiste en une délibération de l'assemblée qui oblige la société elle-même et ne peut donc faire l'objet d'une

---

associé subrepticement touché par l'inclusion dans les statuts d'une clause de non concurrence qui n'aurait pas été adoptée à l'unanimité des associés ».

[417] H. Hovasse, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Defr*. juin 2004, n° 12, p. 901 et s.

[418] A. Bougnoux, art. préc., n° 21 ; H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc*. 2004, n° 3, p. 413 et s.

[419] L. Godon, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc*. 2010, n° 5, p. 474 et s. ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 474, p. 374 : « *On pourrait considérer qu'il s'agit là d'une pesanteur évidente nourrie d'un étonnant paradoxe puisque certains associés pourraient finalement empêcher l'un d'entre eux de s'engager davantage. Ce serait alors légitimer une manifestation originale de l'abus dans l'exercice du droit de vote* ».

[420] C. Goyet, « Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés », *RJC*. 1999, p. 58, spéc. p. 60 ; J. Monnet, art. préc., spéc. p. 415.

[421] L. Jobert, th. préc., n° 472, p. 372.

application sélective. Il apparaît inconcevable dans ces hypothèses d'opter pour la sanction de l'inopposabilité. Tel est le cas d'une transformation de société ou d'une promesse de rachat assortie d'une augmentation de capital. En revanche, en présence d'une décision qui n'impose d'obligation qu'à la seule charge des associés, il devient possible d'admettre la simple sanction de l'inopposabilité[422]. Tel est le cas d'une décision imposant, par exemple, une obligation de non-concurrence ou une obligation d'inaliénabilité.

91. La généralité des termes employés dans sa solution fait cependant douter que la Cour de cassation ait souhaité opérer une telle distinction. La nature contractuelle de la relation qui unit chaque associé à la société aurait pourtant dû aboutir à la solution proposée. Par application du principe de l'effet relatif des contrats, les associés non concernés par la modification ne devraient pas avoir le droit de se prononcer et avoir la faculté de mettre en œuvre une action en nullité pour défaut de consentement. Au final, l'amalgame réalisé par la Cour de cassation entre unanimité des associés et consentement des intéressés constitue bien la marque d'une volonté jurisprudentielle protectrice de la force obligatoire du contrat de société au mépris de celle du contrat d'apport qui unit l'associé à la société[423].

§2 LA PLURALITE DES EFFETS CONTRACTUELS

92. Générateur d'obligations, le contrat de société est également la plupart du temps créateur d'une personne morale. Effet singulier de ce contrat, ce dernier n'en devrait pas pour autant être placé hors du champ du principe d'immutabilité contractuelle. Or, le législateur, corroboré par l'interprétation jurisprudentielle traditionnelle (B), a progressivement réduit le champ d'application de la loi de l'unanimité et annihilé la force obligatoire du contrat de société (A).

---

[422] H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc*. 2004, n° 3, p. 413 et s. Cette solution n'est toutefois envisageable qu'à la double condition que cette modalité afférente à la simple inopposabilité soit précisée avant que l'associé ne se soit prononcé et que les votes ne se réalisent pas à bulletin secret. V. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 455, p. 379 ; L. Jobert, th. préc., n° 480, p. 377.

[423] M. Buchberger, th. préc., n° 455, p. 378 : « *dès lors que l'associé et la société sont les parties d'un même contrat, la rencontre de leurs consentements devrait avoir pour effet de les lier entre elles, peu important de ce point de vue que d'autres associés n'aient pas accepté les modifications proposées* ».

A- L'APPREHENSION LEGISLATIVE RESTRICTIVE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITE

93. Dichotomie entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes. A la lecture de l'article 1836 du Code civil, le principe d'immutabilité semble conserver toute son intégrité. D'une part, en effet, son alinéa premier dispose que la modification du contrat de société suppose l'unanimité des associés sauf clause statutaire contraire[424]. L'exception admise ne constitue alors que le fruit de la liberté contractuelle des associés leur permettant de déroger à un principe supplétif[425]. D'autre part, son alinéa second pose un principe d'intangibilité des engagements des associés. Partant, l'article 1836 du Code civil ne fait-il pas double emploi avec l'article 1134 du Code civil[426] ? L'émancipation du droit des sociétés vis-à-vis du principe d'immutabilité apparaît en réalité véritablement dans les dispositions spécifiques aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés anonymes. En effet, les articles L. 223-30 et L. 225-96 du Code de commerce semblent opérer un renversement du principe exprimé par les articles 1836 et 1134 du Code civil. Le principe d'unanimité dégénère ainsi en exception, et cela d'autant qu'il est impossible pour les

---

[424] En dépit du doute entretenu par une partie de la doctrine, cette possibilité de prévoir contractuellement une modification des statuts à la simple majorité existe sans aucun doute pour toutes les sociétés y compris les sociétés en nom collectif. V. M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1201 : « *L'unanimité est-elle une exigence impérative, ou les statuts peuvent-ils se contenter d'une simple majorité ? Il paraîtrait logique d'admettre que le respect du contrat limite les pouvoirs de la majorité. Mais la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire (Seine civ. 20 mars 1920, Paris 21 mars 1921) et la loi de 1966 a confirmé implicitement cette Jurisprudence… Un amendement du Sénat exigeant l'unanimité des associés pour toute modification statutaire a été abandonné au cours de la discussion parlementaire. D'autre part, dans les sociétés en commandite simple, l'art. L 222-9 al. 2 c. com. subordonne les modifications des statuts au consentement de tous les commandités, qui sont dans la situation des associés en nom collectif, mais autorise les clauses moins strictes. Cette solution rejoint la règle générale posée par l'art. 1836 c. civ. qui subordonne la modification des statuts d'une société à l'accord unanime des associés, sauf clause contraire des statuts* ».

[425] K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, 2003, préf. J.-B. Blaise, n° 777, p. 442 ; G. Ripert, « La loi de la majorité dans le droit privé », in *Mél. N. Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 351, spéc. p. 353.

[426] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen, n° 549, p. 399-400 : l'auteur confirme cette thèse en concevant « *l'article 1836 alinéa 2, du Code civil comme un prolongement de l'article 1134 alinéa 2, de ce même Code* ». Au soutien de son analyse, l'auteur cite un arrêt du 20 juin 2001 rendu au visa de l'article 1134 du Code civil concernant l'augmentation des engagements des membres d'une association et souligne le caractère identique de la formule utilisée en l'espèce par la Cour de cassation à celle qu'elle adopte en matière de société. L'auteur conclut donc en ces termes : « *C'est donc un raisonnement contractuel qu'adopte le droit des sociétés pour déterminer l'augmentation des engagements de l'associé et éviter que le pouvoir majoritaire ne remette en cause les attentes du contractant* » ; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 142 : l'article 1836, alinéa 2, du Code civil se justifie par la nature contractuelle de la relation qui unit l'associé à la société.

parties d'y déroger en prévoyant une majorité plus forte[427]. Ainsi, de ces deux dispositions se déduit la compétence de principe de la majorité pour modifier les dispositions du pacte social[428]. Par conséquent, la dichotomie suivante s'opère : alors que dans les sociétés de personnes, le principe d'unanimité semble toujours jouer à plein[429], dans les sociétés de capitaux, à l'inverse, il a dégénéré en exception au bénéfice des majoritaires. La préservation du principe d'unanimité dans les sociétés de personnes se justifierait, d'une part, par l'existence d'un *intuitus personae* particulièrement fort dans ces sociétés[430] et, d'autre part, par le nombre généralement plus restreint d'associés dans la société qui permet d'obtenir un consensus des associés (possibilité qui fait défaut dans la plupart des sociétés de capitaux).

94. Les vestiges de la loi de l'unanimité dans les sociétés de capitaux. S'il est vrai que dans les sociétés de capitaux le droit commun des contrats a perdu de son influence, ces dernières ne se sont cependant pas totalement affranchies de l'application du principe d'immutabilité. En effet, si progressivement la loi de la majorité a bien pris le pas sur celle de l'unanimité concernant la modification des statuts, certains éléments fondamentaux de ces contrats demeurent cependant soumis au joug du principe d'unanimité[431]. On compte, parmi eux, la nationalité[432] et, surtout, les

---

[427] En ce sens, v. D. Randoux, « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublon*, *Defr*., 2001, p. 243, spéc. p. 247 ; M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 563, p. 233 ; B. Solle, « Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 40.

[428] T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 77 : « *Il eut en effet été plus logique de rompre franchement avec le droit commun en posant le principe d'une révision des clauses du contrat à la majorité, sauf disposition légale ou clause légale contraire. Cependant, la solution retenue par l'article 1836 est plus subtile. Son alinéa 1er marque certes l'emprise du droit commun en posant le principe d'une révision des clauses du contrat de société en rappelant le principe du* mutuus dissensus *et en permettant aux associés d'organiser les modalités de la révision des statuts. Cette disposition combine ainsi le respect de l'article 1134 du code civil avec le principe de la liberté contractuelle*… ».

[429] En ce sens, v. K. Peglow, th. préc. n° 768, p. 437-438 : « *l'unanimité des décisions qui s'applique, en principe, à chaque modification du pacte social est une consécration de la conception contractuelle et reste encrée dans le droit des sociétés de personnes* ». Si l'unanimité constitue en principe dans ces sociétés une règle supplétive, l'unanimité peut constituer plus exceptionnellement une règle d'ordre public, tel est le cas s'agissant de la révocation des gérants associés ou encore concernant la cession de parts sociales.

[430] En ce sens, v. B. Solle, art. préc., spéc. p. 41-42 ; D. Randoux, art. préc., spéc. p. 247 et s. : plus l'*intuitus personae* est intense, plus la loi de l'unanimité va avoir un champ d'application important. Par conséquent, la responsabilité indéfinie des associés qui renforce l'*intuitus personae* dans les sociétés à responsabilité illimitée justifie davantage encore le recours à l'unanimité. En revanche, étant donné le fort *intuitus personae* dont est dotée justement la SARL, l'auteur s'interroge sur l'opportunité d'avoir consacré de manière impérative la loi de la majorité pour modifier les statuts. En effet, l'existence d'un *intuitus personae* plus marqué que dans les autres sociétés de capitaux aurait dû laisser la possibilité aux associés de prévoir une prise de décision à l'unanimité ou tout du moins à une majorité plus forte que celle fixée légalement.

[431] A. Bougnoux, art. préc., n° 4.

engagements des associés. Consacré explicitement à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, ce principe d'intangibilité des engagements est repris par des dispositions spécifiques relatives aux sociétés de capitaux[433], si bien que le principe d'unanimité conserve un domaine relativement conséquent. La reprise explicite du principe dans ces dispositions spéciales était nécessaire, puisque, en matière de modification des statuts, le législateur se contente d'une majorité et que l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* aurait fait échec à l'application de l'alinéa 2 de l'article 1836 du Code civil[434].

95. Consécration de la définition *stricto sensu* de l'engagement. La notion d'engagement a pour particularité d'être polysémique[435]. Celle-ci peut désigner, *lato sensu*, « *l'acte par lequel on s'engage à accomplir quelque chose ; promesse, convention, contrat* », mais également, *stricto sensu*, l'obligation elle-même. Or, le Code civil ne définit ni l'engagement ni l'obligation. Pire, il entretient la confusion entre eux[436]. Or, il conviendrait de les distinguer[437]. Le premier doit être appréhendé uniquement comme la source de la seconde. En d'autres termes, l'engagement devrait être entendu comme la convention ou le contrat dont émanent les obligations. En principe, l'amalgame n'a aucune importance. Par exception, il est nécessaire de les dissocier lorsque le principe d'immutabilité ne s'applique pas à l'ensemble du contrat (l'engagement *lato sensu*), mais aux seules obligations qu'il génère (les engagements *stricto sensu*).

Aussi, lorsque le législateur, en matière de société, dispose que « *les engagements des associés ne peuvent pas être augmentés sans leur consentement* », il est nécessaire de savoir à

---

[432] Encore que, en la matière, le principe a subi un fort tempérament. En effet, l'article L. 225-97 du Code de commerce dispose que « *L'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique* ». Ce tempérament au principe de l'unanimité apporté en 1959 a pour fondement l'entrée de la France dans le Marché commun.

[433] Article L. 223-30, alinéa 2, du Code de commerce concernant les SARL, lequel dispose qu'en aucun cas « *la majorité ne peut obliger un associé à augmenter son engagement social* », et article L. 225-96 du Code de commerce dispose que l'assemblée « *ne peut… augmenter les engagements des actionnaires, sous réserve des opérations résultant d'un regroupement d'actions régulièrement effectué* ».

[434] J. Scapel, « Vers une nouvelle délimitation du domaine de la notion d'intangibilité des engagements sociaux », *Rev. dr. com., maritime, aérien et des transports* 1999, p. 2, spéc. p. 3.

[435] *Terminologie contractuelle commune*, Association H. Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, 2008, sous la dir. de B. Fauvarque-Cosson, p. 29.

[436] Pour une assimilation des termes, v. les articles 1416, 1585, 1589-1, 1831-2, 1836 du Code civil.

[437] Terminologie contractuelle commune, *op. cit.*, p. 96 : « *il semble que le terme engagement soit utilisé en lieu et place de celui d'obligation* ».

quoi l'on fait référence. Toutefois, la combinaison des deux alinéas de l'article 1836 du Code civil ne laisse *a priori* aucun doute. Puisque le premier alinéa fait référence à la modification des statuts, autrement dit du contrat de société, l'augmentation des engagements au second alinéa vise nécessairement les obligations des associés[438]. L'existence du second alinéa n'aurait en effet aucun sens si le terme « engagement » était considéré au sens large, il ne ferait alors que réitérer le premier alinéa et on y verrait ici qu'une redondance du législateur.

96. Corollaire : L'immutabilité circonscrite à l'obligationnel. Dans la conception traditionnelle, le contrat est faussement réduit à son contenu obligationnel, de sorte que sa force obligatoire se confond avec celle des obligations qu'il fait naître. Or, principalement générateur d'obligations, le contrat peut également être source d'une pluralité d'effets soumis de manière analogue au principe de la force obligatoire[439]. Partant, dans cette hypothèse, assimiler force obligatoire du contrat et force obligatoire du contenu obligationnel aboutit à réduire considérablement la portée du principe d'immutabilité contractuelle. C'est ainsi que, concernant le contrat de société qui est à la fois générateur d'obligations et créateur d'une personne morale[440], le principe d'immutabilité devrait s'appliquer de manière absolue à l'ensemble de ses effets[441].

---

[438] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 1, p. 1 : « *En l'espèce, l'engagement serait donc l'obligation résultant pour l'associé de son adhésion au pacte social* ».

[439] P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ*. 1999, p. 771 et s., spéc. p. 771 ; F. Collart-Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 225, spéc. p. 231 : l'auteur reprend cette même distinction entre l'obligationnel et l'obligatoriété ; R. Libchaber, « Réflexion sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. p. 212-213 : « *l'accord oblige à en respecter les effets, quels qu'ils soient… De façon immédiate, le normativisme contractuel découle de l'article 1134 c. civ. : la loi habilite les contractants à former les normes de leur choix, le plus souvent des obligations, mais pas seulement, à l'exécution desquelles elle prête sa force* » .

[440] T. Favario, art. préc., spéc. p. 72 : « *Le contrat de société ne se réduit ainsi pas à la naissance d'obligations entre contractants, la personnalité morale ne s'inscrivant pas dans la réalisation d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire* » ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, Préf. M. Germain, n° 191, p. 168. Le contrat de société génère la plupart du temps une personne morale, argument dont se sont servis les institutionnalistes pour contester la nature contractuelle de la société. Pourtant, ainsi que le souligne ce même auteur (th. préc., n° 200, p. 174) : « *la vente, en ce qu'elle emporte transfert de propriété, fournit au moins un exemple de contrat ne générant pas uniquement des obligations. Si le transfert de propriété est considéré comme l'effet légal du contrat de vente, pourquoi ne pas voir dans la naissance de la personne morale, l'effet légal du contrat de société ?* » ; I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 13, p. 12 : « *Le contrat de société ne va-t-il pas jusqu'à réunir les trois types d'effets possibles : effet obligatoire, réel et créateur d'une personne morale ?* ».

[441] La question se pose de savoir ce qui se passe avant la naissance de la personne morale : les décisions impliquant une modification des statuts doivent-elles être prises à l'unanimité comme cela est la règle de droit commun des contrats sauf clause contraire ou doivent-elles être prises à la majorité prévue par les statuts ? V. M. Cozian, A.

Or, s'émancipant progressivement du droit commun des contrats, la naissance de la personne morale, effet propre au contrat de société[442], et le caractère pluripartite du contrat de société ont conduit à assouplir la rigidité de ce principe et à restreindre l'application du principe d'unanimité[443]. Partant, le législateur confirme l'intérêt pratique de dissocier immutabilité de l'engagement contractuel et immutabilité de l'obligationnel. Le principe d'immutabilité ne s'applique pas de manière uniforme à l'ensemble du contrat de société. Si l'immutabilité continue d'être le principe concernant son contenu obligationnel, il est devenu l'exception concernant son contenu non obligationnel. Autrement dit, si la modification des obligations issues du contrat de société continue d'être gouvernée par le principe de l'unanimité, la modification du fonctionnement de la personne morale est subordonnée en principe à la loi de la majorité[444]. En conséquence, puisqu'elle ne couvre pas l'ensemble des effets du contrat, il va sans dire que « *l'intangibilité que consacre l'art. 1836 al. 2 n'est que partielle* »[445].

Pour autant, la quête d'indépendance du contrat de société vis-à-vis du droit commun n'est pas achevée, loin s'en faut. On constate en effet au travers du principe d'intangibilité des engagements la volonté de préserver la stabilité contractuelle et de ne pas déjouer les prévisions des parties sur les éléments essentiels du contrat que sont leurs obligations. Il n'est alors pas étonnant que la plupart des décisions pour lesquelles le législateur exige l'unanimité des associés sont susceptibles d'être interprétées comme constitutives d'une augmentation des engagements des associés[446]. Aussi toutes les opérations de restructuration ayant pour effet une augmentation des engagements des associés requièrent-elles l'unanimité[447]. Ce principe d'intangibilité des

---

Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26e éd., Litec, 2013, n° 190 : « *Il faut admettre que les statuts en prévoyant des règles de majorité, dérogent précisément à la règle supplétive de l'unanimité ; ils doivent en conséquence recevoir application dans les rapports internes des associés pendant la période précédant l'immatriculation* ».

[442] La personne morale ne constitue cependant pas un effet essentiel de la société puisque certaines sociétés ne génèrent pas un tel effet, telles les sociétés en participation et les sociétés créées de fait.

[443] En ce sens, v. J. Scapel, art. préc., p. 2, spéc. p. 2-3 ; T. Favario, art. préc., spéc. p. 76 : « *Le Code Napoléon ne contenait aucune disposition particulière relative à la révision du contrat de société… Le contrat de société était donc intangible sauf pour les associés à le réviser par une décision unanime en application du* mutuus dissensus. *Concevables quand la société ne comptait qu'une poignée, cette dernière règle devient difficilement applicables aux sociétés par actions qui réunissent parfois des milliers d'actionnaires et qui doivent pouvoir s'adapter à un contexte économique et juridique plus mouvant* ».

[444] Y. Guyon, « La situation des associés dans les sociétés civiles et les sociétés commerciales ne faisant pas publiquement appel à l'épargne », *RTD Com.* 1983, p. 353, spéc. p. 353 : « *la distinction du droit civil et du droit commercial, à la rigueur applicable aux personnes morales elles-mêmes, ne descend pas jusqu'aux associés* ».

[445] P. Mousseron, *Droit des sociétés*, 2e éd., Montchrestien, 2005, p. 36.

[446] M. Buchberger, th. préc, n° 443, p. 368.

[447] L'article 1836, alinéa 2, du Code civil trouve en effet écho en matière de restructuration à l'article L. 236-5 du Code de commerce : « *si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements d'associés ou d'actionnaires*

obligations constitue sans aucun doute l'irréductible élément contractuel de la société[448]. Il s'agit là du droit le plus fondamental que possède l'associé sur la société[449]. C'est la raison pour laquelle, lorsqu'une augmentation d'engagements est en jeu, la majorité ne peut passer outre le consentement des associés minoritaires.

97. Valeur et portée absolue du principe d'immutabilité obligationnelle. Si le principe d'immutabilité contractuelle se trouve considérablement réduit dans sa portée, il revêt une portée absolue en matière obligationnelle[450]. En effet, en raison du caractère d'ordre public[451] du principe d'intangibilité des engagements, les associés ne peuvent y déroger et seul le législateur peut y attenter. Ce n'est qu'exceptionnellement que le législateur a prévu dans certaines sociétés[452] l'obligation de répondre aux appels de fonds nécessaires à la réalisation de l'objet social[453]. Hors ces hypothèses rigoureusement encadrées, législateur et jurisprudence[454] ont entendu conférer un rayonnement absolu à ce principe[455]. Il en résulte que même lorsque l'intérêt

---

de l'une ou de plusieurs sociétés en cause, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité desdits associés ou actionnaires ».

[448] F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com*. 2000, p. 27 spéc. p. 29 : « *énoncé à l'article 1836, alinéa 2 du Code civil, le principe général de droit des sociétés interdisant d'aggraver les obligations des associés sans leur consentement s'inspire directement des prescriptions de l'article 1134, alinéa 2 du Code civil, ce qui l'inscrit parmi les manifestations principales de la nature contractuelle de la société* » ; L. Godon, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc*. 2010, p. 474 et s. ; L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 106, p. 71 ; L. Jobert, « La notion d'engagement des associés », *Bull. Joly soc*. 2004, p. 627 ; J. Mestre, D. Velardocchio, « Les engagements de l'associé », in *Lamy sociétés commerciales*, 2006, n° 779 ; Y. Chartier, note sous Cass. com., 7 mars 1989, *Rev. soc*. 1989, p. 477.

[449] L. Jobert, art. préc., p. 627 : « *Le droit de ne pas être contraint à une augmentation de ses engagements, s'il ne figure pas dans la liste de Thaller, y trouve naturellement sa place* ».

[450] J. Scapel, art. préc., spéc. p. 3 : « *Ce principe est d'application générale, l'article 1836 du Code civil ayant vocation à s'appliquer à toutes les sociétés, civiles ou commerciales* ».

[451] Le caractère d'ordre public de la disposition est expressément confirmé par la jurisprudence. V. Cass. com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-20646, *Bull. civ*. IV, n° 171 ; *JCP E* 2004, 17, p. 665, obs. J.-J. Caussin, F. Deboissy et G. Wicker ; *Rev. soc*. 2004, p. 97, note B. Saintourens ; *RJDA* 2004, n° 583, p. 538 ; *Bull. Joly soc*. 2004, p. 413, note H. Le Nabasque ; *D*. 2004, p. 2968 ; *RTD com*. 2004, p. 314, obs. C. Champaud et D. Danet.

[452] Les sociétés d'attribution d'immeuble en jouissance à temps partagé (L. 6 janvier 1986, article 3) et les sociétés de construction (article 211-3 et 212-3 du Code de la construction).

[453] L. Godon, th. préc., n° 109, p. 72 : toutefois, même dans ces sociétés, l'atteinte demeure relative puisque l'obligation est limitée aux sommes nécessaires à la réalisation d'opérations déterminées et exclut le comblement des déficits sociaux.

[454] L. Jobert, th. préc., n° 440, p. 341 : « *il est permis de penser que le droit de l'associé à l'intangibilité de ses engagements est celui qui a le mieux résisté aux assauts de la jurisprudence* ». Plusieurs décisions peuvent être citées dans lesquelles les juges ont refusé de contraindre les associés à procéder à une augmentation de capital. V. Cass. com., 15 janvier 1991, *Bull. civ*. IV, n° 27 ; *Rev. soc*. 1996, p. 793, note L. Godon ; *RTD com*. 1996, p. 487, note B. Petit et Y. Reinhard ; Cass. com., 19 octobre 1999, *Rev. soc*. 2000, p. 294, note L. Godon ; *Bull. Joly soc*. 2000, p. 70, note A. Couret.

[455] Son rayonnement est d'autant plus important qu'il dépasse *a priori* le cadre des décisions modificatives des statuts. V. Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, *Bull. civ*. I, n° 375 ; *Bull. Joly soc*. 1997, p. 131, note P. Le Cannu ;

de la société est mis en péril, aucune obligation de renflouer la société ne pèse sur les associés. Si le législateur semble avoir imposé à la charge de certains associés un devoir de soutien, celui-ci ne relève que d'un devoir moral et purement facultatif[456]. Ni l'Etat, ni un établissement financier[457], ne sont contraints en leur qualité d'actionnaire particulier d'apporter leur soutien financier à une entreprise en difficulté[458]. En outre, même dans les sociétés affectées d'une obligation de recapitalisation, les associés conservent le choix de la recapitalisation. En effet, à défaut de vouloir procéder à de nouveaux apports, ils peuvent encore opter pour la transformation ou la dissolution de la société[459]. Les autorités ne vont donc pas jusqu'à légitimer un tel sacrifice de l'intérêt de l'associé au profit de celui de la société. Toutefois, si le principe a toujours revêtu une portée absolue, la jurisprudence en donnait classiquement une interprétation très restrictive.

Dr. soc. comm. 4, note T. Bonneau ; *RTD com*. 1997, p. 467, obs. C. Champaud et D. Danet : dans cet arrêt, les juges ont appliqué l'article 1836, alinéa 2, du Code civil à une décision non modificative des statuts laquelle obligeait les associés cédants à garantir le passif social. Egalement, le principe est étendu aux décisions prises par les dirigeants sociaux ou par l'assemblée générale ordinaire. V. Cass. com., 7 mars 1989, *Bull. civ*. IV , n° 81 ; *Bull. Joly soc*. 1989, p. 442 ; *Rev. soc*. 1989, p. 473, note Y. Chartier ; *Contra* : Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1988, *Bull. civ*. I, n° 313 ; *Rev. soc*. 1989, p. 473, note Y. Chartier ; *RTD com*. 1989, p. 86, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; *Defr*. 1989, art. 34518, n° 2, p. 553, obs. J. Honorat ; Cass. civ. 1ère, 13 janvier 1998, *Bull. civ*. I, n° 8 ; *Bull. Joly soc*. 1998, p. 457, note J.-J. Daigre ; *D. Aff*. 1998, p. 1409, obs. M. B. ; *Defr*. 1998, art. 36889, n° 2, p. 1286, obs. J. Honorat : la Cour de cassation affirme que « *l'article 1836 du Code civil, s'il peut s'appliquer aux SCI comme aux autres sociétés, ne règle cependant que les conditions auxquelles doivent satisfaire les modifications satisfaire* ».

[456] A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 165 et s., p. 147 et s. ; D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7e éd., LGDJ, 2010, n° 447.

[457] L'article L. 511-42 du Code monétaire et financier dispose que « *Lorsqu'il apparaît qu'un établissement de crédit le justifie, le gouverneur de la Banque de France, président de la commission bancaire, invite, après avoir, sauf en cas d'urgence, pris l'avis de la commission bancaire, les actionnaires ou les sociétaires de cet établissement à fournir à celui-ci le soutien qui lui est nécessaire* ». Toutefois, le terme « *invitation* » a été interprété par la jurisprudence comme une simple recommandation, attribuant ainsi à la disposition une simple valeur facultative. V. CA Paris, 13 janvier 1998, *Bull. Joly soc.* 1998, p. 321, note J.-J. Daigre ; *JCP E* 1998, 559, note T. Bonneau ; CA Paris, 24 septembre 1993, *D*. 1995, p. 1, note C. Gavalda.

[458] H. Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com*. 1999, p. 273, spéc. p. 275-276 ; L. Godon, th. préc., n° 118 et s., p. 77 et s. et spéc. n° 125, p. 82 : l'auteur précise que l'absence de devoir de soutien à la charge de ces actionnaires particuliers se justifie également par le principe d'égalité entre associés lequel « *postule qu'on ne peut réclamer à un membre d'alourdir sa contribution en considération de sa qualité personnelle ou de son influence dans la société* » ; en ce sens, v. A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 167, p. 148.

[459] L. Godon, th. préc., n° 127, p. 83 : cette obligation de recapitalisation qui existe dans les SARL et les sociétés par actions ne revêt qu'un caractère alternatif et secondaire ; en ce sens, v. A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 172, p. 151 ; F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com*. 2000, p. 27 spéc. p. 61-62.

B- LA COMPREHENSION PRETORIENNE RESTRICTIVE DU PRINCIPE D'INTANGIBILITE DES ENGAGEMENTS

98. Si le législateur a expressément consacré de manière généralisée le principe d'intangibilité des obligations des associés, encore faut-il bien comprendre la signification et la portée de la formule[460]. Or, la jurisprudence opte traditionnellement pour une compréhension restrictive dudit principe en restreignant sa portée aux seules obligations pécuniaires (1) et en excluant de son champ la diminution des droits (2).

1- La restriction traditionnelle à l'engagement de type pécuniaire

99. Consécration d'une conception unitaire de l'engagement. Dans un arrêt du 9 février 1937, la Cour de cassation a entendu explicitement cantonner le principe d'intangibilité aux seules obligations pécuniaires[461], excluant donc de son champ les obligations de faire et de ne pas faire. L'augmentation des engagements ne serait donc qu'une formule elliptique pour désigner les engagements financiers.

100. Justification de la conception unitaire. Cette interprétation se comprend aisément si, à l'instar d'une partie de la doctrine, l'on postule que la seule véritable obligation de l'associé est constituée par l'apport en société[462] et, dans les sociétés à responsabilité illimitée, par une

---

[460] F. Rizzo, art. préc., spéc. p. 30 ; A. Bougnoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, AGE, Limites des pouvoirs, Nullités,* in *J-Cl. soc*. 2007, n° 25 : « *La formule légale a le mérite de la concision mais n'a peut-être pas celui de la clarté* ».

[461] Cass. civ., 9 février 1937, *S*., 1937, p. 129, note H. Rousseau ; *DP* 1937, 1, p. 73, note A. Besson : « *les engagements primitifs des actionnaires ne sont augmentés que si les dispositions prises par l'assemblée générale entraînent une aggravation de la dette contractée par eux envers la société ou envers les tiers* ». La doctrine de l'époque est en effet unanime sur l'interprétation à donner à cet arrêt. V. C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, T. II, 7e éd., Sirey, 1935, n° 1262 : « *la majorité n'a pas le droit d'obliger un actionnaire malgré lui à verser à la société une somme supérieure à celle qui s'est engagé à fournir…, c'est-à-dire, en d'autres termes, à accroître les charges pécuniaires qu'il a assumées volontairement* ». Toutefois, la Cour de cassation a pris le soin de se référer au terme de « dette » qui n'implique pas pourtant nécessairement une dette de somme d'argent. En ce sens, v. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 444, p. 369, note de bas de page n° 41.

[462] Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd. LGDJ, 2002, n° 35 : « *En principe la seule obligation de l'associé consiste à libérer l'apport qu'il a souscrit* » ; J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, n° 82, p. 81 ; H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 47 ; B. Petit, *Droit des sociétés, Objectif Droit cours Licence Master*, 5e éd., Litec, 2010, n° 80 ; T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53,

obligation aux dettes sociales. Il n'y a là rien d'étonnant au regard de l'article 1832 du Code civil qui ne dénombre que deux obligations positives et financières à la charge de l'associé, la libération d'un apport et l'engagement de participer aux pertes sociales[463]. En outre, cette interprétation[464] semble conforme aux discussions parlementaires qui ont précédé les réformes du 22 novembre 1913 et du 1er mai 1930 et qui font allusion aux « *charges fixes* »[465]. Enfin, cette position semble implicitement corroborée par l'article L. 223-30 du Code de commerce relatif à la société à responsabilité limitée qui interdit l'augmentation de « *son engagement social* »[466] et par l'article L. 228-68 du Code de commerce relatif aux obligataires qui se réfère à l'accroissement des « charges »[467].

101. Appréciation critique de la conception unitaire. Cette conception restrictive du principe d'immutabilité se heurte cependant au fait que certaines obligations d'apport ne sont justement pas des obligations de verser une somme d'argent. C'est le cas, tout d'abord, des apports en propriété : si ces derniers constituent bien des obligations de donner, il ne s'agit pas d'obligation d'ordre pécuniaire. Plus encore, les obligations d'apport en jouissance et en industrie se présentent comme de pures obligations de faire[468] et se distinguent donc clairement des obligations de verser une somme d'argent. En outre, aux côtés des obligations pécuniaires, le contrat de société, à l'instar de tout contrat, peut héberger en son sein d'autres obligations de nature secondaire[469]. En effet, si les obligations légales des associés sont peu nombreuses et que

---

spéc. p. 61 ; B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p. 121 ; G. Durant-Lépine, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 7.

[463] Y. Chartier, « L'évolution de l'engagement des associés », *Rev. soc*. 1980, p. 1, spéc. p. 2 : « *Sans doute la notion d'obligation des associés a-t-elle* a priori *un sens plus large. Mais, à vouloir les examiner, on s'aperçoit qu'en dehors des engagements proprement dits (la réalisation des apports et la charge au passif), elles sont finalement des plus limitées* ».

[464] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 105, p. 70.

[465] J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 407.

[466] J. Monnet, art. préc., spéc. p. 407 : l'emploi au singulier du terme engagement semble renvoyer à l'obligation principale de l'associé, c'est-à-dire l'apport.

[467] En ce sens, v. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 444, p. 369.

[468] M. Buchberger, th. préc., n° 63, p. 74.

[469] P. Jestaz, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, p. 273 et s. : l'auteur affirme qu'il existe dans tout contrat une obligation fondamentale autour de laquelle s'articulent plusieurs obligations annexes introduites par la jurisprudence ou par les parties.

l'apport constitue bien l'obligation fondamentale de l'associé[470], le contrat de société peut être le siège de plusieurs autres obligations[471] qu'il n'y a pas lieu de soustraire au principe d'intangibilité. Enfin, la formule législative employée à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil ne laisse nullement entendre que le législateur souhaite restreindre la prescription prohibitive à ces seuls engagements. Au demeurant, l'emploi du pluriel « *engagements* » laisse penser que le législateur souhaite étendre le principe d'intangibilité à toutes les obligations dont sont tenus les associés[472]. Dès lors, peu importe leur nature, qu'elles soient contractuelles ou légales, pécuniaires ou non, toutes sont susceptibles d'être couvertes par ce principe d'intangibilité.

102. Par conséquent, restreignant traditionnellement le champ du principe d'intangibilité aux seules obligations pécuniaires, les augmentations des obligations d'une autre nature sont considérées comme de simples diminutions de droits lesquelles échappent également à l'exigence de la règle unanimiste[473].

2- L'exclusion traditionnelle de la diminution des engagements et des droits

103. L'intangibilité exclusive de la « diminution » des engagements. Le principe d'intangibilité contractuelle, même circonscrit à l'obligationnel, devrait tout autant concerner l'augmentation que la diminution des engagements. Sur le plan juridique, une diminution

---

[470] M. Buchberger, th. préc., n° 58, p. 72 : « *Cet apport constitue l'obligation fondamentale de l'associé, car il donne en principe la mesure des droits qui pourront être exercés à l'encontre de la société* » ; en ce sens, v. L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 4, p. 9. L'affirmation mérite toutefois aujourd'hui d'être relativisée. V. T. Massart, « La société sans apport », in *Mél. P. Didier, Etudes de droit privé*, Economica, 2008, p. 289.

[471] En ce sens, v. Y. Guyon, *op. cit.*, n° 35 et s. et n° 93 et s. ; L. Godon, th. préc. : l'auteur met en exergue dans sa thèse qu'à côté des deux obligations positives et financières que sont la libération d'un apport et la contribution aux pertes sociales, d'autres obligations peuvent exister, certaines dépendent de la forme sociale ou d'un évènement particulier et sont donc propres à certaines sociétés seulement et certaines sont purement conventionnelles et résultent de la liberté contractuelle des associés ; L. Jobert, th. préc., n° 12, p. 17 : « *selon la forme sociale ou la volonté des rédacteurs des statuts, le pacte social regorge d'obligations qui épousent la durée de la société* » ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 317.

[472] Le pluriel d' « *engagements* » est de nouveau repris dans la rédaction de l'article L. 225-95 du Code de commerce relatif aux sociétés anonymes et tend donc à une généralisation de l'interdiction d'augmentation à toutes les obligations.

[473] J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 411 : « *tout nouvel engagement non pécuniaire est avant tout, même s'il renforce la position de la société par rapport à l'associé, une atteinte aux droits de ce dernier* ».

emporte tout autant modification du contrat qu'une augmentation[474]. Partant, la décision tendant à diminuer les obligations d'un associé devrait en principe requérir également son consentement. En effet, la suppression d'une clause de non-concurrence ou d'inaliénabilité devrait tout autant nécessiter le consentement de l'associé que leur introduction. Cependant, la formule édictée à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil semble univoque et ne laisser aucune marge d'interprétation aux juges. On ne peut donc que saluer la conception restrictive de la jurisprudence, parfaitement conforme au texte de loi. Cette restriction ne connaît cependant qu'un intérêt pratique limité puisque l'associé dénoncera rarement son absence de consentement à une diminution de ses engagements[475].

104. L'intangibilité exclusive de la diminution des « droits ». Il en va bien différemment en matière de diminution des droits. En effet, la Cour de cassation a précisé dans son arrêt du 9 février 1937[476] que « *si la réglementation du droit de préemption et les restrictions apportées à la cessibilité des actions peuvent constituer une diminution des droits des actionnaires* », elles « *ne constituent cependant pas une augmentation de leurs engagements* ». En apparence, la distinction est aisément identifiable et donc simple de mise en œuvre : « *l'engagement est… l'obligation résultant pour l'actionnaire de l'adhésion au pacte initial, (tandis que) toute autre chose est l'ensemble des droits de l'actionnaire qui réunit les prérogatives dont il peut se prévaloir à l'égard de la société…* »[477].

105. Illustrations de la distinction. Seraient ainsi considérées comme constitutives d'augmentation des engagements des associés les décisions tendant au versement de fonds

---

[474] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen, n° 549, p. 399 : « *La formulation de cette disposition (article 1836, alinéa 2, du Code civil) prête du reste à confusion car l'augmentation ne paraît pas formellement, se confondre avec la modification* » ; P. Mousseron, *Droit des sociétés*, 2e éd. Montchrestien, 2005, p. 36.

[475] On recense toutefois une décision de la chambre sociale (Cass. soc., 19 mai 1998, *Bull. civ*. V, n° 265) dans laquelle la Cour de cassation a justement affirmé que « *la rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minime, sans son accord ; qu'il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux* ». En d'autres termes, peu importe qu'il s'agisse d'une augmentation ou d'une diminution, la modification du contrat de travail suppose toujours le consentement du salarié.

[476] Cass. civ., 9 février 1937, *S*. 1937, p. 129, note H. Rousseau ; *DP* 1937, 1, p. 73, note A. Besson ; en ce sens, v. Cass. com., 22 octobre 1956, pourvoi n° 56-10550 ; *JCP G* 1956, II, n° 9678, note D. Bastian ; *contra* : Cass. req., 2 janvier 1924, *DH* 1924, p. 61, note J. Escarra ; *Journ. soc*. 1925, p. 83, note H. Bosvieux.

[477] Obs. C. Champaud et D. Danet, sous Cass. com., 26 mars 1996, Chalazon c/ Soc. Buthurieux et associés et autres, *RTD Com*. 1996, p. 487.

complémentaires, même affectés au paiement d'une dette sociale[478]. En outre, la prohibition comprend également les augmentations indirectes telle que la transformation d'une société en une forme qui accroît la responsabilité financière de l'associé[479]. *A contrario*, seraient classées parmi les décisions entraînant la simple diminution des droits celles par exemple qui tendent à transformer une société anonyme en société à responsabilité limitée conduisant à la substitution de parts négociables en parts seulement cessibles[480]. De manière générale, la décision relative à l'introduction d'une clause restreignant la libre négociabilité des actions ne constitue qu'une diminution de droits et, en tant que telle, échappe à la prohibition de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil[481]. Citons, enfin, la modification de la répartition des bénéfices ou encore la suppression du droit de jouissance sur les immeubles de la société qui, là encore, ne requièrent pas le consentement individuel de chaque associé[482].

106. Justification de la distinction. La mise à l'écart du principe d'immutabilité contractuelle concernant la modification des droits des associés est légitimée par l'impératif de pérennité contractuelle[483]. Neutraliser la loi de l'unanimité au profit de la majorité revient incontestablement à privilégier l'intérêt social sur celui de l'associé et à garantir la pérennité du pacte social[484]. En effet, en s'engageant dans la société, les associés acceptent de sacrifier une partie de leur liberté et, par suite, d'annihiler une partie de leurs droits au bénéfice de la société. Par conséquent, cette annihilation partielle constitue la contrepartie de son droit d'entrée dans la

---

[478] Cass. com., 7 mars 1989, *Rev. soc*. 1989, p. 473, note Y. Chartier.

[479] V. l'article L. 223-43 du Code de commerce qui dispose que « *La transformation d'une société à responsabilité limitée en société en nom collectif, en commandite simple ou en commandite par actions, exige l'accord unanime des associés* ». Il en est toutefois de même s'agissant de la transformation d'une SA en une société à responsabilité illimitée sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil.

[480] Cass. com., 28 novembre 1950, *D*. 1951, p. 109, note G. Ripert.

[481] T. com. Versailles, 2 mai 1989, *Bull. Joly soc.* 1989, p. 615 ; CA Versailles, 27 janvier 2005, *D*. 2005, p. 716, obs. A. Lienhard, *Bull. Joly soc.* 2005, p. 612.

[482] CA Paris, 27 janvier 1995, Société Résidence Champs-Elysées, *Bull. Joly soc.* 1995, p. 334, note B. Stemmer, *Dr. soc.* 1995, comm. 78, note D. Vidal et, sur pourvoi, Cass. 3e civ., 8 octobre 1997, pourvoi n° 95-14089, *Bull. civ.* III, n° 192 ; *Dr. soc*. 1998, comm. 20, note T. Bonneau.

[483] V. *infra*, n° 490.

[484] G. Taormina, « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. soc*. 2002, p. 267, spéc. p. 270 : dissocier diminution des droits et augmentation des engagements est une « *manière de faire prévaloir, dans une certaine mesure, l'intérêt social sur celui de l'associé ou encore, suivant l'expression de l'article 1833 du code civil, sur l'intérêt commun des associés* ». Toutefois, cette affirmation suppose d'adhérer à la théorie selon laquelle l'intérêt commun des associés se dissocie bien de l'intérêt social. L'auteur nuance plus loin son affirmation p. 275 : « *L'intérêt social ne se confond pas* ipso facto *avec l'intérêt commun des associés visé à l'article 1833 du code civil car, ce qui est bon pour la société, nécessitant le cas échéant une modification des statuts, ne le sera pas forcément pour les associés pris collectivement* ». V. en particulier sur l'assimilation de l'intérêt social et de l'intérêt commun : D. Schmidt, « De l'intérêt commun des actionnaires », *JCP E* 1994, I, 3793.

société[485]. Pour cette raison, il est conforme à la volonté du législateur de ne pas conférer un domaine trop large au principe d'intangibilité des engagements en y intégrant la diminution des droits[486].

107. Appréciation critique de la distinction. Bien qu'aspirant à une meilleure adaptation de la société aux changements économiques, cette distinction prétorienne n'échappe pas à une double critique.

D'une part, aucun texte n'impose expressément une telle dichotomie. Dès lors, l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* inciterait à ne pas réserver la prohibition aux seules augmentations d'engagements.

D'autre part, la distinction revêt un caractère artificiel à deux égards. En premier lieu, une diminution des droits de l'associé peut également constituer une augmentation de ses engagements[487]. La frontière est poreuse : la décision tendant à la prorogation de la durée de l'engagement envers la société conduit tout à la fois à une augmentation de la durée de ses obligations envers la société et à une diminution de son droit de se retirer de la société ; la décision relative à l'insertion d'une clause d'agrément ou de préemption se présente tout à la fois comme constitutive d'une diminution de son droit de se retirer et d'une augmentation de son engagement, l'associé étant alors obligé de respecter une procédure plus contraignante aux fins de négociation de ses actions. Cette distinction devient ainsi impraticable dès lors que l'on étend la prohibition aux obligations autres que celles de verser une somme d'argent. En deuxième lieu, certains droits individuels de l'associé revêtent un caractère intangible qui renforce la perméabilité de ces deux notions. On opposerait dès lors les droits propres[488], droits naturels de l'associé, soustraits par conséquent au pouvoir majoritaire, aux droits dérivés, librement

---

[485] G. Taormina, art. préc., spéc. p. 272 : « *S'engager c'est dans une certaine mesure, consentir à aliéner sa liberté, et donc consentir à restreindre ses droits en acceptant la règle du jeu social* » ; en ce sens, v. B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p. 138.

[486] H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 53 : « *Considérer que la réduction des droits est une aggravation des engagements est, non pas revenir à la négation du pouvoir modificateur de l'assemblée… mais restreindre cette compétence d'une façon beaucoup plus sérieuse que ne l'a voulu la loi* ».

[487] G. Taormina, art. préc., spéc. p. 271 : « *Cette présentation manichéenne des situations… n'est pas toujours suffisante ; notamment en présence de situations qui se situent en réalité, à la frontière des deux qualifications* » ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 408, p. 313 ; H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux », *Dr. soc., Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36, spéc. p. 36.

[488] Ces droits propres sont également dénommés « droits essentiels » ou « prérogatives intangibles ». V. J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, n° 69, p. 66 ou encore « droits fondamentaux » ou « droits réservés ». V. H. Lechner, th. préc., p. 3.

modifiables par l'assemblée[489]. Il est ainsi impossible à la majorité d'introduire une clause qui aurait pour objet ou effet de modifier ces droits propres, ces derniers étant soumis au même régime que l'augmentation des engagements[490]. Cette distinction serait toutefois opportune si ces droits propres étaient clairement identifiés. Cependant, si l'on s'accorde à reconnaître le droit à l'intangibilité de ses engagements et le droit de rester dans la société comme des droits essentiels immuables, il apparaît toutefois difficile d'en établir la liste exhaustive en l'absence d'une détermination expresse du législateur[491]. La difficulté s'accroît encore puisque l'intangibilité de certains droits reconnus comme propres est circonscrite à leur existence, excluant cependant du champ de cette intangibilité leurs conditions d'exercice[492]. En conséquence, en raison d'une délimitation et d'une détermination ambiguës de ces notions, la distinction entre augmentation des engagements et diminution des droits se révèle bien difficile à mettre en œuvre. La distinction est d'autant plus délicate que la jurisprudence semble procéder à une extension des frontières de la notion d'engagement.

SECTION 2 UNE APPLICATION RENFORCEE

108. Souhaitant faciliter l'adaptation de la société aux circonstances économiques, la jurisprudence traditionnelle interprétait restrictivement le principe d'intangibilité des

---

[489] Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 48.

[490] L. Jobert, th. préc., n° 440, p. 341.

[491] C. Cluzant, *Pouvoirs de l'assemblée extraordinaire de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire*, thèse Toulouse, 1906, n° 36, p. 84 : Edmond Thaller est le premier à avoir établi une liste de ces droits propres dans laquelle figuraient le droit de traiter avec une société régulière, le droit à ne pas être exclu sans compensation de la société quand les autres y restent, le droit à limiter son risque au montant de l'action, le droit à garder et négocier son titre. Toutefois, cette classification semble aujourd'hui être remise en cause. V. M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 401 : « *Par plusieurs textes, le législateur français ouvrit de plus en plus largement la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, si bien que l'on peut se demander aujourd'hui s'il existe encore des droits propres… le droit de vote, le droit aux bénéfices, le droit à la cession des titres, le droit de demander la nullité sont-ils des droits propres ?* » ; sur les tentatives d'élaboration d'une théorie des droits propres, v. J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937 ; H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932.

[492] Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd. LGDJ, 2002, n° 48 : « *beaucoup de droits sont intangibles dans leur existence, la collectivité des associés ne pouvant les supprimer, mais relatifs dans leurs conditions d'exercice* ». L'auteur cite en exemple le droit de quitter la société : droit intangible dans son existence mais dont les conditions d'exercice peuvent néanmoins être aménagées par la majorité par l'introduction d'une clause d'agrément ou de préemption. Sur l'appréciation des atteintes portées par la jurisprudence à ce droit, v. L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 440, p. 342.

engagements. Signe d'un renforcement contractuel, elle paraît cependant aujourd'hui procéder à un renouvellement du principe d'intangibilité (§1). Ce renforcement doit, cependant, être précisément déterminé et être limité (§2).

§1 LES MANIFESTATIONS D'UNE CONCEPTION RENOUVELEE DU PRINCIPE D'INTANGIBILITE DES ENGAGEMENTS

109. Soucieuse d'une plus grande prise en considération des intérêts individuels des associés, la jurisprudence a élargi le champ d'application du principe d'intangibilité des engagements[493] (A). Ces manifestations d'une conception renouvelée du principe d'intangibilité semblent pouvoir être interprétées comme une revalorisation de l'influence du droit commun des contrats (B).

A- L'EXTENSION DES OBLIGATIONS ET DES DROITS SOUMIS AU PRINCIPE D'INTANGIBILITE DES ENGAGEMENTS

110. Le principe d'intangibilité des engagements a subi une double extension : d'une part, le principe a été étendu à toutes les obligations, peu important leur nature ou leur origine (1) ; d'autre part, le principe a été étendu à certaines catégories de droits, prohibant leur suppression (2).

1- L'extension des catégories d'obligations concernées par le principe d'intangibilité des engagements

111. La jurisprudence a consacré un double élargissement des catégories d'obligations concernées par le principe d'intangibilité en incluant dans son domaine d'application, les obligations autres que celles de verser une somme d'argent (a) et les obligations non prises en qualité d'associé (b).

[493] H. Azarian, *La société par actions simplifiée*, 2e éd., Litec, 2007, préf. A. Viandier, n° 389 : « *Il semble qu'à la lumière de cette évolution jurisprudentielle, qu'il faille conclure à l'existence de deux domaines d'élection de l'utilisation du principe d'intangibilité des engagements des associés. L'un d'origine, est celui des résolutions créant des dettes pécuniaires à la charge des associés. L'autre est celui des résolutions leur imposant des obligations en nature ou portant de manière décisive à leurs droits fondamentaux* ».

a- L'extension du principe d'intangibilité aux obligations non pécuniaires

112. Extension du principe aux obligations en nature. Rattaché depuis 1937[494] à une conception purement pécuniaire, le principe d'intangibilité des engagements paraît aujourd'hui s'étendre aux obligations extra-pécuniaires. Ainsi, la jurisprudence a plusieurs fois exprimé sa volonté d'étendre le champ d'application de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil et des articles L. 223-30 et L. 225-96 du Code de commerce aux obligations de faire, ne pas faire ou donner.

113. Augmentation de la durée des engagements des coopérateurs. A trois reprises[495], la Cour de cassation a ainsi considéré que la majorité ne pouvait imposer aux coopérateurs une augmentation de la durée de leurs engagements sans requérir au préalable le consentement unanime des associés. Or, si l'engagement des coopérateurs comprend bien des obligations pécuniaires, telles le principe de variabilité du capital, la distribution limitée des dividendes ou l'absence de distribution de boni de liquidation, il comprend également des obligations en nature de faire et ne pas faire, comme celle de réserver une partie de sa production à la coopérative.

114. Introduction d'une obligation d'exercer en commun la profession. Le Tribunal de commerce de Paris[496] a explicitement confirmé cette extension au visa de l'article L. 236-5 du Code de commerce[497]. Pour les magistrats parisiens, l'absorption d'une société anonyme par une société coopérative ouvrière de production crée à la charge des actionnaires une obligation d'exercer en commun leur profession dans le cadre de la société absorbante qui augmente leurs engagements et, donc, exige le consentement unanime des associés.

115. Introduction d'une obligation de ne pas faire concurrence. Cette extension a également été réalisée par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation[498] relatif à

---

[494] Cass. civ., 9 février 1937, *S*., 1937, p. 129, note H. Rousseau ; *DP* 1937, 1, p. 73, note A. Besson.
[495] Cass. civ. 1ère, 12 octobre 1976, *Rev. soc*. 1977, p. 525, note C. Atias ; Cass. civ. 1ère, 22 juin 1982, *Bull. civ*. I, n° 234 ; *D*. 1983, p. 87, note P.-G. Gourlay ; Cass. civ. 1ère, 4 avril 1995, *Bull. civ*. I, n° 162 ; *Rev. soc*. 1996, p. 309, note B. Saintourens.
[496] T. com. Paris, 24 novembre 1980, *Gaz. Pal*. 1981, 1, p. 117, note A.P.S. ; *Bull. Joly soc*. 1980, p. 701.
[497] L'article L. 236-5 du Code de commerce fait écho à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil en matière de restructuration.
[498] Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ*. IV, n° 94 ; *Rev. soc*. 1996, p. 793, note L. Godon ; *JCP G* 1996, I, 3980, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly soc*. 1996, p. 604, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 1996, p. 487,

l'introduction dans les statuts en cours de vie sociale d'une clause de non-concurrence qui, là encore, constitue une obligation non pécuniaire. Alors que la Cour d'appel avait accepté le jeu de la clause litigieuse, la Cour de cassation a considéré qu'elle augmentait les engagements de l'associé et que son introduction ultérieure dans les statuts nécessitait le consentement unanime des associés. Pour cette raison, l'absence d'unanimité emportait l'annulation de la délibération litigieuse et, donc, la nullité de la clause[499].

b- L'extension du principe d'intangibilité aux obligations non prises en qualité d'associé

116. Extension du principe à l'ensemble des relations sociétaires. Le renouvellement de la conception classique est également révélé par l'application du principe d'intangibilité des engagements à des obligations contractées en une autre qualité que celle d'associé *stricto sensu*. En effet, la société est une véritable nébuleuse contractuelle et constitue le noyau dur d'une multiplicité de relations qui viennent se greffer sur le contrat de société[500].

117. Extension à l'obligation prise en qualité de coopérateur. La Cour de cassation a ainsi admis que l'augmentation de la durée des engagements des coopérateurs nécessitait le consentement individuel des associés sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil[501]. Or, l'obligation n'appartenait pas au contrat de société *stricto sensu* mais au contrat de coopération. Le champ d'application de la disposition légale est donc bien étendu au-delà de ce que prévoyait le législateur.

---

obs. B. Petit et Y. Reinhard ; *Dr. soc*. 1996, comm. 122, note T. Bonneau ; Rapport Cour de cassation pour 1996, La documentation française, p. 314.

[499] C'est en ce sens que s'est prononcé le commentateur de cet arrêt dans le rapport de la Cour de cassation (Rapport Cour de cassation pour 1996, La documentation française, p. 315) : cet arrêt « *consacre une solution protectrice des intérêts des associés en refusant de réduire l'augmentation de leurs engagements à la création d'une somme d'argent* ».

[500] Ces diverses obligations ne font cependant pas nécessairement l'objet de conventions extra-statutaires, ce qui contribue à renforcer la confusion des qualités de l'associé.

[501] Cass. civ. 1ère, 12 octobre 1976, *Rev. soc*. 1977, p. 525, note C. Atias ; Cass. civ. 1ère, 22 juin 1982, *Bull. civ*. I, n° 234 ; *D*. 1983, p. 87, note P.-G. Gourlay ; Cass. civ. 1ère, 4 avril 1995, *Bull. civ*. I, n° 162 ; *Rev. soc*. 1996, p. 309, note B. Saintourens.

118. Extension à l'obligation prise en qualité de cédant. Cette décision n'est pas restée isolée puisque, dans un arrêt rendu par la première chambre civile[502], la Cour de cassation a requis, sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, le consentement de tous les associés pour valider l'introduction d'une clause de garantie de passif souscrite par les associés d'une société civile au profit d'un tiers. Or, là encore, l'obligation ne résultait pas du contrat de société *stricto sensu* mais de la convention de cession passée entre les associés cédants et le tiers cessionnaire[503].

119. Extension à l'obligation prise en qualité de prêteur. Cette tendance a encore été confirmée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui a considéré que la décision de blocage de comptes courants d'associés nécessitait le consentement unanime des associés sur le fondement de l'ancien article 153 de la loi du 24 juillet 1966 (nouvel article L.225-96 du Code de commerce)[504]. L'obligation de ne pas demander le remboursement de ses comptes était étrangère au pacte social *stricto sensu* mais était en réalité issue de la convention de compte courant passée entre l'associé et la société.

120. Extension à l'obligation prise en qualité de retrayant. Il est enfin possible de citer un arrêt dans lequel la Cour de cassation a exigé l'unanimité des associés pour permettre l'introduction d'une obligation de non-concurrence sur le fondement de l'ancien article 153 de la loi du 24 juillet 1966[505]. En effet, la clause de non-concurrence était appelée à jouer après le départ de l'associé. Même s'il ne s'agissait donc pas d'une obligation prise en cette qualité, la jurisprudence a pourtant exigé le respect de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil.

---

[502] Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, *Bull. civ*. I, n° 375 ; *Dr. soc*. 1997, comm. 4, note T. Bonneau.

[503] L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 446, p. 348-349 : l'auteur précise que la nullité aurait pu également être prononcée sur le fondement de l'article 1165 du Code civil. Ce n'était pas à l'assemblée de consentir, celle-ci étant tiers à la cession, mais à l'associé cédant. Aussi le consentement de l'assemblée avait-il pour effet de porter atteinte au principe de l'effet relatif des contrats.

[504] Cass. com., 24 juin 1997, *Bull. civ*. IV, n° 207 ; *JCP E* 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; *Dr. soc*. 1997, comm. 138, note T. Bonneau.

[505] Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ*. IV, n° 94 ; *Rev. soc*. 1996, p. 793, note L. Godon ; *JCP G* 1996, I, p. 3980, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly soc*. 1996, p. 604, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 1996, p. 487, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; *Dr. soc*. 1996, comm. 122, note T. Bonneau ; Rapport Cour de cassation pour 1996, La documentation française, p. 314.

121. Si toutes les obligations semblent désormais intégrer le champ d'application du principe d'intangibilité, certains droits semblent également participer à ce processus d'extension.

2- L'extension du principe d'intangibilité des engagements aux droits découlant d'une liberté individuelle

122. L'intangibilité des droits individuels de l'associé. Dans son arrêt rendu le 26 mars 1996, la chambre commerciale de la Cour de cassation a assimilé la suppression d'un droit découlant d'une liberté fondamentale à une augmentation des engagements de l'associé[506]. Elle a en effet considéré que, parce que l'introduction d'une clause de non-concurrence portait atteinte à la liberté du travail et du commerce, elle emportait ainsi augmentation des engagements de l'associé. Dès lors, un consentement unanime conditionnait son introduction dans les statuts et requérait un consentement unanime des associés[507].

123. Une intangibilité incertaine ? Cette décision tranche avec celle rendue deux ans auparavant par la Cour de cassation[508] qui avait alors validé un coup d'accordéon voté à la seule majorité des associés : « *la mesure prise n'avait pas imputé des dettes aux actionnaires au-delà du montant de leur souscription, et qu'ils avaient la faculté, pour rester dans la société, de souscrire à la nouvelle augmentation de capital, la Cour d'appel qui a ainsi fait ressortir qu'aucune obligation nouvelle n'était mise à la charge des actionnaires, a pu, sans se contredire, décider que l'opération critiquée n'était pas irrégulière* ». Il est vrai que la solution ne heurtait pas directement le principe d'intangibilité des engagements en ce que les actionnaires demeuraient libres de souscrire à l'augmentation de capital[509]. Toutefois, la solution surprend dans la mesure où la décision de réduction du capital à zéro portait de manière décisive atteinte à

---

[506] Arrêt préc.

[507] En l'espèce, la Cour de cassation a statué dans l'hypothèse d'une société anonyme dans laquelle les actionnaires exerçaient une profession. Aussi la solution doit-elle être étendue aux sociétés anonymes dans lesquelles les actionnaires ne sont que des investisseurs ? La réponse à cette question est *a priori* affirmative puisque l'introduction d'une telle clause porte nécessairement atteinte à la liberté du commerce et la liberté du travail quelle que soit la forme de la société. V. P. Le Cannu, note sous Cass. com., 26 mars 1996, Chalazon c/ SA Buthurieux et ses associés Bae et autres, *Bull. Joly soc*. 1996, p. 604).

[508] Cass. com., 17 mai 1994, *Bull. civ*. IV, n° 183 ; *Rev. soc*. 1994, p. 485, note S. Dana-Démaret.

[509] L. Jobert, th. préc., n° 621, p. 486.

un droit fondamental de l'associé : le droit de propriété[510]. La Cour de cassation a pourtant ultérieurement confirmé sa position en affirmant que la « *réduction du capital social ne constituait pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires, mais sanctionnait leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports* »[511]. L'exclusion se révèle ainsi être une modalité de la contribution aux pertes. Si cette justification fait naître un scepticisme chez certains auteurs[512], la solution a uniquement pour objectif de favoriser la pérennité de la société[513] et semble subordonnée à l'existence d'un droit préférentiel de souscription[514].

124. Par conséquent, si l'on ne peut nier ce renouveau du principe d'intangibilité, son interprétation suscite la perplexité.

B- LA MESURE DU RENFORCEMENT

125. Si ces diverses manifestations témoignent d'un indéniable renforcement de l'influence contractuelle (1), il doit cependant être relativisé (2).

---

[510] J. Scapel, « Vers une nouvelle délimitation du domaine de la notion d'intangibilité des engagements sociaux », *Rev. dr. com., maritime, aérien et des transports* 1999, p. 2, spéc. p. 8 : la solution était « *certainement en partie motivée par des considération de politique économique propres au secteur concerné* ».

[511] Cass. com., 18 juin 2002, *Bull. civ*. IV, n° 108 ; en ce sens, v. Cass. Com., 10 octobre 2000, pourvoi n° 98-10236 ; *Bull. Joly soc*. 2001, § 49, note P. Scholer.

[512] M. Germain, « Le capital de la société commerciale », *RJC*, n° spéc., novembre 1987, p. 31 : l'obligation de contribution aux pertes n'est pas suffisante à légitimer l'atteinte au droit fondamental de faire partie de la société.

[513] T. Massart, v° Société (Contrat de), in *Rép. sociétés*, Dalloz, 2006, n° 95 : « *En réalité la jurisprudence tolère l'exclusion des associés dans les opérations de coup d'accordéon dans le seul but de faciliter la recapitalisation des sociétés et d'éviter les dépôts de bilan* » ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26e éd., Litec, 2013, n° 893 ; F. Kendérian, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. soc*. 2002, p. 617, spéc. p. 632.

[514] Dans l'arrêt de la chambre commerciale du 17 mai 1994 (*Rev. soc*. 1994, p. 485, note S. Dana-Démaret), la Cour de cassation précise que les actionnaires « *avaient la faculté, pour rester dans la société, de souscrire à la nouvelle augmentation de capital* » et dans l'arrêt de la chambre commerciale du 10 octobre 2000 (pourvoi n° 98-10236 ; *Bull. Joly soc*. 2001, § 49, note P. Scholer), énonce que « *l'augmentation de capital avec droit préférentiel de souscription reconnu à tous les propriétaires d'actions anciennes excluait qu'il y'ait eu éviction d'actionnaires contre leur gré* ». La COB se prononçait également en ce sens, pour qui, le droit préférentiel de souscription constitue une condition « *garante du respect de l'intangibilité du droit de propriété édicté à l'article 545 du Code civil* ». V. *Bull. COB*, n° 286, décembre 1994, L'information des épargnants et les plans de restructuration financière, p. 75 et 76 ; *Contra* : CA Besançon, 2 décembre 1998, *RJDA* 1999, n° 1087, p. 875, *Rev. Soc*. 1999, p. 362, note B. Le Bars : dans cet arrêt, la Cour d'appel a reconnu la validité du coup d'accordéon alors que le droit préférentiel de souscription avait été supprimé. Toutefois, l'égalité entre les actionnaires était respectée puisque les majoritaires avaient été évincés dans les mêmes conditions que les minoritaires.

1- Un renforcement avéré

126. Ce renouvellement du principe d'intangibilité des engagements s'inscrit dans une conception contractuelle de la société[515]. Au-delà, c'est à une redéfinition des relations entre le droit commun des contrats et le droit des sociétés que l'on assiste.

127. Fondements de l'extension jurisprudentielle. A dire vrai, rien ne justifie de retenir une conception restrictive du principe d'intangibilité des engagements. D'une part, dans les sociétés de personnes, l'unanimité constitue le principe pour toute modification du contrat de société, qu'elle porte ou non sur les engagements de l'associé. D'autre part, et surtout, la théorie du contrat d'apport permet de justifier le renforcement de l'influence du droit commun des contrats sur la société et, par suite, de justifier de manière générale l'appréhension étendue du principe d'intangibilité[516].

128. La théorie du contrat d'apport. Outre le contrat de société que les associés concluent entre eux, chacun conclut également un contrat d'apport avec la société. Or, si l'associé accepte de se soumettre à la loi de la majorité concernant le contrat de société, c'est en raison de sa nature particulière de contrat-organisation. En effet, dans ce contrat, les associés poursuivent un intérêt commun et sont alors réputés agir dans la perspective de sa réalisation. En conséquence, et puisqu'ils sont présumés agir pour le bien de tous, seuls certains d'entre eux peuvent être autorisés à modifier le contrat[517].

A l'inverse, le contrat d'apport s'inscrit dans la catégorie des contrats-échange qui réalise une permutation de biens et de services : l'associé remet son apport à la société qui lui transmet

---

[515] A. Bougnoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires*, in *J-Cl. soc*., 2007, n° 25 ; J. Scapel, « Vers une nouvelle délimitation du domaine de la notion d'intangibilité des engagements sociaux », *Rev. dr. com., maritime, aérien et des transports* 1999, p. 2, spéc. p. 6 et p. 11 : « *l'analyse contractuelle de la société conduit à privilégier le domaine de l'unanimité sur celui de la majorité en application de l'article 1134 du Code civil* ». Il en résulte que « *cette nouvelle analyse de l'intangibilité des engagements sociaux s'inscrit, en conséquence, dans le droit chemin du renouveau de l'analyse contractuelle de la nature de la société* » ; en ce sens, v. P. Mousseron, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, n° 33.

[516] M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 449, p. 373.

[517] V. *infra*, n° 411.

en contrepartie des droits sociaux[518]. Société et associé sont incontestablement tenus à des obligations réciproques qui caractérisent sa nature synallagmatique[519] et induisent nécessairement l'existence d'intérêts divergents[520]. Aussi son consentement doit-il être exigé lorsqu'une décision lui porte atteinte[521]. Associé et société sont présumés agir dans leur intérêt respectif et l'on ne peut admettre que la société cocontractante puisse modifier unilatéralement à son avantage le contenu du contrat. Partant, siège des obligations et des droits de l'associé, le contrat d'apport doit constituer un acte de prévision[522] quelle que soit la nature de l'obligation en cause. Il n'est donc pas étonnant que la jurisprudence ait intégré dans le champ d'application du principe d'immutabilité les obligations extra-patrimoniales.

129. La résurrection de la théorie des droits propres. La théorie du contrat d'apport semble en réalité raviver l'ancienne théorie des droits propres[523]. Elaborée par Edmond Thaller en 1893 lors des débuts de la conquête du pouvoir majoritaire, elle postule que la société conserve un élément contractuel et intangible : si les statuts peuvent être modifiés à la majorité, le contrat de souscription qui existe entre l'actionnaire et la société ne peut faire l'objet d'une modification unilatérale[524]. Si Edmond Thaller ne le dit pas explicitement, la différence de régime

---

[518] Pour Monsieur Matthieu Buchberger (th. préc., n° 148 et n° 149, p. 137-138), le contrat d'apport entrerait plus précisément dans la catégorie des contrats-échange d'intérêt commun : « *les intérêts de l'associé ne sont pas en totale opposition avec ceux de la société. Certes, il souhaite obtenir un avantage de celle-ci, mais est également intéressé par la façon dont la société va utiliser le bien remis…car les bénéfices qu'il en retirera en dépendent* ».

[519] R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 155, p. 130 : « *le lien entre le groupement et ses membres est d'ordre contractuel : il y a, comme tout porte à le croire, un véritable contrat synallagmatique entre la société, le tout, et l'actionnaire, c'est-à-dire l'individu* » ; M. Buchberger, th. préc., n° 142 et n° 143, p. 126 et s. : selon l'auteur, le contrat d'apport demeure synallagmatique dans les hypothèses dans lesquelles la prestation de l'associé semble illusoire, lorsqu'il ne verse que quelques centimes d'euros (dans ce cas il existe un apport en numéraire) ou se voit attribuer gratuitement des actions (dans ce cas il existe un apport en industrie) ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 6, p. 11.

[520] A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 777, spéc. p. 787.

[521] M. Buchberger, th. préc., n° 445, p. 370 : « *reconnaître l'existence d'un contrat d'apport conduit à renforcer l'obligation d'obtenir l'accord de chaque associé pour modifier ce contrat* ».

[522] J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, n° 60 et s., p. 58 et s. : « *qui dit contrat suppose en effet un minimum de stabilité dans l'accord passé entre les contractants… cette soumission (à la loi de la majorité) ne peut être que partielle et ne peut équivaloir à un asservissement total… le seul fait que la société repose sur un contrat, suffit à limiter les pouvoirs des organes sociaux et à conférer à l'actionnaire certains droits* » ; J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 404.

[523] M. Buchberger, th. préc., n° 450, p. 375-376.

[524] C. Cluzant, *Pouvoirs de l'assemblée extraordinaire de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire*, thèse Toulouse, 1906, n° 35, p. 80-81 : « *L'originalité de cette théorie consiste, ce nous semble, moins dans la mise en œuvre de la notion du droit propre que dans le fondement que lui ont assigné les auteurs récents* » et

entre ces deux contrats interdépendants se justifie amplement : alors que l'associé a accepté de sacrifier sa liberté en concluant le contrat de société, il n'a pas renoncé pour autant à la stabilité de sa situation en souscrivant son contrat d'apport. Or, les droits et les obligations de l'associé appartiennent communément à ces deux contrats. Aussi un compromis doit-il être réalisé entre le principe de flexibilité accepté dans le premier et le principe d'immutabilité imposé dans le second. Ce compromis peut être réalisé grâce aux droits essentiels. En effet, seule la modification de ces derniers, qualifiés de droits propres, doit requérir le consentement individuel de l'associé.

Au titre de ces droits propres figureraient notamment le droit de traiter avec une société régulière, le droit de ne pas être exclu de la société, le droit de limiter son risque au montant minimal de son action et le droit de garder ou de négocier son titre. Quant au droit à l'intangibilité des engagements, s'il n'est pas expressément mentionné par Edmond Thaller, il constitue l'élément contractuel par excellence et y trouve donc naturellement sa place.

130. Ces deux théories du contrat d'apport ou des droits propres épousent l'idée que la force obligatoire du contrat passé entre la société et l'associé favorise une application étendue du principe d'immutabilité du contrat de société puisque ce dernier se superpose à lui concernant le domaine des droits et des obligations des associés.

131. Un renforcement conforté par l'évolution législative. Cette évolution jurisprudentielle accompagne la revalorisation législative de la loi de l'unanimité[525]. La place qu'elle occupe dans les sociétés par actions simplifiée[526] en constitue un parfait exemple. En effet, la loi exige explicitement le consentement unanime des associés pour toute introduction ou modification de clauses relatives à l'inaliénabilité des actions (article L. 227-13 du Code de commerce), en matière d'agrément (article L. 227-14 du Code de commerce) et, enfin, en cas de cession forcée des actions (article L. 227-17 du Code de commerce)[527].

---

n° 111, p. 237 : la théorie des droits propres « *repose sur un fondement rationnel et juridique ; l'analyse du contrat de souscription, source des droits et des obligations de l'actionnaire* » ; H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 28 : « *Le fondement de ces droits est la convention qui relie l'être collectif et chaque membre… L'associé a abdiqué devant l'autorité de la société mais dans une certaine mesure… pas au-delà d'un certain cercle que le contrat de souscription a pour but de tracer* ».

[525] D. Randoux, « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublon*, Defrénois, 2001, p. 243, spéc. p. 243 et s.

[526] Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée.

[527] Certains auteurs justifient la place prépondérante de l'unanimité par le caractère contractuel particulièrement marqué de ces sociétés. V. J. Monnet, art. préc., p. 411, note de bas de page n° 26.

Il n'est dès lors pas surprenant que la jurisprudence ait exigé le consentement unanime des associés d'une société anonyme pour son absorption par une société par actions simplifiée[528]. Méfiante à l'égard de cette structure porteuse d'une grande liberté contractuelle, cette société est présumée augmenter *ipso facto* les engagements des associés et requérir le consentement unanime des associés.

132. L'avenir incertain du principe d'immutabilité. La réhabilitation par la jurisprudence de la théorie du contrat d'apport et de la théorie des droits propres peut laisser penser que tout changement relatif à la situation de l'associé survenu postérieurement à son adhésion supposera désormais son consentement sous peine de voir la décision annulée sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil. Il faudrait alors sans doute soumettre à la règle de l'unanimité la modification dans la répartition des bénéfices, la limitation du droit de participation dans l'assemblée ou encore la prorogation de la société[529]. Une telle extension du domaine du principe d'intangibilité irait sans aucun doute à l'encontre de la volonté du législateur et ne semble pas constituer la voie choisie par la jurisprudence.

2- Un renforcement relatif

133. Plus qu'incertaine, l'affirmation d'un renforcement de l'influence contractuelle est à relativiser pour trois raisons au moins.

134. La confusion des qualités de l'associé. En premier lieu, qu'il s'agisse d'introduire une clause de garantie de passif, de blocage des comptes courants, de non-concurrence ou encore d'augmenter la durée des engagements des coopérateurs, il ne s'agit jamais du contrat de société

[528] Cass. com., 19 décembre 2006, *Bull. civ*. IV, n° 268, *LPA* 20 juillet 2007, n° 145, note M. Cauvin. L'auteur de la note précise que la solution rendue n'est pas conforme à l'article L. 236-2 du Code de commerce (auquel s'étaient référés les juges d'appel) qui prévoit que les opérations de fusion entre sociétés de forme différente, doivent être décidées dans les conditions requises pour la modification des statuts. C'est seulement si cette fusion a pour effet d'augmenter les engagements des associés que l'opération nécessite un accord unanime. La Cour de cassation a donc appliqué de manière extensive l'article L. 227-3 du Code du commerce qui n'exige l'unanimité que pour les seules transformations. Ces deux opérations étant juridiquement bien distinctes, cette interprétation, voulue protectrice des minoritaires, n'est pas acceptable.

[529] J. Monnet, art. préc., spéc. p. 418 et s.

stricto sensu[530]. Dans toutes ces hypothèses, seul un contrat de cession, de prêt ou encore de coopération est en cause. Si la solution ne surprend plus réellement, le fondement choisi mérite attention. En effet, si l'augmentation des engagements pris en qualité d'associé doit pouvoir être annulée sur l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, l'augmentation des engagements pris en qualité de coopérateur, cédant, prêteur[531] ou retrayant doit être annulée sur le fondement de l'article 1134 du Code civil. En effet, bien que placés dans le sillon du contrat de société, ces contrats sont distincts et doivent être soustraits au droit des sociétés. Concernant la clause de garantie de passif, la décision prise à la majorité pouvait même être annulée sur le fondement de l'article 1165 du même Code puisque, à bien y réfléchir, la société n'est pas partie au contrat de cession et n'a donc pas à consentir[532]. Partant, sous couvert du principe d'intangibilité des associés fondé sur l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, c'est en réalité l'application du droit commun des contrats qui s'imposait dans chacune de ces espèces[533] afin de refuser la modification de la situation d'un associé sans son consentement[534].

---

[530] L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 681, p. 538 : « *les engagements d'associé* stricto sensu *sont les engagements qui sont intellectuellement attachés à la qualité d'associé, c'est-à-dire les engagements qui ne s'expliquent que par cette qualité* ».

[531] En ce sens, v. C. Champaud, obs. in *RTD com*. 1967, p. 788 : « *les rapports juridiques qu'il entretient avec elle* (la société), *à ce titre* (prêteur) *doivent être soigneusement distingués de ceux qui sont liés à sa qualité d'associé* » ; I. Urbain-Parleani, *Les comptes courants d'associés*, LGDJ, 1986, n° 414 : en tant que prêteur « *il est un créancier dont les prérogatives sont régies par le droit commun des obligations* » ; B. Saintourens, note sous Cass. com., 24 juin 1997, *Bull. Joly soc*. 1997, § 314, p. 871, spéc. p. 874.

[532] P. Le Cannu, note sous Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, *Bull. Joly soc.*, 1997, n° 44, p. 131, spéc. p. 132 ; L. Jobert, th. préc., n° 446, p. 349.

[533] Pour l'augmentation de la durée des coopérateurs à l'unanimité, v. Cass. civ. 1ère, 12 octobre 1976, *Rev. soc*. 1977, p. 525, note C. Atias ; Cass. civ. 1ère, 22 juin 1982, *Bull. civ*. I, n° 234 ; *D*. 1983, p. 87, note P.-G. Gourlay ; Cass. civ. 1ère, 4 avril 1995, *Bull. civ*. I, n° 162 ; *Rev. soc*. 1996, p. 309, note B. Saintourens. Pour l'introduction d'une garantie de passif à l'unanimité, v. Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, *Bull. civ*. I, n° 375 ; *Dr. soc*. 1997, comm. 4, note T. Bonneau. Pour la décision de blocage des comptes courants à l'unanimité, v. Cass. com., 24 juin 1997, *Bull. civ*. IV, n° 207 ; *JCP E* 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; *Dr. soc*. 1997, comm. 138, note T. Bonneau. Pour l'introduction d'une clause de non-concurrence à l'unanimité. V. Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ*. IV, n° 94 ; *Rev. soc*. 1996, p. 793, note L. Godon ; *JCP G* 1996, I, 3980, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly soc*. 1996, p. 604, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 1996, p. 487, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; *Dr. soc*. 1996, comm. 122, note T. Bonneau ; Rapport Cour de cassation pour 1996, La documentation française, p. 314.

[534] H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux », *Dr. soc*., *Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36, spéc. p. 38 ; L. Jobert, th. préc., p. 347 et s. : les qualités d'associé et de contractant doivent être clairement distinguées. L'auteur précise que dès lors que l'associé agit en qualité de contractant, la nature de la modification est indifférente, augmentation des engagements et diminution des droits sont soumises au principe d'intangibilité par application du droit commun des contrats.

Toutefois, la distinction entre engagements pris en qualité d'associé et engagements pris en une qualité autre semble relative[535]. Quel qu'il soit, l'engagement intéresse toujours la société[536]. Quant aux relations contractuelles qui se nouent autour du contrat de société, elles sont fortement placées sous sa dépendance et il apparaît dès lors difficile de les soumettre à un régime autonome. En outre, le choix de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil manifeste sans aucun doute la volonté jurisprudentielle de protéger de manière absolue l'associé au-delà de sa relation avec la société[537].

135. Le maintien de la distinction traditionnelle. En deuxième lieu, dans toutes ces espèces[538] qui semblaient abandonner la distinction entre augmentation des engagements et diminution des droits, la diminution des droits correspondait, en réalité, à l'augmentation d'un engagement. En conséquence, il n'apparaissait pas surprenant que la Cour de cassation requière le consentement individuel de l'associé conformément à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil. Tel est d'abord le cas de la décision relative à l'introduction d'une clause de non-concurrence : si celle-ci diminue bien le droit de l'associé d'exercer librement une activité concurrente, elle met à sa charge un nouvel engagement de ne pas faire concurrence à la société[539]. Tel est ensuite le cas

---

[535] M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 406 : « *sitôt que l'associé accepte de s'engager d'une manière ou d'une autre, il le fait toujours à un autre titre, car il le fait toujours au-delà de ce que prévoit son statut d'associé. La différence qui paraissait évidente devient dès lors ténue, pour la raison que dans les deux cas la situation relève du droit des obligations* » ; A. Bougnoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, in J-Cl soc*. 2007, n° 31.

[536] Par exemple, la décision de blocage concerne l'intéressé en sa double qualité de prêteur et d'associé. V. F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com*. 2000, p. 27 spéc. p. 39 : « *La conclusion d'une convention de compte courant constitue, pour son titulaire, un engagement pris en sa qualité d'associé dans la mesure où elle présente des avantages spécifiques pour la société… en acceptant la décision de blocage du compte, son titulaire consent une augmentation de ses engagements financiers, non en tant que prêteur mais en qualité d'associé exclusivement soucieux de la santé de la société à laquelle il appartient* ».

[537] En ce sens, v. J. Monnet, art. préc., spéc. p. 413.

[538] Pour l'augmentation de la durée des coopérateurs à l'unanimité, v. Cass. civ. 1ère, 12 octobre 1976, *Rev. soc*. 1977, p. 525, note C. Atias ; Cass. civ. 1ère, 22 juin 1982, *Bull. civ*. I, n° 234 ; *D*. 1983, p. 87, note P.-G. Gourlay ; Cass. civ. 1ère, 4 avril 1995, *Bull. civ*. I, n° 162 ; *Rev. soc*. 1996, p. 309, note B. Saintourens. Pour l'introduction d'une garantie de passif à l'unanimité, v. Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, *Bull. civ*. I, n° 375 ; *Dr. soc*. 1997, comm. 4, note T. Bonneau. Pour la décision de blocage des comptes courants à l'unanimité, v. Cass. com., 24 juin 1997, *Bull. civ*. IV, n° 207 ; *JCP E* 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; *Dr. soc*. 1997, comm. 138, note T. Bonneau. Pour l'introduction d'une clause de non-concurrence à l'unanimité. V. Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ*. IV, n° 94 ; *Rev. soc*. 1996, p. 793, note L. Godon ; *JCP G* 1996, I, 3980, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly soc.* 1996, p. 604, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 1996, p. 487, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; *Dr. soc*. 1996, comm. 122, note T. Bonneau ; Rapport Cour de cassation pour 1996, La documentation française, p. 314.

[539] G. Taormina, « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. soc*. 2002, p. 267, spéc. p. 280 : l'auteur constate que dans l'arrêt Chalazon (Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ*. IV, n° 94 ; *Rev. soc*. 1996, p. 793, note L. Godon), la Cour de cassation ne précise pas dans sa solution en quoi la clause de non-concurrence,

de la décision relative au blocage des comptes courants : si celle-ci diminue le droit de l'associé au remboursement immédiat des sommes prêtées, elle le contraint également à prêter à la société pour une durée plus longue que celle prévue initialement. Tel est enfin le cas de la décision relative à l'allongement de la durée de la qualité de coopérateur dans la société : si celle-ci revient à diminuer le droit des coopérateurs de se retirer de la société, elle augmente nécessairement les engagements des coopérateurs en allongeant *de facto* leur durée.

En définitive, si l'extension du principe d'intangibilité aux obligations extra-patrimoniales est indéniable, il ne s'agit pas pour autant de remettre en cause la distinction traditionnelle entre augmentation des engagements et diminution des droits. En témoigne d'ailleurs un arrêt ultérieur dans lequel la Cour de cassation a considéré que la décision tendant à supprimer le droit de jouissance des actionnaires sur les immeubles de la société, n'avait pour conséquence que de réduire les droits des associés et n'entraînait aucune augmentation des engagements des associés envers la société[540]. On le voit, seules les diminutions de droits constitutives d'une augmentation des engagements entrent dans le champ d'application du principe d'intangibilité[541].

136. Le doute relatif au fondement contractuel de l'extension. En dernier lieu, si l'on concède que la jurisprudence a explicitement souhaité étendre le champ du principe de l'intangibilité aux droits découlant d'une liberté fondamentale, il n'est cependant pas certain que cette expansion ait un fondement contractuel[542]. Le consentement d'un associé ne devrait en effet même pas permettre de porter irrémédiablement atteinte à ses libertés individuelles[543]. Car, si l'intérêt de la société justifie que l'on puisse porter atteinte aux libertés individuelles de l'associé, l'atteinte ne peut cependant être que relative. C'est ainsi que si la Cour de cassation peut effectivement soumettre l'introduction d'une clause de non-concurrence à la fois légitime et proportionnée au consentement individuel de l'associé, il devient très contestable d'admettre que

---

constitutive d'une restriction de la liberté de l'associé et donc d'une diminution de ses droits, constitue également une augmentation de ses engagements.

[540] Cass. civ. 3e, 8 octobre 1997, Barday et a. c/Société Résidence Champs Elysées et a., *Bull. civ*. III, n° 192 ; *Dr. soc*. 1998, comm. 20, note T. Bonneau.

[541] H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux », *Dr. soc*., *Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36, spéc. p. 37 : « *Il n'est au demeurant contesté par personne que la majorité est habilitée à réduire les droits des associés en assemblée, dès lors que cette réduction ne s'accompagne d'aucun engagement nouveau envers la société* ».

[542] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen, n° 550, p. 400 : « *cette solution ne se rattache aucunement à l'article 1134 du Code civil, le caractère contractuel d'un élément ne se déterminant pas par le fait qu'il est justifié ou non mais uniquement par le fait qu'il correspond ou non à la volonté des contractants* ».

[543] P. Lokiec, th. préc., n° 550, p. 400-401.

le consentement de l'associé suffise à porter atteinte de manière décisive à sa liberté fondamentale du travail et du commerce. Dès lors que la clause porte irrémédiablement atteinte à ces droits et libertés fondamentaux, la validité même de la clause doit être remise en cause. Il faut alors convenir que l'atteinte décisive à un droit fondamental ne peut être assimilée à une augmentation des engagements[544]. Leur régime diffère nécessairement : alors que la première est sanctionnée par la nullité, la seconde est valable mais soumise au consentement individuel de l'associé.

137. Par conséquent, si le renforcement de l'influence du droit commun des contrats sur la société est relatif, il ne peut être renié. Aussi le renouveau jurisprudentiel du principe d'intangibilité a-t-il eu pour conséquence d'estomper la frontière entre diminution des droits et augmentation des engagements. Pour cette raison, il est nécessaire de remodeler la notion d'augmentation des engagements.

§2 UN RENFORCEMENT A CIRCONSCRIRE

138. Un nécessaire encadrement. Si l'objectif de la jurisprudence est d'améliorer la protection des associés minoritaires, il ne faut cependant pas oublier que l'extension du domaine d'application du principe d'intangibilité peut conduire à un blocage de la société[545]. Comme souvent, un équilibre entre l'intérêt de l'associé et celui de la société doit être trouvé.

La suppression de la dichotomie classique entre obligations pécuniaires et obligations en nature qui a pour effet de relativiser la distinction entre augmentation des engagements et diminution des droits impose à la jurisprudence de redéfinir la notion d'augmentation des engagements. La doctrine a, pour cette raison, formulé un certain nombre de propositions (A) dont les insuffisances conduisent cependant à en proposer une nouvelle (B).

---

[544] En ce sens, v. L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 442, p. 345 : « *il est inexact d'affirmer qu'une clause de non-concurrence augmente les engagements des associés. Elle porte diminution de leurs droits. Mais l'unanimité est requise, parce qu'il s'agit d'un droit intangible de l'associé* ».

[545] J. Monnet, art. préc., p. 421 : « *Admettre un tel renforcement de la protection des droits des associés serait exposer l'organisation de l'entreprise à un attentisme préjudiciable en revenant à une trop stricte analyse contractuelle* ».

A- LES PROPOSITIONS DOCTRINALES

139. Les auteurs ont proposé de substituer à la distinction classique entre augmentation des engagements et diminution des droits deux nouvelles distinctions : les modifications substantielles et non substantielles (1) et les engagements nouveaux et initiaux (2).

1- La modification substantielle et non substantielle

140. Présentation. Davantage que de recourir à la distinction entre diminution des droits et augmentation des engagements dont les contours ne sont pas clairement définis, Monsieur Gilles Taormina propose de distinguer modification substantielle et modification non substantielle[546]. A le suivre, une distinction doit être opérée, d'une part, entre les aggravations substantielles et les aggravations non substantielles des engagements, le principe d'intangibilité se limitant aux premières et, d'autre part, entre restrictions substantielles et restrictions non substantielles des droits, dont, là encore, seules les premières requerraient un consentement unanime.

Toutefois, privilégiant l'intérêt social sur l'intérêt de l'associé, l'auteur propose de retenir une interprétation restrictive du principe d'intangibilité en réduisant le domaine des modifications substantielles de la situation de l'associé. Il considère ainsi notamment que l'introduction d'une clause de non-concurrence n'est constitutive que d'une modification non substantielle. De la même manière, concernant les décisions de blocage de compte courant, l'auteur propose de ne retenir le caractère substantiel de la modification que lorsque sa durée est excessive. Quant aux clauses réduisant la libre négociabilité des actions, seules celles restreignant de manière excessive le retrait ou l'entrée de nouveaux actionnaires constituent une modification substantielle[547].

141. Appréciation critique. Quoique intéressante, cette proposition souffre pourtant de la même incertitude que la précédente. Octroyant au juge une marge d'appréciation conséquente sur la qualification de la modification, elle place les parties dans une même situation d'insécurité juridique. En effet, à partir de quand doit-on considérer que l'on se trouve en présence d'une

[546] G. Taormina, « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. soc.* 2002, p. 267, spéc. p. 285 et s.
[547] G. Taormina, art. préc., spéc. p. 285 et s.

durée excessive de blocage des comptes courants ? Et que doit-on considérer comme une clause restreignant trop fortement la libre négociabilité des actions ? Nul ne saurait le dire *a priori*. C'est dire si, pour les parties, l'incertitude demeure[548].

2- L'engagement nouveau et initial

142. Présentation. Afin de sortir de l'incertitude dans laquelle se trouvent les parties, certains s'attachent à la nouveauté de l'engagement. En effet, seul l'engagement nouveau nécessiterait un consentement unanime, rétablissant de la sorte une certaine cohérence jurisprudentielle[549].

Le recours à la notion d'engagement nouveau élargit le champ du principe d'intangibilité[550]. D'une part, l'engagement nouveau inclut les obligations autres que celles à caractère pécuniaire, comme les obligations de faire et ne pas faire nouvellement mises à la charge des associés. D'autre part, cet engagement nouveau peut résulter d'un acte extra-statutaire. Se trouve ainsi remise en cause la décision de la première chambre civile qui avait affirmé que l'article 1836 du Code civil n'avait vocation qu'à régler les « *conditions auxquelles doivent satisfaire les statuts* »[551]. Enfin, cette proposition permet de comprendre, à l'instar de la proposition précédente, la diminution des droits dès lors que celle-ci s'analyse en une obligation nouvelle mise à la charge de l'associé.

Cette notion, simple en apparence, n'est toutefois pas dépourvue de toute ambiguïté : que doit-on entendre par engagement « nouveau » et par engagement « initial » ?

---

[548] Bien qu'affinée, la distinction entre modifications substantielles et secondaires demeure porteuse d'insécurité juridique et encourt donc les mêmes critiques. V. H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 20 : « *Il est absolument arbitraire de distinguer entre les clauses d'un contrat. Chaque contractant peut soutenir que son consentement a été déterminé par chacune des clauses… La même modification est jugée tantôt essentielle, tantôt secondaire. Le critère est des plus incertains et des plus fuyants* » ; C. Cluzant, *Pouvoirs de l'assemblée extraordinaire de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire*, thèse Toulouse, 1906, n° 3, p. 6.

[549] V. not. H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux », *Dr. soc*., *Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36, spéc. p. 37 ; L. Jobert, th. préc., n° 432, p. 335.

[550] H. Le Nabasque, art. préc., spéc. p. 37.

[551] Cass. civ. 1ère, 13 janvier 1998, Hamamouche es qual. c/ société Ardi et a., *Bull. civ*. I, n° 8. Cette décision s'oppose à celle rendue par la chambre commerciale (Cass. com., 24 juin 1997 ; *JCP G* 1997, II, 22966, note P. Mousseron, *Dr. soc*. 1997, comm. 138, note T. Bonneau) qui applique le principe d'intangibilité à une obligation extra-statutaire, celle-ci résultant d'une convention verbale de prêt en compte courant.

143. Intégration des engagements en germe. En premier lieu, la jurisprudence considère qu'un engagement nouveau comprend non seulement l'engagement dont va être tenu l'associé dès la décision prise, mais également l'augmentation future et potentielle de l'engagement qu'implique la décision prise. Aussi la modification statutaire en cours de vie sociale qui comprend en germe une augmentation des engagements est-elle subordonnée à la loi de l'unanimité[552]. C'est ainsi que si les associés souhaitent insérer dans les statuts, en cours de vie sociale, une clause d'appel de fonds destinée à se réaliser ultérieurement, cette clause contient en germe une augmentation des engagements et nécessite, par voie de conséquence, un consentement individuel de tous les associés[553].

La Cour d'appel de Paris n'en a pas décidé autrement. En l'espèce, les associés d'une société coopérative à capital variable avaient adopté à l'unanimité une clause statutaire qui prévoyait que le capital de la société pourrait être augmenté par modification de la valeur nominale des parts par décision de l'assemblée générale extraordinaire. L'assemblée a décidé ultérieurement d'augmenter sensiblement le capital et donc la participation des associés. Or, la Cour d'appel a considéré que cette décision violait l'article 1836, alinéa 2, du Code civil[554].

En revanche, plus critiquable est une décision rendue par la Cour de cassation dans laquelle une société civile s'était engagée envers l'un de ses associés à lui racheter ou faire racheter ses parts sociales. Un associé a agi en nullité de cette décision en raison de l'absence à l'assemblée générale d'un autre associé. La Cour de cassation a considéré qu'en raison d'une augmentation des engagements, un accord unanime était requis et que l'absence de l'associé à l'assemblée générale imposait sa nullité conformément à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil[555]. Si la solution améliore la protection de l'associé[556], la qualification d'augmentation des engagements est critiquable à deux points de vue. D'une part, cette aggravation n'était

[552] L. Jobert, th. préc., n° 533, p. 414 : « *Le germe existe à l'état latent dans les statuts. Il est supporté par une clause prévoyant l'augmentation des engagements des associés en cours de vie sociale. On mesure alors le danger de telles stipulations : elles peuvent, de manière déguisée, aboutir à imposer aux associés, à tout moment de la vie sociale, des engagements qu'ils n'ont pas souscrits dès l'origine. Aussi, c'est avec la plus grande circonscription qu'il convient de les accueillir* » ; Y. Chartier, note sous Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1988 et Cass. com., 7 mars 1989, *Rev. soc*. 1989, p. 473 et s., spéc. p. 477.

[553] F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com*. 2000, p. 27 spéc. p. 66.

[554] CA Paris, 26 juin 1998, Société Scicava c/ Sorin, *RJDA* 1999, n° 293, p. 246.

[555] Cass. com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-20.646, *Bull. civ*. IV, n° 171 ; *Rev. soc*. 2004, p. 97, note B. Saintourens ; *RJDA* 2004, n° 583, p. 538 ; *Bull. Joly soc.* 2004, p. 413, note H. Le Nabasque ; *D*. 2004, p. 2968 ; *RTD com*. 2004, p. 314, obs. C. Champaud et D. Danet.

[556] B. Saintourens, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Rev. soc*. 2004, p. 97, spéc. p. 103 : « *l'assimilation d'une augmentation potentielle à une augmentation avérée des engagements est légitime et renforce la fonction protectrice de la disposition du Code civil* ».

qu'indirecte et éventuelle. Si l'engagement d'achat pris par la société pouvait effectivement avoir des conséquences sur le patrimoine de l'associé puisque les associés de la société civile sont tenus indéfiniment des dettes sociales, cette augmentation n'était qu'hypothétique. En effet, ce n'était qu'en cas de non respect par la société de ses nouveaux engagements que les associés en subiraient les conséquences[557]. D'autre part, il ne s'agit finalement que de la conséquence d'une obligation aux dettes acceptée antérieurement. Il n'y a donc pas obligation nouvelle mais seulement aggravation des conséquences d'une obligation déjà acceptée par les associés. Partant, seule la société était véritablement tenue d'un nouvel engagement[558].

144. Exclusion des engagements acceptés par anticipation. En second lieu, la jurisprudence estime qu'un engagement nouveau s'oppose à un engagement qui a été initialement souscrit dans les statuts et, donc, accepté par les associés. Ceci n'est que le corollaire de la force obligatoire du contrat[559].

Il reste cependant à savoir ce qu'il convient d'entendre par engagement initial. Trois conceptions s'opposent[560].

---

[557] H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc.* 2004, p. 413 et s. : l'auteur énonce que la règle de l'unanimité pouvait certes être justifiée mais sur un fondement différent, celui de l'égalité entre associés, puisque la promesse litigieuse s'apparentait à un avantage particulier.

[558] M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 449, p. 373 ; H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc.* 2004, n° 3, p. 413 et s. : si la décision pouvait effectivement être annulée, il aurait été opportun de la prononcer sur un autre fondement. En l'espèce, la promesse litigieuse semblait s'assimiler à un avantage particulier et avait donc pour effet de rompre l'égalité entre les associés.

[559] L. Jobert, th. préc., n° 423, p. 324 : « *Lorsqu'en cours de vie sociale, vient le moment pour la société de mettre en œuvre les engagements initiaux, il s'étonne pourtant et s'oppose à ce qu'elle puisse impunément augmenter ses engagements sans son consentement. Malicieuse ou crédule, cette parade désespérée ne résiste pas aux principes élémentaires du droit des obligations et notamment à la force obligatoire du contrat, dont s'infuse nécessairement le principe d'intangibilité des engagements sociaux* » ; J. Mestre, note sous Cass. com., 26 avril 1984, *Rev. soc.* 1985, p. 411. La Cour de cassation (Cass. com., 7 mars 1989, *Bull. civ.* IV, n° 81) a clairement opéré cette distinction entre décision nouvelle et simple application d'une disposition statutaire : « *après avoir relevé que la délibération du 9 juin 1983 n'avait pas pour objet de régler la répartition des pertes par application de l'article 22 des statuts mais, comme le mentionnait expressément le procès verbal de l'assemblée, de procéder à un appel de fonds complémentaire pour faire face aux exigences de certains créanciers sociaux, l'arrêt retient que les dirigeants sociaux ou la majorité des associés ne pouvaient imposer à un associé un versement qu'il n'aurait pas accepté ; que la cour d'appel a pu ainsi considérer, sans dénaturer la clause des statuts litigieux ni violer le texte invoqué, que M. X..., qui n'avait pas donné son consentement à l'appel de fonds, n'était pas tenu de verser les sommes qui lui étaient réclamées ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* » ; en ce sens, v. Cass. com., 27 octobre 2009, pourvoi n° 08-21123, Société Monceau 89, *Bull. Joly soc.* 2010, p. 474, note L. Godon : la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si l'appel à l'acquittement d'une redevance payable par avance était la stricte application d'une clause contenue dans les statuts d'origine ou la résultante d'une modification statutaire réalisée en cours de vie sociale.

[560] J. Monnet, art. préc., p. 403, spéc. p. 425 et s.

La première, la plus restrictive, consiste à considérer qu'il n'y a engagement initial que si celui-ci est expressément inscrit dans les statuts. Toutefois, si cette conception présente l'avantage de fortement renforcer la sécurité juridique des associés, elle réduit considérablement le pouvoir de l'assemblée.

Une deuxième conception inclut dans l'engagement initial l'ensemble des décisions d'assemblée générale afférentes aux modalités de fonctionnement de la société et objet d'un régime légal détaillé. Dès lors que les décisions n'emportent pas modification de l'organisation sociale mais octroient seulement à la société des moyens de fonctionnement nouveaux, elles doivent être considérées comme prévisibles par l'associé. A titre d'exemple, la suppression du droit préférentiel de souscription, la restructuration de la société ou encore la création de titres nouveaux sont présumés être déjà acceptées par l'associé lors de son adhésion.

Enfin, dans une conception plus extensive, l'engagement initial s'étend à tous les ajustements que la loi n'a pas soumis de manière impérative à la loi de l'unanimité. Seule la décision impliquant une contrainte différente *stricto sensu* de son engagement initial doit respecter les prescriptions de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil. *A contrario*, tout ce qui relève du domaine du prévisible, *lato sensu*, doit échapper au consentement individuel des associés.

Ces deux dernières conceptions conduisent à malmener le principe de la force obligatoire du contrat puisqu'elles présument que les associés acceptent des éléments qu'ils n'avaient certainement pas envisagés au moment où ils ont adhéré à la société. Il est alors très difficile de déterminer les frontières de la prévisibilité et, donc, de l'engagement initial. Cependant, elles présentent l'avantage de conférer une plus grande liberté d'action à l'assemblée générale.

145. Conception jurisprudentielle extensive de l'engagement initial. C'est sans doute pour cette raison que la jurisprudence a privilégié une conception restrictive de l'engagement initial et s'est fondée sur la notion de prévisibilité pour valider la solution prise à la majorité. Lorsque la modification est prévisible, il ne s'agit que du prolongement d'un engagement antérieurement accepté qui ne nécessite donc pas le consentement individuel de l'associé. En témoigne une décision de la Cour de cassation qui a validé la décision prise par une société coopérative d'ajouter une disposition à ses statuts imposant aux adhérents la fourniture d'une caution qui garantisse le paiement de leurs achats auprès de la société. La Cour de cassation a

ainsi estimé qu'il ne s'agissait pas d'une décision modificative des statuts et a rejeté la qualification d'augmentation des engagements. En effet, la décision permettait d'assurer le paiement des dettes des associés à l'égard de la société qui résultaient d'une activité conforme à l'objet social. Par conséquent, bien que non prévue expressément dans les statuts *ab initio*, cette obligation constituait le prolongement d'une obligation déjà acceptée[561].

146. L'objet social, critère de distinction. L'objet social devient alors une clé de compréhension de la jurisprudence. La décision étant prise conformément à un objet qui a été accepté par les associés, elle ne peut être annulée sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu considérer que la décision relative à un appel de fonds dans une société civile immobilière ne devait pas s'analyser en une augmentation des engagements dès lors que ces derniers étaient requis dans le cadre de l'accomplissement d'un objet social bien connu et accepté initialement par les parties[562].

Cette référence à l'objet social ne semble pourtant pas suffisante pour garantir la prévision de l'engagement[563]. Il semble absurde de considérer que l'associé ait pu prévoir toutes les décisions susceptibles d'être prises pour la réalisation de l'objet social. Pour cette raison, il n'est pas étonnant que la Cour d'appel de Paris ait considéré que l'engagement des actionnaires n'étant ni déterminé ni déterminable, il violait l'article 1129 du Code civil. En conséquence, le consentement donné antérieurement n'était pas efficace, peu important que les fonds servent à la réalisation de l'objet social[564].

---

[561] Cass. civ. 1ère, 13 janvier 1998, *Bull. civ*. I, n° 8 ; *JCP E* 1998, actualité 147 et pan. rapide 352.

[562] Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1988, *Bull. civ*. I, n° 313 ; *Rev. soc*. 1989, p. 475, note Y. Chartier ; *RTD com*. 1989, p. 86, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; *JCP E* 1989, 15415, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Defr*. 1988, art. 34234, p. 1185, note A. Chapper ; en ce sens, v. Cass. com., 26 avril 1984, *Bull. civ*. IV, n° 137 ; *Rev. soc*. 1985, p. 411, note J. Mestre ; *Les grandes décisions de la jurisprudence, Les sociétés*, PUF, Thémis, J. Mestre et Y. Chartier, 1988, p. 43.

[563] M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 410.

[564] L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 539, p. 419 : « *en présence d'engagements en germe ayant recueilli l'accord unanime des associés, il convient, non pas d'invoquer le principe d'intangibilité des engagements, mais de rechercher si le germe ne risque pas de se développer à l'infini* » ; F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com*. 2000, p. 27 spéc. p. 67 ; J.-J. Daigre, note sous CA, 13 janvier 1998, Société SPIE Batignolles c/ Société Bouygues, *Bull. Joly soc.* 1998, n° 4, p. 321 et s. : les associés doivent accepter non seulement le principe d'augmentation des engagements mais également les modalités de sa mise en œuvre ; J.-J. Daigre, note sous CA, 13 janvier 1998, Société SPIE Batignolles c/ Société Bouygues, *Bull. Joly soc*. 1998, n° 4, p. 321 et s. ; L. Jobert, th. préc., n° 539, p. 418. Cette position était déjà soutenue classiquement par certains auteurs. V. J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, n° 80, p. 79 : « *Le consentement ainsi donné par avance n'est pas un vrai consentement ; l'objet de*

147. En conclusion, la distinction entre engagement nouveau et initial connaît de nombreuses difficultés de mise en œuvre. Si elle peut effectivement se substituer à la distinction classique entre augmentation des engagements et diminution des droits, c'est à la condition de parvenir à mieux cerner l'engagement initial. A défaut, cette distinction n'apparaît pas davantage opérante que la précédente et conduit à en proposer une nouvelle.

B- LA PROPOSITION NOUVELLE

148. Les lacunes présentées par les distinctions précédentes conduisent à réserver le principe d'intangibilité à trois catégories distinctes de droits et d'obligations.

149. L'unanimité exigée pour toute modification d'ordre patrimonial. En premier lieu, le domaine du principe d'intangibilité doit principalement être appliqué aux droits et obligations patrimoniaux. En effet, la cause objective du contrat de société est la réalisation d'un bénéfice ou d'une économie[565]. Partant, quel que soit le contrat de société, tout associé cherche *a priori* un enrichissement qui constitue la raison immédiate de son engagement[566]. Dès lors, toute décision qui est susceptible d'affecter la cause de son engagement doit recueillir son consentement individuel.

Il faut alors approuver la jurisprudence d'avoir requis le consentement individuel de tous les associés pour décider de bloquer des comptes courants, d'introduire une garantie de passif ou d'augmenter la durée des coopérateurs. De même, doivent échapper à la loi de la majorité les décisions relatives à la répartition des bénéfices ou des pertes ou encore celles relatives à la

---

l'obligation de l'actionnaire devient alors indéterminé, ou plutôt il est déterminé par la volonté de la personne morale avec laquelle il a traité, volonté dégagée par la délibération de l'assemblée extraordinaire » ; *Contra* : S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : les connexions radicales*, LGDJ, 2002, préf. F. Terré, n° 115, p. 62 : à suivre l'auteur, les associés peuvent voir leurs engagements augmenter sans avoir spécifiquement donné leur accord. Et l'accord donné antérieurement à la demande de la société peut revêtir un caractère seulement général.

[565] M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 211, p. 182-183 : l'auteur distingue bien la cause objective du contrat de société qui réside dans la volonté de réaliser un bénéfice ou une économie, identique pour tout contrat de société, et la cause subjective qui est la raison subjective pour laquelle les associés ont contracté et diffère d'un associé à un autre, ce peut être la volonté d'organiser une entreprise ou bien tout autre chose, comme la constitution de la société pour un motif fiscal.

[566] F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 132.

prorogation de la société qui risque d'aggraver la contribution aux pertes voire l'obligation aux dettes des associés.

150. L'augmentation de l'obligation d'apport soumise à l'unanimité. En deuxième lieu, doit être soumise au consentement individuel de l'associé toute décision relative à l'augmentation de son apport. Monsieur Laurent Jobert avait déjà émis le souhait de limiter le principe d'intangibilité à cette obligation[567]. En effet, l'apport constitue l'objet de l'obligation de l'associé dans le contrat de société[568] et dans le contrat d'apport. Elle est essentielle en ce qu'elle donne la mesure des droits et des obligations qui s'exercent envers la société. Pour cette raison, lorsqu'il est question de l'augmentation de son apport, le consentement de l'associé doit être requis.

Toutefois, cette exigence recoupe partiellement la proposition précédente puisque l'apport constitue très souvent une obligation monétaire. Pour autant, cette proposition permet d'intégrer les apports en nature et en industrie qui se sont développés dans les sociétés de capitaux[569]. Par conséquent, l'assemblée générale ne peut exiger de l'associé d'apporter d'autres biens, d'augmenter la jouissance d'un bien ou d'imposer un travail supplémentaire.

151. L'atteinte décisive à une liberté fondamentale soumise à l'unanimité. En troisième et dernier lieu, entrent également dans le champ d'application du principe d'intangibilité l'ensemble des décisions qui, en l'absence de consentement individuel, ont pour effet de porter atteinte de manière décisive à la liberté fondamentale de l'associé[570].

---

[567] L. Jobert, th. préc., n° 448 et 449, p. 351-352 : l'auteur propose de circonscrire le principe d'intangibilité aux seuls engagements pris au-delà de leurs apports. Autrement dit, seule serait concernée l'augmentation de l'engagement d'apport (financier ou d'activité) par le versement de capitaux supplémentaires ou la réalisation d'un travail au profit de la société.

[568] F. Chénedé, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi, n° 298, p. 281.

[569] La Loi du 15 mai 2001 dite Loi NRE a admis l'apport en industrie dans la SARL.

[570] En ce sens, v. Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 566, p. 639, note de bas de page n° 359 : « *Sans entrer dans les concepts d'augmentation ou de diminution des engagements ou des droits, il faut reconnaître que tout membre d'un groupement dispose de droits propres qu'il est impossible de lui retirer de manière absolue (comme le droit de participation ou le droit de vote sauf exceptions légales) ou sans son accord (tel le droit de rester membre)* » ; T. com. Versailles, 2 mai 1989, *Bull. Joly soc.* 1989, p. 614, note Y. Sexer ; *Rev. dr. banc. et bourse* 1989, p. 214, obs. M. Jeantin et A. Viandier : l'introduction d'une clause d'exclusion à la simple majorité qualifiée requise pour la modification des statuts de SARL a été considéré par les juges comme illicite, non pas parce qu'elle constituait une aggravation des engagements de l'associé, mais parce qu'elle portait atteinte à un droit fondamental de l'associé, de sorte qu'elle nécessitait un vote à l'unanimité.

C'est précisément le cas s'agissant de la décision relative à l'introduction d'une clause d'exclusion en cours de vie sociale. En effet, davantage qu'une simple diminution de droits comme le prétendent certains auteurs pour la soustraire au principe d'intangibilité[571], la clause d'exclusion aboutit non seulement à la remise en cause du droit fondamental de demeurer dans la société mais également au droit de propriété[572]. Dès lors, bien qu'autorisée par la jurisprudence[573], cette clause ne procède pas à un simple aménagement mais réalise une atteinte décisive à un droit fondamental de l'associé[574]. Or, c'est justement le consentement de l'associé qui rend la clause conforme au droit fondamental de propriété[575] et au droit de rester associé[576].

---

[571] Y. Paclot, note sous Cass. com. 13 décembre 1994, *JCP E* 1995, II, 705 ; S. Dana-Demaret, note sous CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc.* 1989, p. 247 ; G. Durand-Lépine, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 10-11 : si l'auteur considère que l'introduction d'une clause d'exclusion ne constitue pas une augmentation des engagements, il ne se montre pas pour autant favorable à la possibilité de l'introduire dans les statuts à la seule majorité. Certaines décisions semblent aller dans ce sens. V. T. com. Versailles, 2 mai 1989, *Bull. Joly soc.* 1989, p. 614, note Y. Sexer ; *RD banc. et bourse* 1989, p. 214, obs. M. Jeantin et A. Viandier : le jugement rendu s'appuie toutefois sur une conception pécuniaire de l'engagement, ce qui justifie que l'introduction de la clause d'exclusion ne puisse être considérée comme une augmentation de l'engagement.

[572] Le droit de rester dans la société est classiquement présenté comme un droit propre de l'associé auquel il ne peut être porté atteinte. V. M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401 et s. ; D. Randoux, « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublon, Defr.* 2001, p. 243, spéc. p. 252. Plus encore, la clause d'exclusion peut être conçue comme une augmentation des engagements de l'associé puisqu'elle revient à mettre à sa charge une nouvelle obligation de céder ses droits sociaux. V. Y. Guyon, *Traité des contrats, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5e éd., 2002, n° 98 ; J.-M. de Bermond de Vaulx, « L'exclusion d'un associé », *Dr. soc.* 1996, comm. 14 ; S. Darioseq et N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc.* 1998, p. 908.

[573] V. *infra*, n° 249.

[574] En ce sens, v. F. Rizzo, art. préc., spéc. p. 48 et s. ; Y. Sexer, note sous T. com. Versailles, 2 mai 1989, *Bull. Joly soc.* 1989, p. 614 ; D. Martin, « L'exclusion d'un actionnaire », *RJC*, n° spécial, 1990, p. 94 ; J. Hémard, F. Terré et P. Mabillat, *Sociétés commerciales*, T. II, Dalloz, 1974, n° 362. Certaines décisions se prononcent en ce sens. V. T. com. Paris, 12 juin 1972, *Bull. Joly soc.* 1973, n° 140 : la stipulation tendant à exclure l'associé sans son consentement viole le droit fondamental de l'associé de rester dans la société.

[575] N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, préf. M. Gobert, n° 533, p. 422 : « *l'accord des volontés empêche d'y voir une expropriation* ». Or, il n'y a véritablement accord de l'associé que si celui-ci a consenti personnellement. Dès lors, quelle que soit la nature de la clause d'exclusion, le principe d'un consentement individuel doit s'appliquer ; *Contra* : L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 507 ; L. Faugérolas, « Les moyens de défense face à une acquisition indirecte d'actions », *JCP E* 1995, I, 483, p. 335 ; I. Krimmer, « La clause de rachat », *JCP E* 1993, I, 223, p. 101. Pour une interprétation plus nuancée, v. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 449, p. 374 : cet auteur propose de distinguer selon la nature de la clause. Si cette clause s'assimile à une promesse de vente consentie par l'associé à la société, son introduction devrait nécessairement requérir le consentement individuel de l'associé. En revanche, si la clause s'identifie à une clause résolutoire qui prévoit l'exclusion de l'associé pour inexécution d'une obligation spécifique, le consentement unanime ne sera exigé que si cette obligation non respectée est nouvelle.

[576] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 371, p. 241 : « *il semble qu'au stade de l'insertion de la clause d'exclusion dans les statuts l'unanimité des associés s'impose car seul l'acquiescement de tous les intéressés efface l'atteinte portée au droit propre de rester associé et autorise une modification des termes du pacte social obligeant chaque signataire à titre d'associé* ». .

En revanche, l'introduction en cours de vie sociale de clauses statutaires d'agrément ou de préemption est valable et soumise à la simple majorité [577]. De prime abord, ces clauses peuvent pourtant être considérées comme augmentant les engagements des associés[578]. D'une part, elles contraignent les associés à observer une procédure spécifique s'ils souhaitent se défaire de leurs droits sociaux[579]. D'autre part, elles portent atteinte à leur droit de gérer librement leur patrimoine et au principe essentiel de libre cessibilité de leurs droits sociaux.

Cependant, ces clauses relatives à la libre négociabilité des droits sociaux ne constituent qu'une atteinte relative au droit de propriété. Plus précisément, elles ne portent atteinte qu'à ses attributs qui ne sont pas soumis à la protection constitutionnelle[580]. Puisque les associés ont toujours la possibilité de céder leurs titres, ces clauses ne font que diminuer le droit de propriété[581]. Il s'agit donc d'un simple aménagement[582].

Par analogie, la loi de la majorité s'impose concernant les décisions relatives à la limitation du droit de participation à l'assemblée et concernant les décisions relatives à l'introduction d'une clause de non-concurrence ou d'exclusivité. Les premières ne font qu'aménager le droit fondamental de vote, les secondes, à condition d'être légitimes et proportionnées, ne font qu'aménager la liberté du commerce et la liberté du travail.

152. Intérêts de la proposition. Cette nouvelle proposition présente un double avantage.

D'une part, elle préserve davantage la sécurité juridique que les théories précédentes. Il n'y a plus à se demander si la décision entraîne diminution d'un droit ou augmentation d'un

---

[577] Cette solution conforte donc la décision rendue par la chambre civile de la Cour de cassation en date du 9 février 1937, *S*., 1937, p. 129, note H. Rousseau ; *DP* 1937, 1, p. 73, note A. Besson.

[578] M. Buchberger, th. préc., n° 449, p. 374 ; J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 416-417.

[579] L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 408, p. 313-314.

[580] V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas.

[581] F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com*. 2000, p. 27 spéc. p. 46 ; P. Le Cannu, note sous Cass. com., 26 mars 1996, Chalazon c/ SA Buthurieux et ses associés Bae et autres, *Bull. Joly soc*. 1996, p. 604 : « *la liberté de disposition n'a pas la même nature que la liberté du commerce ou la liberté du travail. Elle est l'un des droits subjectifs reconnus au propriétaire. On peut la soumettre à des conditions, sans la supprimer* ».

[582] En ce sens, v. J. Monnet, art. préc., spéc. p. 417 : « *Si la tentation est grande, le risque pour le droit des sociétés est néanmoins certain. Les clauses relatives à la cession de parts et actions sont plus des aménagements indispensables de l'engagement des dirigeants au bénéfice de la société que l'expression d'une volonté égoïste de maintien du pouvoir. Il importe donc de trouver de bonnes raisons pour limiter la contagion (…) d'une interprétation trop extensive des solutions jurisprudentielles* ». En outre, si celles-ci profitent indirectement à la société, leur exécution profite d'abord et avant tout aux associés. Partant, l'article 1836, alinéa 2, du Code civil consacrant un principe d'intangibilité des engagements des associés envers la société n'a pas vocation à s'appliquer à cette hypothèse.

engagement : dès lors que celle-ci génère un risque direct d'appauvrissement de l'associé, son consentement est nécessaire. L'associé ne doit pas réinjecter davantage de fonds à la société sans l'avoir consenti et ne doit pas recevoir moins que ce à quoi il prétendait en souscrivant au contrat de société. La cause de l'engagement de l'associé ne doit pas être sacrifiée sur l'autel de la pérennité de la société.

D'autre part, elle permet d'établir un équilibre entre les intérêts de l'associé et de la société. En effet, seule l'obligation d'apport *stricto sensu* et les droits et libertés fondamentaux ne peuvent être respectivement augmentés ou supprimés sans le consentement individuel de l'associé. Pour toute autre modification, la majorité suffit. En clair, tous les droits et obligations qui découlent de l'accomplissement de leur obligation d'apport, tel le droit de vote ou le droit de négocier leurs titres, sont soustraits au principe d'intangibilité sauf à ce que leur modification affecte la cause de leur engagement ou porte irrémédiablement atteinte à une liberté ou droit fondamental. Partant, le principe est celui de la modification à la majorité, l'exception, bien que relativement importante, est celle de la modification à l'unanimité. L'assemblée dispose donc d'une marge de manoeuvre conséquente sous réserve de la commission d'un abus de droit.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

153. La personne morale, fruit du contrat de société, a pour conséquence de générer une pluralité de relations et d'effets contractuels. Aussi ces spécificités complexifient-elles l'application du principe d'immutabilité.

En effet, la consécration jurisprudentielle d'une application stricte de la force obligatoire du contrat de société conduit à requérir nécessairement le consentement unanime des associés pour toute modification, que celle-ci affecte ou non l'ensemble des contrats d'apport. Aussi, et en raison du nombre parfois important d'associés, est-il difficile de procéder à la modification du contrat de société. La reconnaissance d'un contrat d'apport passé par chaque associé avec la société aurait pourtant pu aboutir à admettre une application sélective du principe d'immutabilité aux seuls contrats d'apport affectés par la modification et, ainsi, faciliter la modification du contrat de société. La jurisprudence en a pourtant décidé autrement.

Pour autant et même si la modification est ainsi plus difficile à obtenir, ce consentement unanime n'est pas requis pour l'intégralité des effets produits par le contrat de société. Pour faciliter l'évolution de la société aux circonstances économiques, le législateur a réduit le champ d'application du principe d'immutabilité. Principalement circonscrit au contenu obligationnel, les modifications affectant la personne morale ou les droits des associés ne nécessitent pas, en principe, un consentement unanime.

C'est sans doute pour cette raison que la jurisprudence récente renouvelle le principe légal d'intangibilité des engagements par une extension de son champ d'application. Remettant partiellement en cause la distinction traditionnelle entre augmentation des engagements et diminution des droits, elle fait application de ce principe à toutes les obligations et à certains droits.

Cette rénovation doit cependant être bien comprise. Si l'on peut véritablement y déceler une reconquête du droit commun des contrats sur la société, il ne s'agit pourtant pas de remettre en cause le pouvoir acquis de l'assemblée de procéder à la modification des statuts. Le principe d'intangibilité nouvellement redéfini doit ainsi être précisé et encadré dans l'intérêt de la société. La distinction entre les décisions appauvrissant directement l'associé soumises au consentement individuel de tous les associés et celles aménageant ses droits y compris ceux qualifiés de

fondamentaux, soumises à la seule majorité, permettrait de trouver le point d'équilibre entre l'intérêt de l'associé et celui de la société.

CONCLUSION DU TITRE 1

154. Comme tout contrat, la société est soumise au principe de la force obligatoire qui implique dans la conception traditionnelle volontariste de promouvoir son intangibilité. Dès lors, les principes d'irrévocabilité et d'immutabilité qui en résultent s'imposent à elle comme à n'importe quel autre contrat. Cependant, les originalités dont elle fait l'objet rejaillissent sur leur application.

Concernant, le principe d'irrévocabilité, la pluralité des liens contractuels rend incontestablement plus difficile sa mise en œuvre. En effet, en matière sociétaire, ce dernier connaît deux implications. La première concerne le contrat de société *stricto sensu* qui unit les associés et la seconde concerne le contrat d'apport qui unit chaque associé à la société. Pour autant, en dépit de cette application dualiste, le droit des sociétés s'inspire largement des règles de droit commun. En effet, en principe, une fois engagé, l'associé contractant ne peut rompre unilatéralement et de manière inconditionnelle ni le lien qui l'unit à ses coassociés ni le lien qui l'unit à la société. Admettre l'inverse conduirait à sacrifier l'intérêt des autres associés, de la société et des tiers au profit seulement de l'intérêt individuel.

Néanmoins, en droit commun des contrats, ce principe d'irrévocabilité contractuelle ne connaît pas une application absolue. En effet, concernant les contrats à durée indéterminée ou excessive, la protection de la liberté individuelle conduit à reconnaître au contractant la possibilité de sortir unilatéralement du contrat. Aussi la très longue durée du contrat de société a-t-elle imposé au législateur et à la jurisprudence de prévoir en principe des moyens pour l'associé de quitter la société et donc d'anéantir unilatéralement son contrat d'apport pour échapper à un engagement à vie.

Par conséquent, en la matière, l'originalité due à la superposition des relations contractuelles ne suffit pas à neutraliser les règles du droit commun des contrats.

Concernant le principe d'immutabilité, davantage que la pluralité des liens contractuels, c'est la naissance de la personne morale consécutive à la conclusion du contrat de société qui perturbe son application. En effet, en principe, l'immutabilité implique que le contrat dans son entier ne puisse subir aucune modification sans le consentement de toutes les parties au contrat.

Or, en droit des sociétés, le législateur en a considérablement réduit la portée en limitant son application aux seuls engagements qu'il génère. Par conséquent, concernant la modification des règles de fonctionnement de la personne morale, la majorité qualifiée suffit.

Toutefois, après avoir pendant longtemps malmené ce principe d'immutabilité, la jurisprudence semble de nouveau souhaiter lui conférer une portée plus conséquente *via* une interprétation plus extensive de la notion d'engagements des associés. Pour autant, il ne s'agit pas de réduire le pouvoir qu'a acquis l'assemblée. Partant, les propositions affluent pour tenter de délimiter clairement le principe d'immutabilité et effectuer un compromis entre l'intérêt de la société et l'intérêt individuel. Une conciliation des deux séries d'intérêts pourrait être trouvée au travers du critère de l'appauvrissement de l'associé.

TITRE 2

LES REMEDES A L'INEXECUTION CONTRACTUELLE

155. Les remèdes, corollaire de la force obligatoire du contrat. Rendre effective la force obligatoire du contrat consiste à conférer aux créanciers des remèdes[583] efficaces pour pallier l'inexécution[584] de leur débiteur. Les sanctions ont ainsi une vertu prophylactique et thérapeutique : protéger et restaurer la force obligatoire du contrat[585]. Deux sanctions[586] sont

[583] Les termes « remèdes » et « sanctions » seront considérés pour cette étude comme synonymes. V. R. Desgorces, *La combinaison des remèdes en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur*, in *Mél. D. Tallon, D'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999, p. 243, spéc. p. 244 : « *L'expression sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles est probablement la meilleure signification du mot remède* » ; S. Le Gac-Pech, « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 décembre 2007, n° 242, p. 7, spéc. p. 12 : le terme remède est absent du Code civil. Notion empruntée du *common law*, elle fait référence à « *l'ensemble des moyens tendant à assurer la satisfaction du créancier en cas de refus d'exécution ou d'exécution défectueuse du contrat* ». L'auteur distingue trois catégories de remèdes : les remèdes judiciaires, les remèdes contractuels et les remèdes unilatéraux ; Y.-M. Laithier, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 4, p. 11 : l'auteur préfère le terme de sanction : « *l'emploi de ce mot en droit français est parfaitement approprié et la notion est suffisamment large pour désigner ce qui, en droits anglais et américain, correspond aux remèdes* ». L'auteur en donne la définition suivante : « *la mesure de nature juridique prise en conséquence de l'inexécution d'une obligation contractuelle* ». L'auteur souligne (n° 7, p. 17) que le terme de « sanction » n'a pas la connotation punitive que l'on a tendance à lui attribuer par amalgame à la notion de peine. Au même titre que le terme « remède », il s'agit de réparer les conséquences malheureuses de l'inexécution pour le créancier ; en ce sens, v. M. Azavant, « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Rev. soc*. 2003, p. 442, spéc. p. 445 ; J. Simon, « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in *Mél. P. Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 147, spéc. p. 148 ; *Contra* : pour une dissociation des termes « sanctions » et « remèdes », v. D. Tallon, « Les remèdes », « Le droit français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de H. Donald et D. Tallon, LGDJ, 1987, p. 271, spéc. p. 272 : « *cette notion (de remède) qui induit non seulement des mesures de réparation comme l'allocation de dommages-intérêts, l'exécution forcée en nature ou le remplacement, mais aussi le droit de rétention et d'autres mesures provisoires et conservatoires… Evoquer des sanctions, c'est se placer du point de vue de la partie en défaut et non de la partie lésée et, d'ailleurs, donner malgré soi à l'institution une nuance répressive qu'elle n'a pas* » ; N. Molfessis, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 37, spéc. p. 44 : attribuant une connotation punitive à la sanction, l'auteur refuse sa qualification à l'exécution en nature : « *l'exécution en nature n'est pas une sanction mais une mise en force du contrat. On ne punit pas un contractant en l'obligeant à faire ce à quoi il s'est engagé* ».

[584] Dans le cadre de l'étude, l'inexécution sera employée pour désigner l'inexécution fautive du débiteur aussi bien totale que partielle, l'exécution en retard et l'exécution défectueuse. Sur le sens du terme inexécution, v. S. Le Gac-Pech, art. préc., spéc. p. 10 : le droit français, à l'instar du droit anglais, consacre une conception unitaire de la notion d'inexécution, peu important que celle-ci bénéficie ou non d'une exonération.

[585] R. Desgorces, art. préc., spéc. p. 244 : l'auteur distingue parmi les remèdes, les provisoires et les définitifs. Ce sont ces derniers que nous nous proposons d'aborder dans cette étude puisqu'ils permettent seuls de restaurer définitivement la force obligatoire du contrat.

[586] La sanction peut être appréhendée de manière positive comme synonyme d'approuver, consacrer ou ratifier ou de manière négative comme synonyme de peine. V. C. Jamin, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot pourri introductif », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 3. Dans le cadre de notre étude, la sanction sera uniquement appréhendée dans son sens négatif.

consacrées par le législateur en droit commun des contrats : l'exécution forcée et la résolution[587]. Le créancier dispose, en principe, d'une entière liberté dans le choix du remède[588]. Pas plus que l'article 1134 du Code civil, l'article 1184 du même Code n'institue, en effet, de hiérarchie entre eux[589]. Cependant, la pérennité du contrat est devenue l'impératif prioritaire et, par conséquent, la résolution est reléguée en sanction subsidiaire[590].

156. Application des remèdes de droit commun au contrat de société. Si le contrat de société doit sa spécificité à la pluralité de ses effets contractuels, il est, comme tout contrat, nécessairement générateur d'obligations. Ces diverses obligations appartiennent communément au contrat de société et au contrat d'apport. En effet, si l'ensemble des obligations figurent dans le contrat de société, chaque contrat d'apport contient les obligations individuelles dont sont tenus les associés à l'égard de la société. Dès lors, associés et société sont-ils réciproquement tenus à des obligations qui bénéficient d'un double support contractuel. En conséquence, par application du droit commun, l'associé ou la société qui refuse d'exécuter ses obligations s'expose à la sanction juridique[591].

En raison de son inexistence physique, les sanctions de l'inexécution par la société de ses obligations ne seront pas étudiées. La question de la sanction de la personne morale revient finalement à évoquer celle de ses représentants légaux. Or, si le contrat de mandat participe au

---

[587] L'article 1184, alinéa 2, du Code civil dispose : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ».

[588] V. par exemple Cass. civ. 3e, 25 mars 2009, *Bull. civ*. III, n° 67 ; *RDC* 2009, p. 1004, obs. T. Genicon ; *Defr*. 2009, 1, 2319, art. 39040, n° 1, obs. E. Savaux : une option est laissée entre la résolution et l'exécution forcée d'une promesse synallagmatique de vente.

[589] Le créancier conserve le choix d'opter entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent. Il a simplement la faculté et non l'obligation de requérir l'exécution en nature. Cette option se déduit de l'article 1184 du Code civil. V. S. Le Gac-Pech, art. préc., spéc. p. 17 ; G. Viney, « Exécution de l'obligation, Faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney*, LGDJ, 2001, p. 167, spéc. p. 175 ; au soutien de ces affirmations, v. Cass. civ. 3e, 28 septembre 2005, *Bull. civ*. III, n° 180 ; *D*. 2006, pan. p. 2645 ; *JCP G* 2006, II, 10010, note C. Noblot ; *RTD civ*. 2006, p. 129, note P. Jourdain ; *RDC* 2006, p. 818, obs. G. Viney : la Cour de cassation a cassé la décision d'appel au visa de l'article 1147 du Code civil au motif que « *l'entrepreneur responsable de désordres de construction, ne peut imposer à la victime la réparation en nature du préjudice subi par celle-ci* ».

[590] T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur, n° 360 et s., p. 261 et s., spéc. n° 364, p. 263.

[591] P. Jestaz, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, p. 273.

fonctionnement du contrat de société[592], c'est un contrat bien distinct[593] formé entre la société et un mandataire qui n'est pas nécessairement un associé de la société[594].

En revanche, concernant les associés, l'application des sanctions de droit commun des contrats est tout à fait concevable. En cas d'inexécution de leurs obligations, la société, en tant que créancière des obligations[595], peut exiger d'eux l'exécution forcée de leurs obligations (Chapitre 1) ou demander la résiliation du lien contractuel (Chapitre 2).

---

[592] A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon : l'auteur distingue les obligations qui pèsent sur la société de celles qui pèsent sur les dirigeants. Pourtant, ce sont bien les dirigeants qui exécutent les obligations dont est tenue la société.

[593] Il est vrai que le contrat d'apport est lui aussi théoriquement distinct du contrat de société et devrait par suite être exclu de l'étude. Toutefois, ces deux contrats sont tellement imbriqués que cela n'aurait aucun sens d'étudier le contrat de société sans le contrat d'apport. En effet, c'est grâce à l'existence de ce contrat d'apport que la société peut agir contre l'associé. Les associés ne sont pas tenus à l'égard des autres associés, mais, en revanche, ils le sont à l'égard de la société et c'est ce qui précisément permet l'application des sanctions de droit commun.

[594] Dans les sociétés en nom collectif et les sociétés à responsabilité limitée, le gérant peut ne pas être associé auquel cas il peut alors avoir le statut de salarié de la société. Ce qui montre bien qu'il s'agit de deux contrats distincts formés avec des contractants différents.

[595] La société est la créancière des obligations statutaires mises à la charge des associés. Il en résulte que, en principe, c'est à elle d'agir contre l'associé en cas d'inexécution contractuelle. Toutefois, il n'est pas exclu qu'un associé puisse exercer l'action offerte à la société en cas d'inexécution des obligations par un autre associé en se fondant sur la théorie de la stipulation pour autrui. V. J.-F. Quievy, « L'exécution, entre associés, du contrat de société personnifiée », *Bull. Joly soc*. 2010, n° 2, p. 192. Pour une explication différente, v. J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis, n° 635 et s., p. 447 et s. : selon l'auteur, la naissance de la personne morale ne retire pas aux associés leur droit d'ester en justice pour inexécution d'une obligation contractuelle par un associé car « *les relations contractuelles qui lient les alliés avant l'apparition de la personne morale, voire après sa disparition, ne s'effacent aucunement pendant que celle-ci existe pour la simple et unique raison que la personnalité morale n'a de sens que vis-à-vis des tiers* ». En revanche, la naissance de la personne morale contraint les associés au respect d'une hiérarchie : « *le fait que l'alliance soit dotée d'un organe de représentation n'est pas sans incidence sur les prérogatives d'intérêt commun que chaque allié est censé pourvoir exercer seul à titre conservatoire. En effet, dès lors que le dirigeant reçoit le pouvoir de mettre en œuvre les prérogatives d'intérêt commun, les alliés ne peuvent plus les exercer que de façon subsidiaire, c'est-à-dire seulement si le dirigeant ne l'a pas déjà fait* ».

CHAPITRE 1

L'EXÉCUTION FORCÉE CONTRACTUELLE

157. L'exécution forcée en nature, corollaire de la force obligatoire du contrat. La place conférée à l'exécution forcée en nature[596] est fonction de la signification donnée à la force obligatoire du contrat. En droit anglo-saxon, la force obligatoire signifie simplement que le débiteur qui manque à ses obligations s'expose à une sanction juridique, peu important alors la nature de la sanction prononcée[597]. Pour le droit français, en revanche, l'exécution forcée en nature[598] se présente comme le prolongement naturel et nécessaire de la force obligatoire[599]. La

[596] Sur la distinction entre exécution forcée et exécution en nature, v. V. Lonis-Apokourastos, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, préf. J. Mestre, n° 11, p. 26-27 : « *Certains auteurs considèrent que l'expression exécution forcée est synonyme d'exécution en nature de l'obligation. Selon d'autres, l'exécution en nature étant l'un des modes d'exécution forcée des obligations* » ; Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 15, p. 37 : l'exécution forcée s'oppose à l'exécution volontaire : « *L'exécution de l'obligation contractuelle est forcée lorsqu'elle est ordonnée par le juge… L'exécution forcée a lieu en nature si le débiteur est condamné à fournir l'objet précis de la prestation convenue ; elle a lieu par équivalent si elle vise à octroyer au créancier des dommages-intérêts évalués de façon à replacer dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été ponctuellement et complètement exécuté* » ; P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1993, préf. I. Moreau-Margrève, p. 10 ; *Contra* : S. Le Gac-Pech, art. préc., spéc. p. 14-15 : « *Il faut tenir pour synonyme l'exécution forcée ou en nature, car l'exécution sous contrainte est toujours une exécution en nature consistant à contraindre le débiteur à ce à quoi il s'était obligé. On ne doit parler d'équivalence qu'à propos de la réparation, car la réparation est toujours un équivalent… Les termes de réparation en nature et d'exécution par équivalent ne sont que de faux concepts* » ; en ce sens, v. N. Molfessis, art. préc., spéc. p. 46.

[597] L'attribution de dommages-intérêts constitue la sanction de principe en droit anglo-saxon en raison de la définition singulière de la force obligatoire du contrat. V. D. Tallon, « Les remèdes », « Le droit français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de H. Donald et D. Tallon, LGDJ, 1987, p. 271, spéc. p. 286 ; S. Whittaker, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 49 ; D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ*. 1994, p. 223, spéc. p. 224 ; F. Bellivier et R. Sefton-Green, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et en droit anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 91, spéc. p. 95 ; E. Chahounka Tolomè, « L'inexécution précontractuelle et contractuelle en droit français et américain : une instructive comparaison », *Gaz. Pal*. 2007, p. 963 ; B. Fauvarque-Cosson, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *RDC* 2006, p. 529.

[598] L'expression « exécution en nature » est ici définie *lato sensu*, elle renvoie à tous les moyens directs ou indirects permettant au créancier d'obtenir le résultat promis. Les articles 1143 et 1144 du Code civil permettent ainsi une exécution en nature des obligations de faire et de ne pas faire sans contraindre pour autant le débiteur à exécuter lui-même la prestation. V. P. Puig, « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 85 ; *Contra* : pour certains auteurs, l'exécution en nature n'englobe pas la réparation en nature. V. P. Wéry, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Etudes de droit comparé sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney, LGDJ, 2001, p. 205, spéc. p. 236 : la réparation en nature « *n'offre au créancier qu'un équivalent du résultat que lui aurait fourni l'exécution en nature de l'obligation contractuelle* » ; pour un approfondissement de la distinction entre exécution et réparation, v. P. Rémy-Corlay, « Exécution et réparation : deux concepts ? », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 13. Nous estimons

conception volontariste et subjectiviste du contrat conforte sa place au sommet de la hiérarchie des sanctions : dès lors que l'on a accepté de s'engager, la parole donnée doit être respectée et le contrat exécuté[600].

158. Les vicissitudes de l'exécution forcée en nature. Bien que conforme aux fondements de la force obligatoire, ce n'est qu'au prix d'une longue évolution que l'exécution en nature a su s'imposer en véritable principe[601]. Méconnue du droit romain et du Moyen Age[602], ce n'est qu'au cours du XXe siècle qu'elle est véritablement parvenue à conquérir notre système juridique et conférer une place de second rang à l'exécution par équivalent. Il n'en demeure pas moins que la rédaction ambiguë de l'article 1142 du Code civil laisse planer un doute quant à sa portée. Aux termes de celui-ci, « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

Trois lectures de cette disposition sont envisageables.

---

nécessaire d'interpréter la notion dans sa conception la plus large et d'assimiler la réparation en nature à l'exécution en nature et l'opposer ainsi à l'équivalent monétaire.

[599] G. Lardeux, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in *L'efficacité du contrat* sous la dir. de G. Lardeux, Dalloz, 2011, p. 1, spéc. p. 2 : « *l'exécution forcée en nature est-elle considérée, tant en droit positif qu'en droit prospectif, comme la reine des solutions en cas de difficulté d'exécution spontanée par le débiteur. La raison en est forte puisqu'il ne s'agit rien de moins que de considérer qu'elle est la seule parfaite manifestation de la force obligatoire des conventions* » ; en ce sens, v. D. Tallon, art. préc., spéc. p. 286 et p. 290 ; S. Le Gac-Pech, art. préc., spéc. p. 18 ; G. Viney, art. préc., spéc. p. 182 ; N. Molfessis, art. préc., spéc. p. 40 et 45 ; T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur, n° 360 et s., p. 261 et s., spéc. n° 361, p. 262 ; L. Weiller, « Processualisation et force obligatoire du contrat », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 157, spéc. p. 158-159 ; *Contra* : Y.-M. th. préc., n° 36 et s., p. 58 et s. : l'auteur conteste la supériorité donnée à l'exécution en nature. Assimiler force obligatoire et exécution en nature, c'est confondre la norme et sa sanction. L'article 1134 du Code civil n'instaure aucune hiérarchie dans les sanctions, spéc. n° 38, p. 59 ; Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 161, spéc. p. 175 : « *Ce n'est pas porter atteinte ou malmener la force obligatoire que de contester la primauté de l'exécution forcée en nature…L'article 1134 pose l'existence d'une sanction et l'article 1142 édicte l'une d'elles* » ; C. Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré, n° 992, p. 525 ; J.-P. Gridel et Y.-M. Laithier, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G* 2008, I, 143, p. 13, spéc. p. 15 ; F. Bellivier et R. Sefton-Green, art. préc., spéc. p. 106 et s. : ces auteurs affirment l'existence d'une « déconnexion » entre la force obligatoire et l'exécution en nature. L'exécution par équivalent peut satisfaire le créancier de la même façon que l'exécution en nature.

[600] N. Molfessis, art. préc., spéc. p. 41 : « *l'exécution forcée est la manière par excellence d'assurer le respect de l'engagement contracté* ». Par suite, l'auteur propose de soustraire les engagements non voulus par les parties, notamment les obligations issues d'un forçage du contrat par le juge, de l'exécution forcée en nature ; Y.-M. Laithier, art. préc., spéc. p. 172 : la sanction de l'exécution en nature a pour double objectif de faire respecter la parole donnée et de dissuader le débiteur de ne pas respecter ses obligations ; W. Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ*. 1976, p. 700, spéc. p. 702 : selon l'auteur, ordonner une exécution par équivalent revient à déjouer les prévisions des parties.

[601] Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 161, spéc. p. 164.

[602] J. Coulet, L'exécution forcée en nature, thèse Paris II, 2007.

Selon une première interprétation, l'article 1142 du code civil fait écho à l'adage « *Nemo praecise potest cogi ad factum* ». En conséquence, aucune obligation de faire ou de ne pas faire n'est susceptible d'être l'objet d'une exécution forcée en nature. Le débiteur peut donc accomplir la prestation ou verser l'équivalent en argent. Interprétation la plus littérale, elle est cependant incompatible avec la force obligatoire du contrat tel que l'envisage le droit français.

Selon une deuxième conception, la prohibition de l'exécution forcée en nature ne concerne que les seules « *obligations de comportement* »[603] présentant un caractère éminemment personnel[604]. Cette interprétation postule une rédaction elliptique de l'article 1142 du Code civil puisque ce dernier n'opère aucune distinction au sein de ces catégories d'obligations. Elle présente cependant l'avantage de le concilier avec l'article 1134 du même Code.

Enfin, selon une dernière conception, il ne faut pas comprendre cette disposition au sens littéral comme prescrivant l'exécution forcée par équivalent, mais l'interpréter comme offrant au créancier une alternative entre l'exécution par équivalent et l'exécution en nature par un tiers aux dépens du débiteur en cas de non respect des condamnations judiciaires. C'est donc seulement si le débiteur refuse postérieurement à la condamnation judiciaire que les articles 1142, 1143 et 1144 du Code civil auraient vocation à jouer[605]. Cette interprétation renouvelée suppose cependant une maladresse importante de rédaction de l'article 1142 du Code civil.

159. La consécration de la primauté de l'exécution en nature en droit commun. Face à cette ambiguïté rédactionnelle, la jurisprudence a choisi de consacrer la deuxième lecture et d'interpréter l'article 1142 du Code civil à l'aune de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil. Soutenue par la doctrine majoritaire, elle a donc progressivement[606] condamné la lecture stricte de l'article 1142 du Code civil et privilégié l'exécution forcée en nature[607]. Le fait qu'elle ne soit

---

[603] Terme emprunté à G. Viney, (v. art. préc.) pour désigner les obligations de faire et de ne pas faire.

[604] P. Brun, « Le droit de revenir sur son engagement », *Droit et patr*. mai 1998, p. 78, spéc. p. 85 : « *Ce que les rédacteurs ont voulu (qu'ils ont il est vrai assez mal exprimé), c'est un rempart contre la violence faite à a la personne. L'article 1142, c'est l'intangibilité de la personne humaine contre la loi d'airain du contrat !* ». En outre, l'on doit entendre par caractère éminemment personnel les obligations qui mettent en jeu « *des qualités irréductiblement personnelles du débiteur* ». V. V. Lonis-Apokourastos, th. préc., n° 8, p. 23.

[605] P. Wéry, th. préc.

[606] L'exécution en nature est favorisée dès 1953. V. Cass. civ. 1ère, 20 janvier 1953, *JCP G* 1953, II, 7677, note P. Esmein.

[607] J.-P. Gridel et Y.-M. Laithier, art. préc. : « *le droit français est présenté comme l'un de ceux qui favorisent le plus cette sanction au monde* » ; V. Lonis-Apokourastos, th. préc., n° 1, p. 17. Les décisions prononçant l'exécution forcée en nature des obligations de faire ou de ne pas faire sont nombreuses. V. par exemple Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2007, *Bull. civ.* I, n° 19, *JCP G* 2007, IV, 1360 : décision dans laquelle la Cour de cassation a clairement

pas avantageuse ou démesurée par rapport à l'avantage procuré est indifférent[608]. Restreignant ainsi son champ d'application, elle révèle sa conception stricte de la force obligatoire du contrat.

Pour autant, aucune exécution forcée en nature ne sera prononcée par le juge lorsque celle-ci se révèle impossible d'un point de vue moral, matériel ou juridique[609]. Cependant, cela ne signifie pas que le débiteur soit à l'abri de toute sanction juridique. Admettre l'inverse porterait un coup fatal à la force obligatoire du contrat. Dès lors, lorsque l'exécution forcée en nature se révèle impossible, le contractant fautif sera condamné judiciairement à verser des dommages et intérêts au créancier : c'est ce que l'on dénomme l'exécution forcée ou sanction par équivalent.

---

affirmé aux visas de l'article 1142 et 1134 du Code civil le droit du créancier de demander l'exécution forcée en nature d'une obligation, peu important sa nature, dès lors que celle-ci est possible. En l'espèce, le débiteur s'était engagé à ne pas publier ou faire publier une œuvre dans une collection qui puisse faire une trop forte concurrence à son créancier à qui il avait cédé le droit d'exploitation. Cet arrêt illustre clairement la condamnation par la jurisprudence d'une lecture littérale de l'article 1142 du Code civil. En outre, le Professeur Denis Mazeaud (note sous l'arrêt, *RDC* 2007, n° 3, p. 719) souligne que la référence à l'article 1134 du Code civil témoigne de la volonté jurisprudentielle de fonder l'exécution en nature sur la force obligatoire du contrat ; en ce sens, v. Cass. civ. 3e, 11 mai 2005, *Bull. civ*. III, n° 103 ; *RTD civ*. 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2005, comm. n° 187, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2006, p. 323, obs. D. Mazeaud. La solution adoptée en droit privé contraste, cependant et de manière injustifiée, avec la solution retenue en droit administratif qui refuse de prononcer l'exécution forcée en nature d'une obligation de faire. V. C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 526 et s., p. 427 et s.

[608] S. Le Gac-Pech, « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 décembre 2007, n° 242, p. 7, spéc. p. 17 ; G. Viney, « Exécution de l'obligation, Faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Etudes de droit comparé sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney, LGDJ, 2001, p. 167, spéc. p. 183 : la jurisprudence refuse de se référer à la théorie de l'abus de droit pour refuser l'exécution en nature même lorsque celle-ci se révèle excessivement onéreuse pour le débiteur et que le créancier n'y a peu d'intérêt ; en ce sens, v. Cass. civ. 3e, 15 février 1978, *Bull. civ*. III, n° 85 ; *D*. 1978, IR p. 414. Les projets de réforme, dans le prolongement du droit positif, consacrent également un droit discrétionnaire au créancier de demander l'exécution en nature dont la seule limite repose sur le caractère éminemment personnel de la prestation. V. J. Rochfeld, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution », *RDC* 2006, p. 113.

[609] D. Tallon, « Les remèdes », « Le droit français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de H. Donald et D. Tallon, LGDJ, 1987, p. 271, spéc. p. 287 : il y a impossibilité matérielle lorsque le bien objet du contrat a disparu ou que le préjudice est définitivement acquis. Il y a impossibilité morale lorsque l'on ne peut contraindre même sous astreinte le débiteur à exécuter sa prestation, comme fournir une œuvre ou une prestation artistique ou lorsque la prestation litigieuse met en jeu une certaine considération de la personne, un rapport de confiance entre les parties. La Cour de cassation a, par exemple, censuré la décision d'une Cour d'appel qui avait refusé d'ordonner l'exécution forcée en nature, au motif que l'exécution de l'obligation n'était pas matériellement impossible : Cass. civ. 3e, 17 janvier 1984, Abou, inédit, *RTD civ*. 1984, p. 711, obs. J. Mestre ; W. Jeandidier, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, *RTD civ*. 1976, p. 700, spéc. p. 724 : l'auteur plaide pour une interprétation stricte des obligations de faire à caractère éminemment personnel. Il énonce que « *La protection de la liberté physique, voire intellectuelle, ne doit pas être comprise trop largement* ».

160. L'application « sélective » de l'exécution en nature du contrat de société. Le contrat de société et le contrat d'apport hébergent deux catégories d'obligations[610] : les obligations légales et les obligations conventionnelles[611]. Le respect de la force obligatoire conduit, en principe, à recourir à l'exécution forcée en nature chaque fois que l'associé se refuse à exécuter spontanément ses obligations. Toutefois, si toutes ces obligations sont bien soumises au dogme de la force obligatoire du contrat, certaines sont affectées d'une force obligatoire atténuée. En effet, une dichotomie s'observe du point de vue de leur sanction. Alors que pour les obligations légales, législateur et jurisprudence ont, conformément au droit commun des contrats, accordé sans difficulté leur faveur à l'exécution forcée en nature (SECTION 1), en revanche, cette dernière a davantage de mal à prospérer concernant les obligations conventionnelles (SECTION 2).

SECTION 1 UNE INFLUENCE PATENTE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS CONCERNANT LES OBLIGATIONS LEGALES

161. Le contrat de société présente incontestablement un paradoxe : s'il souffre d'une réglementation impérative excessive, le législateur n'a pour autant imposé que peu d'obligations à la charge des associés[612]. Toutefois, l'exécution de ces obligations « *sociétaires* »[613] permet non seulement de protéger l'intérêt des associés contractants, mais également, celui de la société et des tiers[614]. C'est dire qu'il est nécessaire de doter ces obligations de sanctions efficaces. Aussi et conformément au droit commun des contrats, l'exécution en nature constitue-t-elle la sanction de principe (§1) et l'exécution par équivalent apparaît comme l'exception (§2).

---

[610] Les notions d' « engagement » et d' « obligation » sont ici tenues pour synonymes. La notion de « devoir » fait davantage référence « *à un précepte général, à une sorte de règle déontologique* ». V. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 1, p. 1.

[611] La distinction entre les obligations légales et les obligations contractuelles doit être relativisée puisque les obligations légales revêtent elles aussi d'une certaine manière une nature contractuelle. V. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T.2, par G. Ripert et J. Boulanger, LGDJ, 4e éd., 1952, n° 28 : « *comme ces obligations légales ne pèsent que sur ceux qui contractent, on continue à les considérer comme contractuelles* » ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 30, p. 51 ; P. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, préf. F. Chabas, n° 14, p. 25 ; P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, 2000, préf. R. Bout, n° 152, p. 137.

[612] L. Godon, th. préc., n° 8, p. 9.

[613] Terme emprunté à Yves Guyon pour désigner les obligations du régime légal. V. préf. L. Godon, th. préc.

[614] C. Lefeuvre, *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, préf. H. Le Nabasque, n° 46, p. 56.

§1 LE PRINCIPE : L'EXECUTION FORCEE EN NATURE DES OBLIGATIONS LEGALES

162. Par analogie au contrat de mariage, l'ensemble des obligations légales constitue en quelque sorte le régime primaire[615] auquel les associés ne peuvent déroger. Toutes sont en effet nécessaires au fonctionnement de la société. Aussi, par application du droit commun, l'exécution forcée en nature s'impose-t-elle, peu important que soient en jeu des obligations communes à toutes les sociétés (A) ou spécifiques à certaines d'entre elles (B).

A- L'EXECUTION FORCEE EN NATURE DES OBLIGATIONS LEGALES COMMUNES

163. Aux termes de l'article 1832 du Code civil[616], par la conclusion du contrat de société, l'associé s'engage à exécuter deux obligations : l'apport (1) et la contribution aux pertes (2). Aussi le défaut d'exécution volontaire de l'une ou l'autre conduit-il à en ordonner, en principe, l'exécution forcée en nature[617].

1- L'exécution forcée en nature de l'obligation d'apport

164. Présentation. L'apport constitue l'obligation première et essentielle[618] du contrat de société qui conditionne la qualité d'associé[619] et permet de constituer le gage des créanciers

---

[615] Comparaison opérée par Monsieur Laurent Godon dans sa thèse préc.

[616] Article 1832 du Code civil : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter… Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

[617] S'ajoute également à ces deux obligations, l'obligation de bonne foi inscrite à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Cette obligation revêt une intensité particulière dans le contrat de société en raison de *l'affectio societatis* présent en principe chez tous les associés. V. *infra*, n° 363 et 364.
Néanmoins, en raison de son imprécision, la bonne foi s'apparente davantage à un devoir plutôt qu'à une réelle obligation. V. L. Godon, th. préc., n° 138 et n° 139, p. 91 et n° 136, p. 89 : « *la jurisprudence hésite sur l'application d'une règle qui est si générale qu'elle en est imprécise* », Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements* statutaires et conventions entre associés, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 36 : « *En France, il est difficile de préciser les conséquences juridiques de ce qui ne paraît être qu'une manifestation de l'*affectio societatis ». Par conséquent, elle ne peut faire l'objet, en tant que telle, d'exécution forcée en nature, ce qui justifie qu'elle soit exclue de l'étude. En revanche, l'article 1134 du Code civil et l'article 1135 du même Code peuvent fonder des obligations déterminées à la charge des parties (obligation de ne pas se mettre en conflit d'intérêts, obligation de non-concurrence, voire obligation d'exclusivité).

[618] Cette obligation est considérée par certains auteurs comme l'unique obligation légale. V. A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 20, p. 27.

[619] A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, préf. F. Terré.

sociaux[620]. Pour cette double raison, la conclusion du contrat de société exige l'exécution de cette obligation[621]. Toutefois, même si le défaut ou la fictivité de l'apport constitue une cause de nullité de la société[622], les associés et la société, victimes de l'inexécution, préfèreront sans doute la poursuite de l'associé défaillant en exécution forcée en nature au prononcé de la nullité de la société.

165. Exécution forcée, mesure d'exception. A mieux y regarder, en raison de l'intervention souvent simultanée de la libération et de la souscription[623], l'inexécution de cette obligation est en réalité difficilement concevable[624]. En effet, concernant l'apport en nature[625], la libération est toujours immédiate. Le fait que le bien transmis à la société fasse l'objet d'un

---

[620] L. Godon, th. préc., n° 20, p. 22. Toutefois, l'affirmation doit être relativisée eu égard aux évolutions récentes de la notion d'apport. V. J.-P. Langlais et G. de Kerviler, « La notion d'apport remise en question », *Dr. soc*., *Actes pratiques*, 2004, p. 3 ; S. Dana-Demaret, *Fasc. 10-20 : Théorie des apports*, *Notion d'apport en société*, in *J-Cl. soc*., 2005 : « *l'évolution législative moderne a permis de conférer le statut d'associé à des personnes n'ayant pas nécessairement réalisé des apports : c'est par exemple le cas lorsque la société distribue gratuitement des actions à son personnel (L. n° 80-834, 24 octobre 1980, JO 25 octobre 1980). Cette situation reste cependant très marginale et le principe fondamental est celui du caractère nécessaire d'un apport pour l'obtention de la qualité d'associé* ».

[621] La jurisprudence abonde en ce sens. V. CA Paris, 27 novembre 1990, *Bull. Joly soc.* 1991, p. 189 ; *Rev. soc*. 1991, p. 389, obs. Y. Guyon : la libération du capital social est une « *disposition d'ordre public qui met à la charge de l'actionnaire une obligation dont le respect est fondamental pour assurer tant la garantie des tiers que le fonctionnement de la société* ».

[622] Pour des décisions en application de l'article 1844-10 du Code civil, v. T. com. Honfleur, 20 novembre 1970, *D*. 1971, somm. p. 55 ; *JCP G* 1971, II, 16628, note P. Rousseau ; *Rev. soc*. 1971, p. 179, note J. Hémard. Toutefois, de manière assez exceptionnelle, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a sanctionné l'inexécution de l'obligation d'un associé de délivrer son apport dans une société en participation par l'inexistence de la société : Cass. com., 11 octobre 1998, Tornero c/ Multi-Agra, *Bull. Joly soc*. 1988, n° 12, p. 939, note P. Le Cannu.

[623] Il faut bien distinguer entre l'engagement d'un associé à effectuer un apport qui correspond à la souscription et l'exécution de cet engagement qui correspond à sa libération. V. L. Godon, th. préc., n° 30, p. 28 : « *La libération des apports correspond à la mise à disposition effective de ceux-ci, c'est-à-dire au versement au profit de la société des biens ou des fonds promis. L'opération de libération peut donc raisonnablement s'entendre d'une obligation de délivrance permettant la mise à disposition de la société des valeurs qui lui sont économiquement nécessaires* » ; T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 480

[624] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 27 et s., p. 33 et s. : il est possible que l'associé ait signé les statuts sans pour autant avoir libéré instantanément son apport. C'est le cas lorsque l'associé a réalisé une fausse déclaration de libération d'apport ou encore lorsque le banquier a procédé à l'établissement d'un certificat constatant les versements alors que l'associé n'avait, en réalité, pas réalisé ce dépôt. Dans ces hypothèses, à l'action en responsabilité s'ajoute une action en régularisation des formalités de constitution, en l'occurrence de l'apport non libéré, ouverte à tout intéressé. Toutefois, cette action est rarement utilisée, soit en raison d'un *intuitus personae* intense dont est pourvue la société et donc l'absence d'*affectio societatis* chez l'associé empêche d'y recourir, soit en raison de l'insolvabilité du débiteur. En outre, la procédure de vérification de la matérialité des versements effectués à la souscription limite les risques de non-libération. La procédure retrouve, cependant, son utilité dans l'hypothèse où la société a choisi d'échelonner les versements, auquel cas, il convient d'obliger l'associé à libérer le non versé exigible après l'immatriculation.

[625] Article L. 223-7 du Code de commerce concernant la société à responsabilité limitée et article L. 225-3, alinéa 2, du même Code concernant les sociétés anonymes.

transfert de propriété ou de jouissance fractionnée dans le temps[626] et le fait que l'acquisition de la personnalité morale soit différée[627] n'ont aucune incidence. En outre, concernant l'apport en numéraire, la libération est, là encore, souvent concomitante à la souscription en particulier dans les sociétés à responsabilité illimitée et les sociétés dépourvues de personnalité juridique[628].

En définitive, l'inexécution de l'obligation d'apport et, par suite, l'exécution forcée en nature, est envisageable d'un point de vue théorique que dans deux séries d'hypothèses[629].

D'une part, l'exécution forcée est concevable chaque fois que le législateur autorise une libération différée de l'apport[630]. Dans ce cas, l'exécution de l'obligation intervient ultérieurement à la souscription et l'associé peut donc refuser de verser son apport le moment venu.

---

[626] Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 35. Sur la libération immédiate de l'apport en jouissance, v. C. Regnaut-Moutier, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ, 1994, préf. J. Prieur, n° 46, p. 41 et s., spéc. n° 53, p. 47 : l'apport en jouissance bien que successif n'est pas incompatible avec une libération immédiate car « *si le droit de jouissance est un droit de créance, son caractère successif ou continu est néanmoins très estompé car limité à l'exécution d'obligations subsidiaires de garantie ou d'entretien, alors que l'obligation principale, qui forme l'essentiel du droit de jouissance transmis, s'exécute en un trait de temps, nous voulons parler de la délivrance ou de la mise à disposition* ». L'impératif de libération immédiate est donc satisfait par la mise en possession immédiate du bien par la société ; B. Mercadal et P. Janin, *Mémento pratique, Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2001, n° 161 ; R. Baillod, *L'apport en industrie, Déclin ou renouveau ?*, thèse Toulouse, 1980, n° 46 : l'auteur assimile la notion de libération à la mise à disposition. La jurisprudence abonde en ce sens. V. CA Aix, 31 mai 1951, *Gaz. Pal.* 1951, 2, p. 169 ; *JCP N* 1952, II, 6792, note D. Bastian : « *l'apport en jouissance est possible dans une société à responsabilité limitée malgré les termes de l'article 7 de la loi du 7 mars 1925, qu'il est admis en effet que cet apport, bien qu'il ait un caractère successif, n'est pas incompatible avec une libération des parts, puisqu'il a une valeur certaine, qu'il peut être exactement apprécié et qu'il est connu et réalisable par les créanciers* » ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 62, p. 73-74.

[627] H. Hovasse, M. Deslandes et R. Gentilhomme, « La situation de l'apporteur en nature avant l'immatriculation de la société », *Dr. des sociétés, Actes pratiques*, juillet/août 2004, p. 5, spéc. p. 6 et 7 ; M.-J. Cambassédès, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. soc.* 1976, p. 431, spéc. p. 449 et s : il existe une particularité en matière de société. Le transfert de propriété ne se réalise qu'au moment de l'immatriculation, c'est-à-dire au moment où la société acquiert la personnalité juridique lui permettant de posséder un patrimoine distinct de celui des associés. Cependant, le transfert de propriété ainsi différé n'empêche pas la libération immédiate exigée pour ce type d'apport. En effet, l'on admet dans cette hypothèse l'existence d'une dissociation entre l'effet personnel et l'effet réel produit par la convention d'apport. Alors que le premier de ces effets, qui existe dès l'échange des consentements, porte sur la création de l'obligation de transférer la propriété du bien apporté, le second, qui correspond au transfert effectif, se produit, quant à lui, ultérieurement lors de l'immatriculation de la société. L'existence de l'obligation de donner l'apport en nature est donc parfaite dès la constitution de la société, et le terme suspensif dont est affecté l'obligation ne concerne que l'exécution du transfert qui s'opèrera automatiquement lors de l'acquisition de la personnalité morale. Aussi, jusqu'à l'acquisition de la personnalité morale, l'apporteur est-il tenu des différentes garanties attachées à tout contrat de vente, les garanties d'éviction, des vices cachés et de conservation de la chose.

[628] T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 480. Il n'existe toutefois aucune obligation légale de procéder concomitamment à la souscription et la libération dans ces sociétés en raison de l'existence de l'obligation aux dettes.

[629] Y. Guyon, *op. cit.*, n° 35.

[630] Cette libération différée est autorisée dans les sociétés civiles et les sociétés en nom collectif et trouve son fondement dans la responsabilité illimitée des associés jugée suffisante à protéger les créanciers sociaux.

D'autre part, l'exécution forcée est concevable chaque fois que le législateur autorise une libération partielle de l'apport au moment de la souscription. Dans ce cas, l'exécution intégrale de l'apport intervient ultérieurement à la souscription et l'associé peut donc, là encore, refuser de verser le « solde » le moment venu[631].

166. L'exécution forcée en nature ordonnée par le droit commun. Aucun obstacle n'existe en droit commun des contrats pour s'opposer au prononcé de l'exécution forcée en nature. D'abord, il s'agit d'une obligation positive de l'associé. On peut donc en ordonner théoriquement l'exécution forcée. Ensuite et surtout, il s'agit en principe d'une obligation de donner[632] à la société un bien (apport en nature) ou une somme d'argent[633] (apport en numéraire). Partant, l'article 1142 du Code civil n'a pas vocation à s'appliquer et l'exécution forcée en nature s'impose sans difficulté[634].

---

[631] Cette libération partielle est autorisée dans les sociétés anonymes (article L. 225-3 du Code de commerce) : seule la moitié n'est exigée lors de la souscription, le reste devant être libéré dans un délai maximum de cinq ans après la constitution. Elle est autorisée dans les sociétés à responsabilité limitée : seul le cinquième n'est exigé lors de la souscription depuis la loi du 15 mai 2001 (article L. 223-7 du Code de commerce), le reste devant être libéré dans un délai maximum de cinq ans. Cette réforme relative à la libération différée du capital a pour fonction de faciliter la souscription du capital permettant ainsi « *la constitution des petites entreprises en SARL* ». Toutefois, cette libération différée est critiquable puisque « *vu le faible montant minimum du capital des SARL, elle permet de constituer des sociétés d'une excessive vulnérabilité financière et incitera les banques à demander la caution du gérant ou des associés* »). Elle est encore autorisée dans les sociétés par actions simplifiées (article L. 225-3, alinéa 1, du Code de commerce sur renvoi de l'article L. 225-12 du même code) : seule la moitié n'est exigée lors de la souscription. Enfin, elle est autorisée dans les sociétés coopératives à capital variable (article L. 231-5 du Code de commerce) : seul le dixième du capital est exigé lors de la souscription (la libération du capital des autres associés étant régie par les dispositions applicables à chaque forme sociale (article L. 231-5, alinéa 2, modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001). V. Y. Guyon, *op. cit.*, n° 35.

[632] M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 60 et s., p. 72 et s. : en principe, l'apport constitue une obligation de donner, c'est le cas de l'apport en numéraire et de l'apport en nature en propriété et, plus exceptionnellement, l'apport constitue une obligation de faire, c'est le cas de l'apport en jouissance et de l'apport en industrie ; en ce sens, v. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 31, p. 29 : l'auteur précise qu'il s'agit d'une obligation de résultat. Cette qualification découle naturellement de celle d'obligation de donner. V. P. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., Litec, 2012, n° 602.

[633] Certains auteurs considèrent que l'obligation de verser une somme d'argent est une obligation de donner. V. B. Stark, H. Roland et L. Royer, *Les obligations*, T. 2, Contrat, Litec, 1998, n° 1625. Pour d'autres auteurs, il s'agit d'une obligation de faire ou de donner selon le moyen de paiement. V. G. Sousi, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ*. 1982, p. 514. Enfin, d'autres encore prétendent qu'elle n'est ni l'une, ni l'autre. V. J. Carbonnier, *Les obligations*, 22e éd., 2000, n° 10.

[634] En raison de l'effet translatif qui résulte du seul échange des consentements, aucune obligation de donner n'existerait en définitive. V. P. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., Litec, 2012, n° 15 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil*, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 1111 ; M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ*. 1996, p. 85. Quant aux choses de genre, le transfert de propriété intervient lors de leur individualisation, l'obligation de donner n'a donc de sens que pour ces dernières.

Par exception, lorsque l'obligation d'apport a pour objet la jouissance d'un bien, elle met alors en jeu une obligation de faire, celle de mise à disposition. S'adjoignent à celle-ci d'autres obligations qui résultent de sa nature successive, à savoir les obligations d'entretien et de ne pas troubler la jouissance paisible. Toutefois, là encore, en raison de l'absence de caractère éminemment personnel de ces obligations, l'application de l'article 1142 du Code civil est exclue.

La question de l'exécution forcée en nature pose d'autant moins de difficulté que la nature monétaire de l'obligation d'apport en numéraire rend inconcevable de prime abord toute autre sanction[635].

167. Le défaut d'*affectio societatis*, un obstacle inopérant. Si le droit commun des contrats conduit donc à ordonner l'exécution forcée en nature de l'obligation d'apport, le droit des sociétés est cependant susceptible d'entraver sa mise en oeuvre.

En effet, exiger l'exécution de l'engagement d'apport revient à contraindre une personne à supporter la qualité d'associé contre son gré[636]. Or, il est de jurisprudence constante de refuser l'exécution forcée en nature de la promesse de société[637] dans la mesure où l'on décèle un défaut d'*affectio societatis* de l'associé auquel le juge ne peut pallier[638]. Dès lors, par analogie, ne doit-on pas considérer que l'associé qui refuse de libérer son apport se retrouve finalement dans la même situation que le promettant[639] ? Le forcer à exécuter son apport revient en effet à le

---

[635] F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1109 : s'agissant des obligations de payer une somme d'argent « *non seulement l'exécution forcée en nature est toujours possible, mais elle est la seule possible. Il ne peut y avoir d'autre équivalent de l'argent que l'argent* ».

[636] Y. Guyon, *op. cit.*, n° 35.

[637] Si la promesse unilatérale est sanctionnée par une exécution par équivalent en raison de l'obligation de faire à laquelle elle donne naissance (Cass. civ. 3e, 15 décembre 1993, *Bull. civ*. III, n° 174), en droit commun, en revanche, en principe, en vertu de l'article 1589 du Code civil, la promesse synallagmatique de vente vaut vente. En conséquence, le juge peut contraindre le promettant à exécuter en nature sa promesse. En revanche, en droit des sociétés, la promesse de société ne vaut jamais société, et, par suite, son défaut d'exécution est toujours sanctionné par des dommages et intérêts. La solution est constante en jurisprudence depuis un arrêt Cass. req., 10 février 1907 (*S*. 1912, 1, p. 217, note J. Perroud). V. N. Matulesco, *De la promesse de société dans les sociétés de personnes*, thèse Paris, 1923, note 3, p. 61.

[638] La jurisprudence a défini l'*affectio societatis* comme la collaboration active, sur un pied d'égalité, à l'entreprise commune. V. Cass. com., 3 juin 1986, *Bull. civ*. IV, n° 116 ; *Rev. soc*. 1986, p. 585 ; V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 63, p. 59 : la perte de cet *affectio societatis* lors de la promesse est révélée par « *le refus d'accomplir les formalités qui étaient initialement prévues, et auxquelles était subordonnée la conclusion du contrat* ».

[639] R. Besnard Goudet, *Fasc. 7-30 : Consentement des parties*, in *J-Cl. soc*., 2001, n° 48 : « *comment concevoir le fonctionnement de la société lorsque, dès la conclusion du contrat ou rapidement après, l'apporteur n'a plus d'*affectio societatis *?* ».

contraindre à demeurer dans un contrat qui exige pourtant une collaboration plus intense et durable.

Le droit des sociétés ne va cependant pas dans ce sens. Il existe plusieurs exemples légaux ou jurisprudentiels qui contraignent l'associé à demeurer dans la société alors même que celui-ci a perdu tout *affectio societatis* postérieurement à la conclusion du contrat[640]. Ainsi, la seule perte d'*affectio societatis* chez l'associé en nom ne suffit pas à permettre son départ. Confronté à un refus d'agrément de cession de ses parts sociales, il est obligé de demeurer dans la société jusqu'à ce qu'un cessionnaire soit agréé par elle. De même, en cas de refus d'agrément ou de refus de rachat par ses coassociés, l'associé d'une société en responsabilité limitée qui ne détient pas ses parts depuis deux ans est contraint de demeurer dans la société jusqu'à la fin de la durée de détention obligatoire. Enfin, de manière générale, l'associé qui a perdu tout *affectio societatis* ne peut être à l'origine d'une demande de dissolution pour mésentente. Ces divers exemples démontrent que ce qui importe, ce n'est pas l'existence de l'*affectio societatis* en cours de vie sociale, c'est-à-dire son existence pendant l'exécution du contrat de société, mais son existence au moment de la constitution de la société, c'est-à-dire au moment de la conclusion du contrat.

L'*affectio societatis* se révèle être ainsi un élément constitutif de la société indispensable à sa seule formation[641]. C'est pour cette raison que le promettant qui ne souhaite plus conclure le contrat de société ne sera pas sanctionné par une exécution forcée en nature mais condamné au versement de simples dommages et intérêts. L'absence *d'affectio societatis* rend alors impossible la formation dudit contrat[642]. Considérer l'*affectio societatis* comme simple condition de validité et non comme condition d'exécution du contrat permet de rétablir la cohérence du droit des sociétés. Sauf à ce qu'elle conduise à une paralysie de la société, la perte de l'*affectio societatis* postérieurement à la conclusion du contrat est *a priori* indifférente à la poursuite de la société.

En définitive, l'apporteur qui a souscrit et signé les statuts pourra être obligé de libérer son apport puisque le contrat a été valablement formé. Il ne s'agit pas en effet de contraindre l'associé à entrer dans la société, ce dernier ayant déjà signé les statuts, mais de l'obliger à exécuter l'obligation d'apport qui en résulte[643]. Au demeurant, soulignons avec d'autres que ce

---

[640] *Ibid*.
[641] V. Cuisinier, th. préc., n° 66, p. 62 ; *Contra* : D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7e éd., LGDJ, 2010, n° 63 et 64.
[642] R. Besnard Goudet, art. préc., n° 48-49 ; R. Micha Goudet, *La formation des sociétés*, thèse Lyon 3, 1983, p. 173 et s.
[643] A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 42, p. 42 ; D. Gibrila, *Fasc. 10 : Dispositions générales, Constitution de la société : Contrat de société*, in *J-Cl. soc.* 2006 ;

n'est pas parce que l'associé se refuse de libérer son apport, qu'il est pour autant dépourvu de tout *affectio societatis*[644]. L'associé peut rencontrer des difficultés d'ordre économique ou personnel pour réaliser son apport sans pour autant remettre en cause sa volonté de participer à l'aventure collective.

168. L'intérêt social, fondement de l'exécution forcée en nature. Non seulement aucun obstacle de droit commun des contrats et de droit des sociétés ne s'oppose véritablement à ce que soit ordonnée l'exécution forcée en nature, mais l'intérêt social commande plus encore de privilégier cette sanction sur l'exécution par équivalent ou sur l'exécution en bourse[645]. En effet, il est dans l'intérêt de la société que l'associé procède le plus rapidement à la libération de son apport puisque de la libération intégrale du capital dépend souvent la pérennité de la société[646]. Sa libération est d'autant plus nécessaire que le contrat de société, parce qu'il est un contrat-organisation, commence seulement réellement lorsque les parties ont rempli cet engagement essentiel[647]. Il n'est donc pas surprenant que, pour permettre de recourir au plus vite à l'exécution forcée en nature, le législateur ait prévu, par la réforme du 15 mai 2001[648], une procédure permettant à tout intéressé de forcer le dirigeant à procéder à l'appel des fonds non libérés dans les délais prévus par la loi ou par les statuts[649]. En effet, l'appel de fonds par les organes dirigeants constitue la condition d'exigibilité de la dette du « non versé » et donc le préalable à

V. Cuisinier, th. préc., n° 61, p. 57 ; en ce sens, v. Cass. civ 3e, 17 novembre 1981, *Bull. Joly* 1982, p.57 ; *RTD com*. 1982, p. 100, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

[644] S. Dana-Demaret, *Fasc. 10-20 : Théorie des apports, Notion d'apport en société*, in *J-Cl. soc*., 2005 : « *le fait de ne pas réaliser l'apport ne permet pas de déduire la volonté de ne pas être associé, la signature des statuts manifeste seule la volonté d'être associé, et l'*affectio societatis *qui s'apprécie à la date de création de la société, ne peut être démenti par l'absence de versement effectif des apports* ».

[645] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 30, p. 35.

[646] CA Paris, 27 novembre 1990, *Bull. Joly soc*. 1991, § 58, p. 189 ; *Rev. soc*. 1991, p. 389 : la libération intégrale du capital est une « *disposition d'ordre public* (qui) *met à la charge de l'actionnaire une obligation dont le respect est fondamental pour assurer tant la garantie des tiers que le fonctionnement de la société* ».

[647] T. Massart, v° Société (Contrat de), in *Rép. soc*., Dalloz, 2006, n° 126 : « *le contrat-échange s'éteint par l'exécution des obligations, alors que le contrat-organisation commence réellement à ce moment* ».

[648] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite Loi NRE.

[649] Injonction introduite à l'article 1843-3, alinéa 5, du Code civil : « *lorsqu'il n'a pas été procédé dans un délai légal aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital, tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, gérants et dirigeants de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité* ». Le délai « légal » auquel il est fait référence doit être compris au sens large comme le délai maximal de cinq ans institué par loi mais intégrant également le délai inférieur prévu le cas échéant par les statuts : commentaires de J.-P. Valuet et A. Lienhard du Code des sociétés et des marchés financiers. Cet article a été mis en œuvre pour la première fois par la Chambre commerciale dans un arrêt du 7 juillet 2009 (pourvoi n° 08-16433 ; *Dr. soc*. 2009, comm. 183, note D. Gallois-Cochet), à l'occasion duquel elle a précisé que ce texte ne pouvait cependant pas servir de fondement au prononcé d'une condamnation à libérer une part du capital social.

l'exécution forcée[650]. D'une part, dès lors que la dette est exigible, l'associé devient débiteur de plein droit des intérêts de cette somme sans mise en demeure préalable[651]. La solution se montre sur ce point plus rigoureuse que le droit commun[652] et incite l'associé, par suite, à s'exécuter volontairement le plus rapidement possible. D'autre part, à compter de l'appel du « non versé », l'associé défaillant est mis en demeure de payer dans le délai d'un mois[653]. A l'expiration de ce délai, la société peut alors contraindre indirectement l'associé à respecter son engagement en procédant à une forme d'exception d'inexécution *via* la suspension de son droit de vote, de ses droits aux dividendes ou de son droit préférentiel de souscription. Ensuite, si l'inexécution persiste, elle peut, soit procéder à l'exécution en bourse[654], soit recourir à l'exécution forcée en nature qui prend la forme d'une action en paiement. Si cette dernière action se révèle plus onéreuse que la première, elle se montre, en revanche, plus efficace puisqu'elle a pour effet de décharger la société de l'obligation de rechercher d'autres souscripteurs[655]. Cette action en paiement nécessite d'obtenir du juge un titre exécutoire permettant la saisie et la vente des biens de l'associé pour procéder à la libération des actions. Traditionnellement utilisée en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société dans le but d'augmenter l'actif distribuable pour servir l'intérêt des créanciers, elle doit également être préconisée lorsque la société est *in bonis* pour la satisfaction de son propre intérêt[656]. On peut cependant craindre que l'associé défaillant, contraint de demeurer dans la société par la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature, soit enclin à perturber le fonctionnement de la société[657].

---

[650] CA Versailles, 3 avril 1997, *Bull. Joly soc.* 1997, p. 861, § 312, note J.-P. Dom ; *D. aff.* 1997, p. 1084, n° 33 : « *L'expiration du délai dans lequel la libération du capital aurait dû intervenir ne suffit pas à rendre cette créance exigible* ».

[651] Article 1843-3, alinéa 5, du Code civil.

[652] T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 62-63 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 30, p. 35.

[653] Article L. 228-27 du Code de commerce.

[654] CA Paris, 27 novembre 1990, *Bull. Joly soc.* 1991, p. 189, § 58 ; *Rev. soc.* 1991, p. 389, obs. Y. Guyon : la société « *avait toute liberté de choix pour recouvrer les sommes qui lui étaient dues entre l'action en paiement de droit commun et la mise en vente des actions non libérées* ». Toutefois, l'option entre l'exécution forcée et l'exclusion de l'associé n'existe *a priori* que pour les sociétés anonymes puisque l'exclusion de l'associé qui se présente sous la forme de la procédure d'exécution en bourse, visée par l'article. L. 228-27 du Code de commerce, n'est prévue que pour cette société. Toutefois, certains auteurs pensent qu'il est possible de l'appliquer dans les autres sociétés sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. V. Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 35 ; v. *infra*, n° 300 et s.

[655] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 41, p. 41.

[656] V. par exemple, CA Paris, 16e ch., sect. A, 10 mars 2004, *Juris-Data* n° 2004-237210.

[657] Les mêmes critiques ont été émises à propos de l'associé en nom dont les coassociés empêchaient le départ par leur refus d'agrément. V. *supra*, n° 65 ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 527, p. 431, note de bas de page n° 3 : en dehors de

169. Pour autant, consubstantielle de la réalisation de l'objet social, l'obligation d'apport n'est pas la seule obligation monétaire mise à la charge des associés et susceptible d'une action en exécution forcée.

2- L'exécution forcée en nature de l'obligation de contribution aux pertes

170. Présentation. Si l'apport est fréquemment présenté comme la seule véritable obligation légale[658], il ne fait désormais plus aucun doute que la contribution aux pertes constitue une obligation commune[659] inscrite expressément à l'article 1832, alinéa 3, du Code civil et mise à la charge de tous les associés[660]. En effet, bien qu'absente du code civil jusqu'à la réforme du 4 janvier 1978, elle figurait depuis toujours parmi les engagements sociétaires[661]. Cette obligation intéresse les rapports entre les associés entre eux et s'exécute, en principe et sauf volonté contraire, lors de la liquidation de la société. C'est en effet à ce moment que l'on constate les pertes et les profits produits par la société[662]. S'il est permis d'aménager la répartition légale des

---

l'hypothèse où la société est en procédure collective, l'auteur n'est pas favorable à l'exécution forcée de l'obligation d'apport car cela revient à « faire entrer de force » l'associé dans la société.

[658] V. not. A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 20, p. 27 : « *On sait que la libération de l'apport constitue l'unique obligation légale de l'associé envers la société* ».

[659] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 54, p. 42. Cette obligation de contribution aux pertes existe même dans les sociétés créées de fait. En effet, la Cour de cassation a précisé que, outre la caractérisation de l'*affectio societatis*, il était nécessaire dans ces sociétés de caractériser une contribution aux pertes. V. Cass. com., 21 avril 1992, pourvoi n° 90-20451 ; *RJDA* 1992, n° 824 ; *Bull. Joly soc*. 1992, note A. Cuisance.

[660] Les apporteurs en jouissance et en industrie sont eux aussi tenus d'y contribuer. V. F. Kendérian, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. soc*. 2002, p. 617, spéc. p. 627 ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 70 à 72, p. 79 à 81 : c'est l'absence de reprise de l'apport qui réalise la contribution aux pertes respectivement l'absence de reprise de l'estimation de l'avantage que confère la jouissance du bien à la société et l'absence de reprise du travail de l'associé envers la société ; *Contra* : C. Hannoun, v° Liquidation et partage, in *Rép. soc*., Dalloz, 2007, n° 515 : à la dissolution de la société, même lorsque celle-ci est déficitaire, ces deux types d'associés reprennent respectivement, l'un son bien, l'autre sa liberté. En cela, ils seraient soustraits à cette obligation de contribuer aux pertes et ne seraient tenus qu'à l'obligation aux dettes sociales lorsque celle-ci existe ; F. Kendérian, art. préc. spéc. p. 636-637 : en cas de démembrement de propriété, seul le nu-propriétaire est tenu légalement de contribuer aux pertes même si les parties peuvent prévoir, elles-mêmes, une répartition entre le nu-propriétaire et l'usufruitier.

[661] T. Massart, art. préc., n° 87.

[662] P. Carcreff, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal*. 1976, 1, doct. p. 145, spéc. p. 146 ; F. Kendérian, art. préc., spéc. p. 625 : les associés s'engagent légalement à contribuer aux pertes sociales qui s'entendent en principe comme les pertes définitives et non les pertes comptables subies par la société au cours de l'exercice lesquelles revêtent quant à elles un caractère provisoire. Sur la distinction entre pertes sociales et pertes comptables, v. T. Vannes, 27 avril 1973, *Gaz. Pal*. 1973, 2, jurisp. p. 610 : « *la doctrine considère qu'il ne peut y avoir, du point de vue juridique, de véritables pertes sociales auxquelles un associé soit tenu de contribuer, que si le capital est réellement entamé, ce qui ne peut s'apprécier à l'occasion de chaque exercice annuel, mais seulement en cas de liquidation de la société. Il n'est pas possible de dégager une*

pertes, il est en revanche impossible pour les associés de convenir que l'un d'entre eux en sera exonéré[663]. Aussi l'inexécution volontaire de l'associé l'expose-t-il à une poursuite en exécution forcée.

171. L'exécution forcée, mesure d'exception. Toutefois, cette obligation présente une double particularité. D'une part, celle-ci revêt un caractère aléatoire[664], les associés ne devant l'exécuter que si la société se révèle déficitaire au moment de sa dissolution[665]. D'autre part, l'exécution forcée de cette obligation est en principe inconcevable, peu important que la nature de cette obligation soit controversée[666]. En effet, si l'apport et la contribution aux pertes constituent bien deux obligations distinctes[667], il faut convenir que, une fois l'obligation d'apport exécutée, les associés ne sont plus tenus à rien[668]. La société ne peut exiger de l'associé la souscription d'apports nouveaux, même pour apurer ses dettes[669]. En réalité, si la société réalise des pertes, l'associé ne va pas récupérer tout ou partie de son apport[670]. Par conséquent, requérir l'exécution

---

notion de perte sociale sur un seul exercice annuel s'il n'a pas été établi que le capital social a été entamé » ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 427, p. 327.

[663] Article 1844-1, alinéa 2, du Code civil.

[664] T. Massart, art. préc., n° 93.

[665] D. Gibrila, art. préc. : « *Lorsque la société est constituée en vue de réaliser des économies (GIE, SCPM), la contribution aux pertes est normale car le fonctionnement occasionne des frais qui ne peuvent être compensés en l'absence de bénéfices : embauche et paiement du personnel, achat et entretien du matériel. En revanche, dans les sociétés qui ont pour principal objectif de réaliser des bénéfices, la contribution aux pertes revêt un caractère exceptionnel, puisque le fonctionnement normal de la société devrait au moins permettre de couvrir les charges d'exploitation* ».

[666] T. Massart, art. préc., n° 88 et 93 : pour certains auteurs, il s'agit d'une obligation positive comme le présume la formule ainsi employée par l'article 1832 du Code civil, à savoir celle de contribuer aux pertes. Suivant cette conception, cette obligation s'identifie ainsi à une obligation de donner et, plus exactement, à une obligation de payer qui se compense avec la dette qu'a la société en vertu du droit de l'associé au remboursement de son apport (M. Buchberger, th. préc., n° 70 à 72, p. 79 à 81) ; pour d'autres auteurs, la contribution aux pertes se présente comme une obligation négative : une obligation de ne pas faire, celle de « *ne pas percevoir de dividendes tant qu'il y'a des pertes (comptables), ne pas reprendre son apport tant que les créanciers ne sont pas désintéressés, sauf dérogations légales* ».

[667] M. Buchberger, th. préc., n° 69, p. 79.

[668] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 21, p. 23 ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 4, p. 9.

[669] F. Kendérian, art. préc., spéc. p. 623-624 : l'associé à qui on exigerait la souscription de nouveaux apports pourrait prétendre à une augmentation de ses engagements sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil à moins que celui-ci n'ait donné antérieurement son consentement dans les statuts. Sur la distinction entre contribution aux pertes et apports nouveaux. V. CA Paris, 1er décembre 1999, *Bull. Joly soc*. 2000, § 177, p. 741, note J. Vallansan ; *D*. 2000, somm. p. 473, obs. J.-C. Hallouin : dans cet arrêt, la Cour d'appel a considéré que l'appel de trésorerie constituait non pas une demande d'apports nouveaux mais la réalisation de l'obligation de contribution aux pertes acceptée déjà antérieurement par l'associé dans les statuts.

[670] F. Kendérian, art. préc., spéc. p. 627 : « *c'est la perte ou l'amputation de la mise initiale qui réalise la contribution aux pertes de chacun d'eux* ».

forcée de cette obligation ne semble avoir aucun sens : l'apport, objet de la contribution aux pertes, est déjà en possession de la société créancière de l'obligation[671].

172. Mise en œuvre de l'exécution forcée en nature. Malgré ce premier sentiment, l'exécution forcée en nature de cette obligation peut être envisagée dans deux hypothèses.

D'une part, lorsque les associés auront prévu dans les statuts qu'en cas de difficulté de la société au cours de la vie sociale les associés devront contribuer aux pertes, annuellement ou sur une autre périodicité[672]. La contribution aux pertes s'analyse alors en une obligation positive de donner, plus précisément une obligation de verser une somme d'argent à la société. Partant, en cas de refus de l'associé, rien ne s'oppose à ce que la société requière du juge qu'il ordonne l'exécution forcée en nature de l'appel de fonds au titre de la contribution aux pertes[673]. Plus encore, cette sanction constitue, en réalité, la seule concevable.

D'autre part, dans les sociétés à responsabilité illimitée et solidaire[674], lorsque la contribution aux dettes est doublée d'une obligation aux dettes, l'associé qui aura payé l'intégralité de la dette disposera alors d'un recours contre ses coassociés à hauteur de sa quote-part contributive et cela, au titre de sa contribution aux pertes[675]. L'associé *solvens* sera en droit, là encore, d'ester en justice pour obtenir l'exécution forcée en nature de cette obligation monétaire[676].

---

[671] M. Buchberger, th. préc., n° 73, p. 82 : c'est bien la société qui est créancière de l'obligation de contribuer aux pertes même si la situation apparaît moins clairement dans les sociétés où la responsabilité est illimitée ; en ce sens, v. Cass. com., 3 mars 1975, *Bull. civ*. IV, n° 68 ; *Rev. soc*. 1975, p. 454, note D. Randoux ; *RTD com*. 1976, p. 111, obs. C. Champaud : la Cour de cassation admet implicitement que la société est bien créancière de l'obligation et, donc, titulaire du droit d'ester en justice. Si, en l'espèce, l'action de la société est rejetée, c'est parce que cette dernière a été exercée en cours de vie sociale en l'absence de clause statutaire le permettant.

[672] F. Kendérian, art. préc., spéc. p. 630 et p. 640-641.

[673] CA Paris, 1er décembre 1999, *Bull. Joly soc*. 2000, § 177, p. 741, note J. Vallansan ; *D*. 2000, somm. p. 473, obs. J.-C. Hallouin : dans cette décision, la Cour d'appel a considéré que l'appel de trésorerie constituait, non pas une demande d'apports nouveaux, mais la réalisation de l'obligation de contribution aux pertes acceptée déjà antérieurement par l'associé dans les statuts. En revanche, la Cour de cassation, dans une affaire ultérieure, a pu décider qu'à défaut de stipulation explicite dans les statuts, aucun appel de fonds au titre de la contribution aux pertes ne peut être exigé de l'associé en cours de vie sociale (Cass. com., 5 mai 2009, inédit, n° 08-14043).

[674] Cette possibilité existe également dans les sociétés civiles puisque, si en principe leur responsabilité est conjointe, rien n'interdit cependant aux associés de prévoir qu'ils seront solidairement tenus à l'égard d'un créancier.

[675] F. Kendérian, art. préc., spéc. p. 630 et p. 640-641.

[676] D. Fiorina, *Obligation aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, thèse Toulouse 1, 1984.

173. Au final, il faut convenir que l'exécution forcée en nature est privilégiée en cas d'inexécution des obligations communes mises à la charge de tous les associés. Mieux, s'agissant des obligations monétaires, l'exécution en nature se présente souvent comme la seule envisageable. S'agissant en revanche des obligations légales spécifiques, la question se révèle plus complexe.

B- L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DES OBLIGATIONS LÉGALES SPÉCIFIQUES

174. A ces obligations communes, peuvent se superposer d'autres obligations spécifiques à certaines sociétés auxquelles les associés ne peuvent déroger. Mais, là encore, qu'elles soient monétaires (1) ou extrapatrimoniales (2), le respect de leur force obligatoire commande de recourir à l'exécution forcée en nature.

1- L'exécution forcée en nature des obligations monétaires

175. Obligations monétaires spécifiques. En raison de l'existence du principe d'intangibilité des engagements consacré à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, qui a déjà réalisé son apport ne devrait pouvoir être contraint de verser une somme supplémentaire en cours de vie sociale[677]. Il n'en est pourtant rien. Certaines sociétés ont en effet mis à la charge des associés des obligations monétaires complémentaires auxquelles ils sont tenus de répondre sous peine de sanction[678].

176. Obligations de verser des fonds complémentaires. En premier lieu, le législateur a prévu l'obligation que les associés de sociétés civiles de construction-vente et de construction-attribution[679] devraient répondre aux appels de trésorerie de la société en cours de vie sociale[680].

---

[677] V. *supra*, n° 94 et s.

[678] Cette sanction juridique n'existe pas pour les actionnaires d'un établissement de crédit qui peuvent être appelés par le gouverneur de la Banque de France à fournir le soutien nécessaire à la société en menace de cessation de paiement (Article L. 511-42 du Code Monétaire et Financier). Dès lors, il ne s'agit pas d'une obligation au sens juridique du terme, mais d'une simple invitation, qui ne permet donc pas à la société de recourir à l'exécution forcée en cas de refus des associés de procéder au versement de ces fonds supplémentaires.

[679] Respectivement les articles L. 211-3, L. 212-3 et L. 212-6 du Code de la construction et de l'habitation.

Cette dérogation se justifie dans ces sociétés, d'une part, par la nécessité d'achever rapidement les travaux[681] et, d'autre part, par le caractère aléatoire des opérations de construction[682]. Des conditions sont toutefois nécessaires à la validité de ces appels : l'appel doit permettre l'accomplissement de l'objet social et, même prévu par les statuts, être indispensable à l'achèvement des travaux[683]. Qui plus est, il ne doit pas excéder les sommes nécessaires à cet objet[684]. Aussi, ces conditions réunies, l'associé ne peut-il refuser de s'exécuter sous peine d'être exclu de la société[685].

Pour autant, rien n'interdit à la société d'exercer une exécution forcée en nature, à l'encontre de l'associé défaillant[686]. En effet, cette obligation s'analyse en droit commun comme une obligation de donner et, plus précisément, une obligation de verser une somme d'argent. Il en résulte que, si l'exécution en nature n'est pas consacrée comme sanction de principe par le législateur, elle n'est toutefois proscrite par aucun texte et pourra donc être ordonnée. Cette procédure sera notamment privilégiée lorsque le paiement sous astreinte des sommes appelées excèdera celui à attendre d'une vente aux enchères[687].

---

[680] Y. Guyon, « La situation des associés dans les sociétés de construction », *JCP G* 1962, I, 1735, n° 8 : à la différence d'une augmentation de capital qui revêt un caractère facultatif, l'appel de fonds constitue une véritable obligation pour les associés puisqu'ils ne peuvent refuser de l'exécuter sous peine d'être sanctionné.

[681] Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 38 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 46, p.45.

[682] Y. Guyon, art. préc., n° 6 : « *le devis d'édification d'un immeuble n'est définitif que dans un monde idéal. En pratique des dépassements se révèlent presque inévitables, car la fixation du coût des travaux relève d'éléments variables* ».

[683] V. par exemple Cass. civ. 3e, 26 juin 1985, *Rev. soc*. 1987, p. 270, note B. Bouloc ; *JCP N* 1987, 312, obs. D. Sizaire.

[684] Cass. civ. 3e, 11 octobre 1989, *JCP G* 1991, II, 21691, note P. Dubois ; Y. Guyon, *op. cit*., n° 38 : la somme appelée ne doit pas servir au comblement des déficits de gestion ; en ce sens, v. CA Rouen, 9 août 1990, Rev. soc. 1991, p. 110, note B. Bouloc.

[685] En effet, passé le délai d'un mois après mise en demeure de l'associé, ses parts sont mises en vente aux enchères publiques. Cette sanction légale garantit à la société efficacité et rapidité. V. CA Aix-en-Provence, 23 décembre 1970, *D*. 1972, p. 387, note C. Giverdon ; *Rev. soc*. 1971, p. 583, note J.-P. Sortais ; *Gaz. Pal*. 1971, 2, p. 510 : la vente forcée n'a « *pour but évident que de pallier en la matière par une procédure plus rapide et simplifiée, eu égard aux voies de droit commun, la carence des associés quant à leurs obligations sociales* ».

[686] P. Walet, *Société civile de construction-vente*, GNL Joly, 1995, p. 106-107 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 48, p. 46 ; v. par exemple CA Aix en Provence, 23 décembre 1970, *D*. 1972, p. 387, note C. Giverdon ; *Rev. soc*. 1971, p. 583, note J.-P. Sortais ; *Gaz. Pal*. 1971, 2, p. 510 ; CA Versailles, 26 mars 1980, *Gaz. Pal*. 1981, p. 1.

[687] A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 48, p. 46.

177. Obligation aux dettes. A l'instar de la contribution aux pertes, l'obligation aux dettes est une obligation aléatoire. Elle s'en différencie pourtant très largement[688]. Tout d'abord, elle n'est prévue que dans certaines sociétés seulement : les sociétés à responsabilité illimitée[689]. Ensuite, il s'agit d'une obligation nécessairement positive[690] et exécutée au bénéfice des tiers[691]. Si les actifs sont insuffisants pour régler l'intégralité du passif social, les associés pourront être amenés à payer les tiers, créanciers de la société, sur leur patrimoine personnel. Cette obligation est une obligation de donner, celle de verser une somme d'argent[692]. En conséquence, rien ne s'oppose, là encore, à la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature à défaut d'exécution volontaire des associés. Par ailleurs, en raison de sa nature purement monétaire, aucune autre sanction n'est concevable.

Toutefois, l'exécution forcée ne pourra prospérer que si les créanciers ont préalablement poursuivi la société[693]. En effet, depuis la loi du 4 janvier 1978, l'obligation aux dettes constitue une obligation subsidiaire qui fait des associés des débiteurs de second rang[694]. Néanmoins, dans les sociétés en nom collectif, l'existence de la solidarité entre les associés implique que les

---

[688] P. Carcreff, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct. p. 145.

[689] P. Carcreff, art. préc. : l'obligation aux dettes existe uniquement pour les associés des sociétés civiles et des sociétés en nom collectif ainsi que pour les commandités des sociétés en commandite ; L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 73, p. 52 : cette obligation est liée au caractère *intuitus personae* de la société.

[690] T. Massart, v° Société (Contrat de), in *Rép. soc*, Dalloz, 2006, n° 94.

[691] Le fait que l'obligation soit exécutée en faveur des tiers n'empêche pas son caractère contractuel. V. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 65, p. 76.

[692] M. Buchberger, th. préc., n° 65, p. 76.

[693] Article 1858 du Code civil : « *les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale* ». L'interprétation de la disposition a cependant laissé lieu à une divergence jurisprudentielle : pour la chambre commerciale, les vaines poursuites s'entendent d'une impossibilité d'obtenir le paiement (Cass. com., 20 novembre 2001, *Bull. civ*. IV, n° 186 ; *JCP G* 2002, II, 10092, note D. Ammar), alors que pour la troisième chambre civile, les vaines poursuites impliquent le constat d'une insolvabilité de la société (Cass. civ. 3e, 8 octobre 1997, *Bull. civ*. III, n° 191 ; *D*. 1998, p. 139, note D. Gibirila).

[694] B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 214, p. 175-176 ; L. Godon, th. préc., n° 89 et s., p. 61 et s. : l'existence d'une mise en demeure restée infructueuse avant d'exercer l'action en exécution forcée est exigée dans plusieurs sociétés (les SNC, SCP, SCCV, GIE). La mise en demeure n'est cependant pas exigée lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective. La société étant par principe en cessation de paiements, elle se révèle inutile. Concernant les sociétés civiles autorisées à faire appel public à l'épargne, le législateur se montre plus exigeant encore envers les créanciers lesquels doivent démontrer l'existence de poursuites préalables restées vaines de la société : lorsque « *toutes les voies d'exécution auront révélé leur incapacité à assurer le désintéressement du créancier* » avant de poursuivre les associés ; B. Bouloc et M.-H. Girard, « Le modèle du contrat de société dans le code civil », in *Code civil et modèles, Des modèles du code au code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 321, spéc. p. 330 : « *Il n'y a donc plus d'engagement conjoint de la société et des associés puisque la loi a établi une sorte de hiérarchie* »

créanciers puissent poursuivre en exécution un seul associé pour l'intégralité de la dette[695]. L'associé est tenu d'accomplir son obligation quand bien même il bénéficierait d'une clause qui l'exonèrerait de son obligation aux dettes sociales envers ses coassociés. Cette clause étant inopposable à l'égard des tiers, il doit s'exécuter avant de se retourner contre ses coassociés afin d'obtenir le remboursement du trop payé. La protection des tiers justifie en effet que le juge garantisse la bonne exécution de cette obligation.

178. Par conséquent, quelle que soit l'obligation en cause, dès lors que celle-ci porte sur une somme d'argent, l'exécution forcée en nature peut être ordonnée par le juge et se présente souvent comme la seule sanction possible. Il n'en va pas de même s'agissant des obligations extrapatrimoniales.

2- L'exécution forcée en nature des obligations extrapatrimoniales

179. L'existence d'obligations extrapatrimoniales. Si les principales obligations mises à la charge des associés sont des obligations monétaires, les associés peuvent être tenus dans certaines sociétés d'obligations extrapatrimoniales[696] accessoires. Toutefois, là encore, si une alternative existe entre l'exécution forcée en nature et l'exécution par équivalent, la première prime sur la seconde.

180. Obligation de requérir l'agrément. Dans certaines sociétés empreintes d'*intuitus personae*, le législateur impose aux associés l'obligation de requérir l'agrément de la société[697] lorsque ceux-ci souhaitent céder leurs parts sociales[698]. Si dans les sociétés civiles et les sociétés à responsabilité limitée, les coassociés doivent racheter des parts en cas de refus d'agrément,

[695] L'associé qui a quitté la société n'est pour autant pas à l'abri de toute poursuite. Il reste tenu des dettes nées antérieurement à son départ. L'obligation aux dettes ne s'éteint que pour les dettes contractées postérieurement à son départ. En revanche, l'associé entrant est, en principe, tenu des dettes contractées antérieurement à son entrée.

[696] On entend par obligations extrapatrimoniales les obligations qui n'ont pas pour objet une somme d'argent.

[697] A cette obligation d'agrément se superpose dans certaines sociétés une obligation de notification : c'est le cas dans les SA, les SARL, les sociétés civiles ou les SAS. Cette obligation n'existe toutefois pas dans les SNC ou les sociétés en commandite simple. V. S. Paget, « La sanction de la cession non agréée de titres sociaux », *LPA*, 9 décembre 2008, n° 246, p. 6, spéc. p. 11.

[698] J. Prieur et P.-J. Saint-Amand, « Engagement de conservation de titres : régime fiscal et sécurité juridique », *Dr. soc.*, *Actes pratiques*, 2006, p. 21, spéc. p. 22-23 : l'agrément est d'ordre public dans les sociétés en nom collectif, les sociétés civiles et les sociétés à responsabilité limitée. Toute clause contraire est en effet réputée non écrite (article L. 221-13 concernant les SNC et L. 223-14 du Code de commerce concernant les SARL).

cette obligation n'existe pas dans les sociétés en nom collectif[699]. Par conséquent, les associés cédants soucieux de ne pas demeurer prisonniers de la société peuvent-ils être tentés de céder leurs parts en violation de cette obligation. S'exposent-t-ils à une simple exécution par équivalent ou, plus gravement, à une exécution forcée en nature ?

La question se pose véritablement puisque, si le législateur a précisé rigoureusement dans ces sociétés le régime de la procédure d'agrément, celui-ci est resté silencieux quant à la sanction à appliquer en cas de non respect de cette obligation par l'associé cédant[700]. Sa violation suppose que l'associé fautif ait cédé ses parts sociales sans avoir préalablement obtenu l'agrément du cessionnaire par la société. La sanction relative au simple versement de dommages et intérêts apparaît peu satisfaisante en ce que la cession intervenue sans l'assentiment de la bénéficiaire risque de faire entrer un nouvel associé[701] qui ne bénéficie pas de la confiance des autres. Aussi l'exécution forcée en nature consisterait-elle à obliger l'associé à demeurer dans la société et à déclarer nulle la cession intervenue en violation de la clause[702].

En droit commun des contrats, rien ne s'oppose à ce que soit prononcée cette sanction. En effet, cette obligation s'analyse soit en une obligation de faire, l'obligation pour l'associé de requérir préalablement à la cession de ses parts sociales l'agrément de la société[703], soit en une obligation de ne pas faire[704], l'obligation de ne pas céder ses parts sans avoir requis l'agrément de la société. Mais, que l'on opte pour l'une ou pour l'autre, cette obligation ne revêt pas *a priori* de

---

[699] V. *supra*, n° 64.

[700] Cela apparaît d'autant plus étonnant que le législateur a précisé cette sanction lorsque l'agrément constitue une obligation purement contractuelle non imposée par la loi. V. *infra*, n° 221.

[701] Dans les sociétés en nom collectif, dans lesquelles l'*intuitus personae* est le plus fort, l'agrément est exigé même si le cessionnaire choisi a déjà la qualité d'associé dans cette société puisque la cession aboutit à une modification des rapports de force dans la société.

[702] La sanction de l'inopposabilité permet également de protéger efficacement la société puisque, à l'instar de la nullité, elle empêche le cessionnaire non agréé de devenir associé. Toutefois, ces deux sanctions revêtent des effets différents : lorsque la cession est déclarée seulement inopposable à la société, elle demeure toutefois valable entre les parties, à la différence de la nullité. Aussi la nullité doit-elle être préférée à l'inopposabilité. V. L. Bornhauser-Mitrani, « La violation d'une clause statutaire », *LPA*, 8 avril 1998, n° 42, p. 11, spéc. p. 18 : la sanction de l'inopposabilité présente l'inconvénient d'aboutir à une dissociation entre la qualité d'actionnaire et la propriété des titres et, dès lors, « *le cessionnaire acquiert des titres dépouillés de leurs qualités essentielles, et confine son droit de propriété au rang de droit sans objet* ». Toutefois, l'inopposabilité n'empêche alors pas l'acquéreur d'obtenir ensuite l'anéantissement de la cession sur d'autres fondements. Il peut notamment intenter une action en résolution de la vente sur le fondement de l'article 1184 du Code civil et plus spécialement sur le fondement de l'article 1610 du Code civil pour défaut de délivrance des titres ; *Contra* : S. Paget, art. préc., p. 6 et s. : bien que préférére par la jurisprudence à l'inopposabilité, la sanction de la nullité devrait être prononcée que dans les seules hypothèses de fraude en raison des inconvénients liés à ses effets. En effet, cette dernière implique des restitutions qui peuvent s'avérer difficiles de mise en oeuvre.

[703] E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 321, p. 321.

[704] L. Bornhauser-Mitrani, art. préc, spéc. p. 18.

caractère éminemment personnel. L'exécution forcée en nature ne s'impose pourtant pas avec évidence pour deux raisons.

En premier lieu, si l'obligation de requérir l'agrément ne présente pas intrinsèquement de caractère éminemment personnel, la conséquence de l'exécution de cette obligation est quant à elle susceptible de porter atteinte à la liberté individuelle de l'associé. En effet, l'accomplissement de son obligation l'expose à un refus de la société et, par suite, l'expose à demeurer dans la société contre sa volonté. Indirectement, donc, peut-on considérer que l'exécution forcée en nature aboutit à porter atteinte à la liberté individuelle de l'associé[705]. Toutefois, le risque d'une simple exécution par équivalent encouragerait l'associé à contourner la clause d'agrément et favoriserait l'entrée d'associés indésirables dans une société dans laquelle la confiance a pourtant une place prépondérante. Par conséquent, si l'on peut effectivement regretter que le législateur n'ait pas prévu une obligation de rachat de la société en cas de refus d'agrément dans la société en nom collectif[706], l'exécution par équivalent ne suffit pas à préserver l'intérêt social. Pour cette raison, il apparaît préférable d'annuler la cession intervenue sans l'autorisation de la société plutôt que d'octoyer à la société de simples dommages et intérêts.

En second lieu, il n'est pas assuré qu'en l'absence de texte explicite le permettant, la jurisprudence ordonne l'exécution forcée en nature de cette obligation[707]. Or, d'une part, le caractère d'ordre public de ces dispositions favorise le prononcé de la nullité, sanction naturelle de leur violation[708]. D'autre part, c'est la sanction qui a été choisie par le législateur concernant les clauses d'agrément conventionnelles insérées librement par les associés dans les statuts des sociétés anonymes et des sociétés par actions simplifiées[709]. Dès lors, il ne serait pas cohérent de donner moins d'efficacité aux clauses légales impératives qu'aux clauses contractuelles. C'est

[705] L'affirmation est particulièrement avérée pour les associés des sociétés en nom collectif qui, suite à un refus d'agrément, demeurent prisonniers de la société. V. *supra*, n° 64.
[706] V. *supra*, n° 65 et n° 71.
[707] Le droit des sociétés instaure un système restrictif des nullités de société ainsi que des délibérations et actes sociaux. Les articles 1844-10, alinéa 3 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce disposent que « *la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* ». Toutefois, ce régime n'a pas vocation à s'appliquer en ce qui concerne les cessions de parts sociales puisqu'il ne s'agit pas alors d' « actes » ou de « délibérations » au sens de ces articles. Aussi le droit commun des contrats a-t-il vocation à s'appliquer. V. L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 16 ; S. Paget, art. préc., spéc. p. 14-15.
[708] H. Le Nabasque avec le concours de G. Terrier, « L'exécution forcée des pactes d'actionnaires », *Dr. soc.*, *Actes pratiques*, 1994, p. 1, spéc. p. 25.
[709] Respectivement articles L. 228-23 (issu de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998) et L. 227-15 du Code de commerce (issu de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994).

pourquoi, la jurisprudence ordonne, en principe, la nullité[710] de la cession dès lors que l'obligation légale d'agrément, elle-même, ou l'obligation de notification[711] n'a pas été respectée.

181. Obligation de déclaration de seuil et d'acquisition. Dans les sociétés cotées, certaines obligations spécifiques sont mises à la charge des actionnaires afin d'améliorer la protection des minoritaires et la transparence du marché[712]. Il s'agit, d'une part, d'une obligation de déclaration de seuils[713] auprès de la société émettrice et de l'autorité des marchés financiers de franchissement et, d'autre part, de l'obligation d'acquisition lorsque le dépassement du seuil légal est réalisé. Ces deux obligations s'analysent en des obligations de faire : celle de déclarer et celle d'acquérir. La première n'étant affectée d'aucun caractère éminemment personnel et ne mettant en jeu aucune liberté fondamentale, rien ne s'oppose à en ordonner l'exécution forcée en nature. En revanche, concernant la seconde, perçue comme un renforcement légal des obligations pécuniaires de l'associé, elle semble bien mettre en jeu une liberté fondamentale de l'associé : la liberté contractuelle[714]. En droit commun, la jurisprudence ne s'oppose-t-elle pas précisément pour cette raison à l'exécution de la promesse unilatérale ? En effet, alors même qu'il ne le souhaite pas, l'associé est tenu de proposer aux associés minoritaires le rachat de leurs titres. Pour autant, la protection du marché et des épargnants légitime l'atteinte légale portée à la liberté de contracter et que soit ainsi mise en oeuvre l'exécution forcée en nature.

---

[710] J. Prieur et P.-J. Saint-Amand, art. préc., spéc. p. 22 ; S. Paget, art. préc., spéc. p. 9 : « *Nonobstant quelques décisions privilégiant la thèse de l'inopposabilité, la thèse de la nullité semble l'avoir emporté. Mais ces décisions ne concernent que des litiges dans lesquels la procédure de notification n'avait pas été respectée et il ne semble pas que la jurisprudence ait eu à se prononcer sur l'hypothèse d'une cession intervenue sans agrément alors que la procédure de notification avait été respectée* ». Si avant la loi de 1998 la jurisprudence oscillait entre les sanctions d'inopposabilité et de nullité, depuis la loi du 2 juillet 1998, il semble logique de considérer que la nullité constitue la sanction de principe dans toutes les sociétés où l'agrément est d'ordre public.

[711] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 219, p. 137-138 : « *il s'agit en ce cas d'une nullité relative puisque la régularisation à tout moment de la procédure de notification est possible* » ; v. Cass. com., 24 novembre 2009, *D*. 2009, AJ 2932, *Dr. soc*. 2010, comm. 49, note M. Roussille : la circonstance que la cession de parts n'a pas reçu l'agrément unanime des associés ne peut être invoquée que par la société ou les associés et non par le cessionnaire.

[712] Loi du 2 août 1989 sur la sécurité et la transparence du marché réaménagée par l'arrêté du 15 mai 1992.

[713] Article L. 233-7 du Code de commerce et suivants. Les seuils légaux sont de 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 33,33%, 50%, 66,66%, 90% et 95% du capital ou des droits de vote. Ces seuils légaux ont fait l'objet de réformes successives. V. T. Bonneau, « La réforme de 2005 des franchissements de seuil », *Bull. Joly bourse* 2005, p. 694 ; M. Loy, « La réforme du régime juridique des déclarations de franchissement de seuils », *JCP E* 2005, 1285, p. 1432 ; A. Dethomas, « Les nouvelles obligations en matière de franchissements de seuils », *Rev. dr. banc. et fin*. 2007, p. 56, spéc. p. 57.

[714] A.-C. Muller, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, Economica, 2007, préf. H. Synvet, n° 127, p. 114.

En raison de la rapidité qu'exige le droit boursier, le législateur a, dans un premier temps, prévu des sanctions en nature efficaces sans intervention du juge. En effet, l'article L. 233-14 du Code de commerce dispose qu'à défaut d'avoir été régulièrement déclarées dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 233-7, les actions excédant la fraction légale qui aurait dû être notifiée, sont privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification. C'est le bureau de l'assemblée générale des actionnaires qui a compétence pour priver l'actionnaire de ses droits de vote excédant le seuil non déclaré ou imparfaitement déclaré. Il en résulte qu'en principe le rôle du juge est cantonné à constater, en cas de contestation, le manquement du débiteur et la suppression de son droit de vote. Il n'a cependant pas à prononcer la sanction en raison de son automaticité[715]. Toutefois, le juge, sur demande du président de la société, d'un actionnaire ou de l'Autorité des Marchés Financiers et après avoir entendu le ministère public, a la possibilité d'aggraver la sanction en nature et de prononcer la suspension totale ou partielle de son droit de vote pour une durée maximum de cinq ans à l'encontre de l'actionnaire défaillant[716]. Ces mesures de suspension, bien qu'efficaces, ne s'assimilent pas à de réelles mesures d'exécution forcée en nature. Elles prennent davantage l'aspect de « mesures conservatoires à finalité comminatoire » ou de mesures d'exception d'inexécution pour inciter l'associé à exécuter spontanément ses obligations. Cette mesure se révèle d'autant plus efficace lorsque la sanction de suspension ne prend fin qu'au moment de l'exécution[717].

Cependant, afin de renforcer davantage l'efficacité des sanctions, de véritables mesures d'exécution forcée en nature ont été prévues. Elles consistent dans la possibilité pour les autorités de contraindre l'associé défaillant à déclarer ou à déposer le projet d'offre[718]. Le juge et l'Autorité des Marchés Financiers ont le pouvoir d'enjoindre à l'associé de déposer l'offre[719].

---

[715] M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 2242 ; A. Dethomas, art. préc., spéc. p. 59.

[716] C. Maison-Blanche et D. Lecat, « Essai de synthèse sur le sanctions en cas de violation de l'obligation de déclaration de franchissements de seuils dans le capital et les droits de vote des sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé », *RTDF*, n° 3, 2007, p. 146, spéc. p. 150 ; A. Dethomas, art. préc., spéc. p. 59.

[717] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 56, p. 52-53.

[718] C. Lefeuvre, *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, préf. H. Le Nabasque, n° 61 et s., p. 64 et s.

[719] Article L. 621-14 II du Code monétaire et financier. En outre, l'Autorité des Marchés Financiers peut désormais, elle-même, grâce à la loi de sécurité financière du 1er août 2003 procéder à une telle injonction. L'article L. 621-14 I du Code monétaire et financier lui permet, en effet, à l'instar de l'autorité judiciaire, de prononcer directement des injonctions pour assurer le respect de son règlement général (qui fixe notamment les règles relatives aux offres

Cette exécution forcée en nature se révèle indiscutablement plus opportune qu'une sanction par équivalent pour assurer la protection des actionnaires minoritaires[720].

182. En conséquence, la protection de la société, des tiers et des associés promeut l'exécution forcée en nature des obligations légales puisque de leur bonne exécution dépend la réalisation de l'objet social et l'efficacité durable de la société. Ce n'est donc que de manière exceptionnelle que le juge recoure à l'exécution forcée par équivalent.

§2 L'EXCEPTION : L'EXÉCUTION FORCÉE PAR ÉQUIVALENT

183. A l'instar du droit commun des contrats, dès lors que l'exécution forcée en nature aboutit à porter atteinte à une liberté fondamentale de l'associé, le droit des sociétés favorise le recours à l'exécution forcée par équivalent. Pour cette raison, l'inexécution des obligations de l'apporteur en industrie (A) et du coopérateur (B) est en principe sanctionnée par de simples dommages et intérêts.

A- L'EXÉCUTION FORCÉE PAR EQUIVALENT DE L'OBLIGATION D'APPORT EN INDUSTRIE

184. Présentation. L'apport en industrie consiste pour l'associé à mettre à la disposition de la société ses connaissances techniques ou professionnelles, son savoir-faire[721], son travail et ses services. Dans une conception plus moderne, on peut même y adjoindre sa notoriété ou son crédit[722]. Si cet apport détermine bien la qualité de l'associé, il se différencie des autres en ce

---

publiques d'acquisition), ainsi que de toutes les dispositions législatives et règlementaires dès lors que la pratique dénoncée a pour effet de fausser le fonctionnement du marché ou de porter atteinte à l'égalité d'information ou de traitement des investisseurs. Or, puisque l'inexécution de telles obligations conduit à rompre l'égalité entre les actionnaires, cette procédure d'injonction peut être mise en œuvre.

[720] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 56, p. 53 : « *L'injonction est en effet une sanction souvent plus adaptée à la matière boursière que la réparation par équivalent car elle permet, par exemple de contraindre le débiteur à déposer un projet d'offre publique, répondant ainsi à l'objectif du législateur* ».

[721] Sur la qualification controversée de l'apport en savoir-faire, v. R. Besnard Goudet, *Fasc. 10-20 : Théorie des apports, Apports en industrie*, in *J-Cl. soc*. 2009, n° 26 : lorsque le savoir-faire peut faire l'objet d'une licence ou d'une cession, il est *a priori* qualifié d'apport en nature, mais lorsque le savoir-faire n'est pas susceptible d'appropriation, la qualification se révèle plus controversée.

[722] R. Besnard Goudet, art. préc., n° 1.

qu'il ne rentre pas dans la constitution du capital social[723]. C'est ce qui justifie qu'il n'était auparavant autorisé que dans les sociétés à responsabilité illimitée et faisait donc figure d'exception. Cet apport connaît toutefois aujourd'hui un regain d'intérêt pour deux raisons. Tout d'abord, il est admis dans les SARL (article L. 223-7 du Code de commerce) et les SAS (article L. 227-1 du Code de commerce)[724]. Par conséquent, désormais, seules les sociétés anonymes et les sociétés en commandite le prohibent. Ensuite, il s'est aujourd'hui diversifié et prend de plus en plus la forme de valeurs économiques qui ne peuvent faire l'objet de transfert de propriété selon les modes habituels[725]. Il en résulte que l'apport en industrie ne constitue plus une obligation marginale que l'on peut négliger. Elle se révèle même être dans certaines sociétés la principale source de bénéfices[726]. En conséquence, le refus de l'associé de continuer à travailler pour la société peut mettre en péril la pérennité de la société et son inexécution constitue une cause de dissolution de la société au même titre que les obligations en numéraire et en industrie. Partant, l'intérêt social commanderait d'en exiger l'exécution forcée[727].

185. Exécution forcée, mesure envisageable. En principe, l'apport en industrie se présente comme une obligation à caractère successif[728]. Par cet apport, l'associé s'engage, en effet, à apporter son travail ou sa collaboration à la société. La jurisprudence a d'ailleurs précisé que l'apport en industrie ne pouvait se ramener à une aide occasionnelle ou à des simples tâches d'exécution matérielle[729]. Il en résulte que sa libération ne peut intervenir immédiatement[730]. Ce faisant, la question de l'exécution forcée revêt tout son sens.

---

[723] Pour un plaidoyer en faveur de l'introduction des apports en industrie dans le capital social, v. L. Nurit-Pontier, « Repenser les apports en industrie », *LPA*, 3 juillet 2002, p. 4 et s.
[724] Respectivement depuis les lois n° 2001-420 du 15 mai 2001 et Loi LME du 4 août 2008.
[725] R. Besnard Goudet, art. préc., n° 6.
[726] J. Bardoul, « Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles », *Rev. soc*. 1973, p. 413 ; Y. Guyon, « Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles », *Defr*. 1999, art. 36918, p. 3.
[727] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 146, p. 133.
[728] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 30, p. 29 ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 63, p. 74 ; R. Besnard Goudet, art. préc., n° 16 ; C. Regnaut-Moutier, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ, 1994, Préf. J. Prieur, n° 54, p. 48.
[729] CA Paris, 15 novembre 1993, *Bull. Joly soc*. 1994, p. 86, note A. Cuisance.
[730] L'impossibilité de satisfaire à l'exigence d'une libération immédiate justifiait l'exclusion de l'apport en industrie dans les sociétés à responsabilité limitée. V. R. Besnard Goudet, art. préc., n° 45. Par exception, on admet que l'apport en jouissance, pourtant obligation nécessairement à caractère successif, puisse faire l'objet d'une libération immédiate qui correspond à la mise à disposition du bien à la société.

186. Principe : exécution en nature prohibée par le droit commun. Or, obligation de faire[731], apporter son travail ou sa collaboration active revêt nécessairement un caractère personnel puisque ce type d'obligation implique la mise en œuvre de qualités irréductiblement liées à l'associé[732]. Aussi toute exécution forcée aboutirait-elle à porter atteinte à sa liberté individuelle[733]. En outre, la contrainte serait de toute manière inefficace puisque « *le sentiment de liberté du débiteur est nécessaire à l'accomplissement de son obligation* »[734]. Dès lors, toute contrainte directe ou même indirecte[735] exercée sur l'apporteur en industrie doit être exclue. Par ailleurs, en raison du caractère *intuitus personae* de la prestation, aucune substitution du débiteur ne peut être opérée par application de l'article 1144 du Code civil[736]. Par conséquent, seule une exécution par équivalent de ce type d'apport est envisageable par application du droit commun.

187. Exécution en nature prohibée par le droit des sociétés. Les objections soulevées en droit commun des contrats à l'encontre de l'exécution forcée en nature sont confortées par le droit des sociétés. En effet, on ne peut contraindre l'apporteur en industrie à exécuter sa prestation puisque son refus révèle *de facto* son défaut d'*affectio societatis*. Or, si la perte *d'affectio societatis* postérieurement à la conclusion du contrat de société n'est pas rédhibitoire à l'accomplissement d'une prestation à caractère instantané, elle l'est concernant la réalisation d'une prestation successive[737]. Il apparaît ainsi absurde de contraindre un associé contre son gré à collaborer activement au service de la société[738]. Son maintien dans la société multiplierait les risques de conflits et de mésentente dans la société[739].

---

[731] M. Buchberger, th. préc., n° 63, p. 74.
[732] En ce sens, v. C. Regnaut-Moutier, th. préc., n° 55, p. 49. L'auteur souligne que le caractère personnel participe de la distinction entre apport en jouissance et apport en industrie.
[733] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 146, p. 133 ; C. Regnaut-Moutier, th. préc., n° 56, p. 50-51.
[734] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 143, p. 130.
[735] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 148-149, p. 133-134.
[736] R. Besnard Goudet, art. préc., n° 14 ; R. Baillod, *L'apport en industrie, Déclin ou renouveau*, thèse Toulouse , 1980, n° 48.
[737] R. Besnard Goudet, art. préc., n° 47.
[738] A. Lebois, note sous Cass. civ. 3e, 27 mars 2008, *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13, spéc. p. 18 : « *il faut bien voir que si lors de la constitution d'une société, l'*affectio societatis *est plus que le consentement au contrat instantané. Elle s'apparenterait davantage au consentement au mariage, qui est non seulement la volonté de contracter l'union, mais celle de mener la vie conjugale. On voit mal dès lors l'utilité du mariage si les motifs du divorce préexistent à sa conclusion* ».
[739] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 149, p. 135.

188. Exception : exécution forcée en nature. L'interdiction de principe de droit commun doit toutefois être nuancée.

D'une part, l'obligation d'apport en industrie emporte également une obligation de ne pas faire : celle de ne pas faire concurrence à la société[740]. Si cette dernière n'est pas expressément visée par les textes, elle se déduit de l'article 1843-3 du Code civil aux termes duquel « *l'associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la société lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport* ». En principe, cette obligation dure tant que l'associé est lié par son contrat d'apport. Or, la jurisprudence a déjà eu l'occasion antérieurement de reconnaître la possibilité d'en ordonner l'exécution forcée en nature. Dès lors, du point de vue de l'exécution forcée, il semble *a priori* possible d'opérer une dissociation entre les diverses obligations dont est tenu l'apporteur en industrie. Alors que l'associé ne pourrait être contraint à réaliser son apport en industrie *stricto sensu*, celui-ci pourrait néanmoins être forcé à respecter son obligation « accessoire » de non-concurrence, si besoin sous astreinte, sur le fondement de 1143 du Code civil[741]. Encore que l'affirmation peut être contestée dès lors que l'on admet qu'au travers de cette dernière une liberté fondamentale se trouve bien en jeu : celle du travail et du commerce. Cependant, de la même manière que l'on admet que la validité des clauses de non-concurrence soit subordonnée aux conditions cumulatives de proportionnalité et de légitimité, l'exécution forcée en nature pourrait être prononcée dès lors que celle-ci se révèle conforme à l'intérêt social et nécessaire à la réalisation de l'objet social.

D'autre part, si en principe l'obligation d'apport en industrie revêt un caractère successif, plus exceptionnellement, elle peut faire l'objet d'une réalisation instantanée. C'est le cas notamment lorsque l'apporteur doit transmettre à la société des connaissances[742]. L'associé « *ne met pas sa personne au service de la société mais un ensemble de connaissances techniques, transmissibles, non immédiatement accessibles au public* »[743]. Pour autant, l'absence de caractère

---

[740] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 36, p. 32-33 : l'auteur fait référence à l'existence d'une « double obligation à caractère successif » : une obligation de faire, travailler pour la société, à laquelle se superpose une obligation de ne pas faire, ne pas concurrencer la société ; R. Besnard Goudet, art. préc., n° 68.

[741] Sur le fondement de l'article 1143 du Code civil, le juge peut ordonner la cessation de l'activité concurrente.

[742] R. Besnard Goudet, art. Préc., n° 19 : la transmission des connaissances peut constituer une prestation instantanée « *quand il ne vise que la simple transmission de connaissances techniques non brevetées* » et une prestation successive « *quand la transmission des connaissances est accompagnée et suivie de leur mise en œuvre par l'apporteur* ». L'auteur ajoute que « *le choix relève ici de la stratégie d'entreprise, et non de données juridiques* ».

[743] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 151, p. 135.

successif ne semble pas davantage légitimer le prononcé de l'exécution forcée en nature[744]. Concevable en théorie[745], il n'apparaît pas opportun d'y recourir puisque, même dans ce cas là, la prestation conserve un caractère très personnel. Elle s'apparente alors à un contrat d'enseignement pour lequel le juge a refusé d'en ordonner l'exécution forcée en nature en raison de l' « *élément personnel* » qu'elle présente[746]. Aussi la contrainte exercée sur l'apporteur en industrie peut-elle aboutir à une mauvaise exécution de cette obligation de transmission. En effet, l'associé débiteur est alors le seul détenteur de ce savoir faire et, donc, l'exerçant sous la contrainte, il est susceptible d'accomplir sa prestation de manière défectueuse[747].

Par analogie, en raison du caractère éminemment personnel de la prestation du coopérateur, il semble difficile d'admettre le recours à l'exécution forcée en nature.

B- L'EXECUTION FORCÉE PAR EQUIVALENT DE L'OBLIGATION D'ACTIVITÉ DU COOPÉRATEUR

189. Présentation de l'obligation d'activité. Etre associé d'une société coopérative implique pour l'associé la souscription de deux obligations de nature et de régime différents. Tout d'abord, comme tout associé, il est tenu d'exécuter une obligation d'apport, susceptible d'exécution forcée en nature. Ensuite, il pèse sur lui une obligation d'activité inhérente à sa qualité spéciale de coopérateur pour laquelle il est impossible de requérir l'exécution forcée en nature. En effet, plus qu'un simple associé, l'associé coopérateur s'engage à travailler au service de la société coopérative, activité qui consiste à fournir son travail dans les coopératives ouvrières de production, à livrer des produits dans les coopératives de vente et à acheter ou vendre dans les coopératives de commerçants ou détaillants.

190. L'exécution en nature prohibée par le droit commun. Lorsque l'obligation d'activité consiste, à proprement parler, à travailler en produisant et en récoltant ses produits pour la coopérative, le caractère éminemment personnel de l'obligation proscrit au juge de recourir à l'exécution forcée en nature.

---

[744] *Contra* : A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 150, p. 135 : à suivre l'auteur, l'obligation est alors davantage colorée d'un caractère économique que personnel.
[745] R. Besnard Goudet, art. préc., n° 70.
[746] TI Paris, 28 octobre 1968, *Gaz. Pal* 1968, 2, p. 345, note J.-P. Doucet.
[747] En ce sens, v. A. Mignon-Colombet, th. préc. n° 152, p. 136.

191. L'exécution en nature prohibée par le droit des sociétés. De même, si l'obligation de livrer sa production est *a priori* dépourvue de caractère personnel, l'exécution forcée en nature aboutit, là encore, à porter atteinte à la liberté individuelle du coopérateur dès lors que son engagement s'étend dans la durée[748]. En effet, le contraindre à s'exécuter aboutit à négliger l'exigence d'*affectio societatis* qui induit une collaboration durable et volontaire de l'associé. Certes, en principe, le défaut d'*affectio societatis* ne fait pas obstacle à l'exécution forcée en nature de l'obligation d'apport[749]. Il en est autrement cependant dans les sociétés coopératives dans lesquelles l'*affectio societatis* revêt une particulière intensité[750]. Ce n'est qu'exceptionnellement que le juge a admis sur le fondement de l'article 1184 du Code civil l'exécution forcée en nature de l'obligation de délivrance de la production du produit. La pérennité de la société justifiait alors son prononcé[751]. Toutefois, ces décisions doivent demeurer exceptionnelles.

Partant, quelle que soit la forme que prend l'obligation d'activité du coopérateur, il est préférable pour les parties d'organiser conventionnellement les sanctions de l'inexécution du coopérateur. Pourraient ainsi être envisagées l'exclusion et l'octroi de pénalités pour retrait anticipé[752]. Plus satisfaisantes que l'attribution à la société de dommages et intérêts, ces sanctions intermédiaires entre l'exécution forcée en nature et l'exécution forcée par équivalent permettent d'échapper à une potentielle mésentente avec risque de paralysie de la société et de rechercher un nouveau coopérateur pleinement motivé par l'aventure collective.

192. Par conséquent, l'exécution forcée en nature constitue bien la sanction reine des obligations légales. Il en est cependant autrement des obligations conventionnelles pour lesquelles l'exécution par équivalent concurrence encore fortement l'exécution forcée en nature.

---

[748] A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 156, p. 138-139 : l'auteur précise que les créanciers (société ou coassociés) ne pourraient pas davantage se fonder sur l'article 1690 du Code civil, l'engagement de livraison n'étant pas assimilable à une vente en raison de la convergence d'intérêts entre l'associé coopérateur et la coopérative.

[749] V. *supra*, n° 167.

[750] G. Goffaux, *Du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, éd. L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2008, préf. J.-P. Gastaud, n° 65, p. 56.

[751] V. par exemple Cass. civ. 1ère, 15 novembre 1988, *Bull. civ.* I, n° 321 ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, p. 361 : dans cette décision, le coopérateur a été condamné sous astreinte à reprendre ses livraisons de lait pour la société car la livraison est une nécessité pour la coopérative « *faute de quoi son existence économique et sa raison d'être se trouveraient compromises* » ; en ce sens, v. Cass. civ. 1ère, 13 mai 2003, pourvoi n° 00-17631 ; *Bull. Joly soc.* 2003, p. 1064, § 224, note J.-J. Barbiéri.

[752] En ce sens, v. A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 157, p. 139-140.

SECTION 2 UNE INFLUENCE PERFECTIBLE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS CONCERNANT LES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

193. Traditionnellement, le contrat de société est dénoncé pour son manque de flexibilité[753]. En effet, les parties sont soumises à de nombreuses dispositions impératives et ne peuvent convenir librement ni de l'organisation de leurs relations ni du fonctionnement de la personne morale. La pratique s'est toutefois progressivement émancipée de ce carcan rigide et a su exploiter l'étroite marge de liberté pour personnaliser davantage leur relation. Ces divers aménagements contractuels sont communément appelés pactes d'actionnaires[754]. Classiquement dénoncés pour la faiblesse de leur sanction (§1), législateur et jurisprudence tentent de restaurer leur force obligatoire en promouvant progressivement leur exécution forcée en nature (§2).

§1 L'EXCLUSION TRADITIONNELLE DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

194. Refuser d'ordonner l'exécution forcée en nature au profit d'une simple exécution par équivalent revient à nier partiellement la force obligatoire des engagements. C'est pourtant la position traditionnelle de principe qu'a adoptée la jurisprudence s'agissant des obligations conventionnelles les plus usuelles. Si cette dernière se retranche derrière une pluralité de fondements juridiques (A), elle apparaît cependant inopportune et conduit les parties à prévoir des remèdes conventionnels (B).

---

[753] B. Saintourens, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457 ; L. Convert, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés : étude de droit comparé : Angleterre, Espagne, France*, 2003, LGDJ, préf. B. Saintourens.

[754] Ces pactes d'actionnaires peuvent être statutaires ou extra-statutaires. V. J.-J. Daigre et M. Sentilles-Dupont, *Pactes d'actionnaires*, GNL Joly, 1994, n° 3, p. 2 et n° 19 et 20, p. 10-11 ; B. Dondero, « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », in *Société et contrat, Journ. soc.* avril 2008, n° 53, p. 42 ; Y. Reinhard, « Exécution en nature des pactes d'actionnaires », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 115. En raison de l'objet de notre étude qui se limite au contrat de société, seule l'exécution forcée des obligations contractualisées dans les statuts entre dans le domaine de l'étude.

A- LES FONDEMENTS JURIDIQUES

195. La jurisprudence traditionnelle, hostile à l'exécution forcée en nature, se fonde sur le droit commun des contrats (1) et le droit des sociétés (2).

1- Les fondements en droit commun des contrats

196. L'application stricte de l'article 1142 du Code civil. Outre les obligations légales d'ordre public, les associés ont la possibilité de créer dans les statuts ou dans des actes extérieurs une multiplicité d'obligations, des obligations relatives au capital ou à l'organisation du pouvoir dans la société[755]. Ces obligations ont pour particularité de constituer pour l'essentiel des obligations de faire ou de ne pas faire. Parmi elles se trouvent les obligations d'agrément, de préemption, de préférence, de plafonnement ou d'inaliénabilité. Par application stricte de l'article 1142 du Code civil, la jurisprudence privilégie traditionnellement l'exécution forcée par équivalent[756] sur l'exécution forcée en nature, sous réserve, cependant, de démontrer l'existence d'un préjudice[757]. Cependant, cette justification afférente à la nature des obligations apparaît, à elle seule, lacunaire[758].

197. La liberté contractuelle. Certains auteurs soulignent que l'exécution forcée en nature de la plupart des pactes statutaires remet bien en cause une liberté fondamentale de

---

[755] J.-J. Daigre et M. Sentilles-Dupont, *op. cit.*, n° 6, p. 3 : « *il existe une infinie variété d'aménagements statutaires et de conventions extra-statutaires. Fruits des circonstances ou de l'imagination des rédacteurs, il ne peuvent être dénombrés, encore moins présentés et analysés de manière exhaustive* ».

[756] O. Dexant-de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012, préf. H. Synvet, n° 213, p. 191 ; M. Jeantin, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 149, spéc. p. 162-163 ; L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 342, p. 226 ; B. Dondero, art. préc., spéc. p. 48. Pour un pacte de préférence, v. Cass. com., 7 mars 1989, aff. Schwich et Baizeau, *Bull. civ*. IV, n° 79 ; *JCP E*, II, 15617, note Y. Reinhard ; Cass. com., 26 avril 1994, SA Gimenez Frères, *Bull. civ*. IV, n° 157 ; *Bull. Joly soc*. 1994, p. 813, § 218, note P. Le Cannu. La solution est ancienne. V. Cass. civ., 9 juillet 1834, *D*. 1834, p. 741 ; Cass. req., 15 avril 1902, *D*. 1902, p. 316.

[757] Cass. com., 9 avril 2002, *JCP G* 2003, II, 10067, note J.-M. Tang.

[758] Y. Reinhard, art. préc., spéc. p. 116 ; D. Velardocchio-Flores, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, n° 185, p. 174 : « *Certaines décisions semblent supposer que l'allocation de dommages et intérêts est la sanction naturelle de la violation du pacte de préférence, cependant la réparation prévue par l'article 1142 du Code civil n'existe qu'en raison de l'impossibilité fréquente d'édicter la sanction de la réparation en nature* ».

l'associé : celle de contracter ou de ne pas contracter[759]. Tel est le cas des obligations limitant la libre disposition des actions ou parts sociales. Dès lors, l'application de l'article 1142 du Code civil permet de concilier les deux principes fondamentaux que sont la liberté contractuelle et la force obligatoire. En effet, si en raison de l'atteinte portée à la liberté contractuelle de l'associé on ne peut prononcer l'exécution forcée en nature, l'associé fautif doit, cependant, être condamné. Or, la seule sanction concevable consiste dans l'octroi de dommages et intérêts[760]. C'est ce qui justifie que concernant les promesses unilatérales, et à rebours de l'opinion doctrinale majoritaire[761], la jurisprudence ne sanctionne la rétraction du promettant que par l'octroi de dommages intérêts[762]. C'est ce qui explique également que concernant les clauses d'inaliénabilité ou de plafonnement, elle est réticente à annuler la cession opérée en violation de la clause. Enfin, c'est ce qui légitime le refus traditionnel de la jurisprudence d'ordonner la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur concernant les clauses de préemption et de préférence[763]. Paradoxalement, donc, la liberté contractuelle qui fonde la validité des obligations conventionnelles justifie également la faiblesse de leur sanction[764].

198. La relativité des conventions. Davantage que la liberté contractuelle, il semble que ce soit la relativité des conventions qui empêche l'épanouissement de l'exécution forcée en nature. En effet, si la force obligatoire des obligations commande d'en prononcer l'exécution forcée en nature dès lors qu'aucune liberté individuelle n'est en jeu, l'article 1165 du Code civil peut constituer, dans une certaine mesure, une impossibilité juridique à sa mise en oeuvre. La violation des clauses d'agrément, de préemption ou d'inaliénabilité, se manifeste par la

---

[759] E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 297, p. 302 : « *on ne peut pas forcer une personne à contracter avec son cocontractant même si elle a contracté avec un tiers en violation de son engagement initial* ».

[760] Pour une partie de la doctrine, cette sanction doit être approuvée en ce qu'elle permet de concilier la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. V. E. Chvika, th. préc., n° 298, p. 303.

[761] En ce sens, v. D. Mazeaud, « Exécution des contrats préparatoires », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 61, spéc. p. 67 : « *La liberté contractuelle du promettant ne subit, en effet, aucune atteinte inacceptable, à partir du moment où en concluant le contrat de promesse, il a librement manifesté sa volonté de conclure et d'exécuter le contrat promis* » ; A. Lebois, note sous Cass. civ. 3e, 27 mars 2008, *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13, spéc. p. 17 ; L. Weiller, « Processualisation et force obligatoire du contrat », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 157, spéc. p. 159.

[762] O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 214, p. 192.

[763] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 324, p. 264 ; A. Lebois, note sous Cass. civ. 3e, 27 mars 2008, *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13.

[764] G. Parléani, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. soc*. 1991, p. 1, spéc. p. 21 : l'existence de ce paradoxe a été dénoncée à l'appui de la consécration de la substitution comme sanction.

conclusion d'un contrat avec un tiers. Or, le bénéficiaire du pacte, qui ne dispose que d'un droit personnel sur la chose[765], objet du pacte, ne peut faire prévaloir son droit sur celui du tiers acquéreur[766]. Aussi, privilégiant la protection des droits des tiers sur la sécurité des conventions, la jurisprudence n'admet-elle la nullité de la cession intervenue en violation du droit du bénéficiaire du pacte que si ce dernier démontre l'existence d'une collusion frauduleuse entre le débiteur de la clause et le tiers[767].

Par conséquent, si l'exécution forcée en nature du pacte demeure possible tant que le cédant a conservé la propriété des titres[768], seule l'exécution forcée par équivalent est concevable dès lors que les parts ou actions ont été cédées en violation des clauses contractuelles à un tiers de bonne foi. Excepté l'obligation d'agrément, cette solution est applicable à toute cession intervenue en violation d'une obligation de faire ou de ne pas faire, peu important l'origine de l'obligation, qu'elle soit statutaire ou extra-statutaire[769]. Si rigoureuse qu'apparaît la solution de la jurisprudence à l'égard du créancier de l'obligation, on ne peut que s'incliner devant la solidité de son fondement[770].

199. Protection du débiteur et protection du tiers justifient donc que la jurisprudence refuse traditionnellement de recourir à l'exécution forcée en nature. Cette exclusion est d'autant plus légitime qu'elle semble également fondée en droit des sociétés.

---

[765] O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 219, p. 194.

[766] S. Prat, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec, 1992, préf. A. Viandier, n° 445, p. 283 : « *Que le pacte emporte des obligations de faire, de ne pas faire ou de donner, la sanction attachée à la violation de ces obligations ne peut être autre que celle d'un droit personnel* » ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 301, p. 250-251 ; L. Godon, *Les obligations des associés*, *Economica*, 1999, préf. Y. Guyon, n° 342, p. 226 ; O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 219, p. 194.

[767] On peut engager par ailleurs la responsabilité du tiers complice de la cession. V. P. Hugueney, *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910 ; F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat au tiers*, thèse Paris II, 1979, n° 140 et s. ; v. par exemple CA Versailles, 29 juin 2000, *JCP E* 2001, 183, note A. Couret. ; G. Parléani, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. soc*. 1991, p. 1, spéc. p. 33-34 : il est possible selon l'auteur d'aller plus loin que l'allocation de dommages et intérêts et faire peser sur le tiers complice une obligation de restitution ; L. Godon, th. préc., n° 353 et 354, p.231 : le bénéficiaire peut, en outre, engager la responsabilité de la société si celle-ci a procédé à l'inscription en compte du tiers devenu acquéreur des droits sociaux par la violation du pacte connu nécessairement d'elle en raison de son insertion dans les statuts.

[768] Dans le cadre de la cession de titres, le transfert de propriété est retardé jusqu'à l'inscription en compte des titres. Le débiteur du pacte demeure donc propriétaire des titres jusqu'à ce que cette formalité soit accomplie. Jusqu'à cette date, le tiers ne dispose comme le bénéficiaire du pacte que d'un droit personnel susceptible de générer des conflits de droits. V. O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 237 et s., p. 206 et s.

[769] S. Schiller, v° Pactes d'actionnaires, in *Rép. soc*. 2006, n° 162.

[770] A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 301 et s., p. 250 et s. et n° 388, p. 303.

2- Les fondements en droit des sociétés

200. Le régime restrictif des nullités. Si la nullité de l'acte conclu en violation de l'obligation statutaire permet souvent de satisfaire pleinement le créancier, la jurisprudence est réticente à prononcer cette sanction en raison du régime légal prévu par le droit des sociétés en matière de nullité. Hostile à l'application d'une telle sanction pour les sociétés[771], le législateur a instauré un système dérogatoire particulièrement restrictif. En effet, les articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1, alinéa 2, du Code de commerce disposent que la nullité des actes sociaux et délibérations sociales doit résulter d'un texte et, plus précisément, de la violation d'une disposition impérative du livre deuxième du Code de commerce ou des lois qui régissent les contrats[772]. Deux conditions cumulatives sont donc nécessaires pour l'obtention de la nullité de la délibération. D'une part, la disposition violée doit revêtir un caractère impératif[773]. Or, si la

[771] M. Azavant, « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Rev. soc.* 2003, p. 442, spéc. p. 442-443 : « *Les nullités sont odieuses… passés au crible d'un prisme restrictif, ses causes, ses conditions et ses effets sont notablement dérogatoires au regard de leur régime de droit commun. L'antienne est connue, elle fonde le discours convenu d'une mise à distance du droit civil et d'une émancipation du droit des sociétés… Parce que le droit civil n'avait à proposer pour sanction des irrégularités des actes juridiques qu'une nullité intégrale et rétroactive quand le droit des sociétés était intéressé à préserver l'existence et le fonctionnement de l'être social, le droit spécial s'est installé dans une logique de rupture avec le droit commun* » ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 84. Il en est autrement en matière d'association lesquelles sont régies par le droit commun. V. F.-X. Lucas, note sous CA Versailles, 3 février 2003, *Juris-Data* n° 2003-215599, *Dr. soc.* 2004, comm. 38 : « *l'indication d'un délai de convocation dans les statuts ne doit pas être regardée comme une recommandation mais bien comme une obligation dont la méconnaissance rend irrégulière la convocation des adhérents et laisse planer sur leurs délibérations un risque d'annulation* ». En effet, en matière d'association, il n'existe pas de manière analogue au droit des sociétés un texte qui édicte un régime spécial des nullités. C'est pourquoi, l'article 1134 du Code civil permet de fonder la nullité de la délibération. V. Y. Chartier, « L'association, contrat, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 195, spéc. p. 210. En outre, la nullité peut être ordonnée alors même que la violation commise n'a aucune incidence sur l'adoption de la décision prise. V. Cass. civ. 1ère, 27 juin 2000, *Bull. civ*. I, n° 196.

[772] Une différence de rédaction est à noter entre les deux dispositions : l'article 1844-10 du Code civil ne mentionne pas la violation « *des lois qui régissent les contrats* » mais la violation « *de l'une des causes de nullité des contrats en général* ».

[773] La notion de disposition impérative est controversée. V. J.-P. Legros, « La nullité des décisions de sociétés », *Rev. soc.* 1991, p. 275, spéc. p. 287 : « *est impérative, dans une première acceptation, la disposition qui s'impose en toute circonstance, celle que la volonté ne peut écarter… Dans un second sens, toujours technique, la loi impérative s'oppose à la loi supplétive… La loi entend la notion de disposition impérative dans un sens large ; la sanction est virtuellement applicable à toute disposition à condition qu'elle apparaisse comme fondamentale aux yeux du juge… La nature impérative d'un texte n'est pas forcément indiquée dans la formulation même de celui-ci. En particulier l'absence de précision sur l'impossibilité d'insérer des clauses contraires n'exclut pas nécessairement le caractère impératif* » ; D. Grillet-Ponton, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Rev. soc.* 1984, p. 259, spéc. p. 265 : « *En vertu d'une définition couramment admise, une disposition est réputée impérative toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi* » ; J.-P. Legros, *Fasc. 32-40, Nullité des décisions sociales : cause de nullité*, in *J-Cl. soc.* 2007, n° 248 et s. : « *En droit*

notion, par son caractère équivoque, semble offrir une marge de manœuvre au juge[774], il semble impossible de considérer que les statuts comprennent des dispositions impératives. La notion n'a véritablement de sens qu'à propos d'un texte légal ou réglementaire[775]. En effet, comment admettre que certaines dispositions du pacte social, loi des parties, contiennent des dispositions seulement supplétives ? D'autre part, la disposition impérative violée doit résulter de textes précis : la loi du 24 juillet 1966 ou le titre neuvième du Code civil[776]. Par conséquent, la violation d'une disposition puisant sa source dans tout autre texte ne peut en principe donner lieu à la nullité de la délibération[777]. Cette précision textuelle engendre un effet pervers : la sanction d'une

---

des sociétés, la règle impérative est celle que le législateur a considéré comme fondamentale ». Toutefois, l'existence d'une sanction pénale ne suffit pas à conférer au texte un caractère impératif. V. J. Honorat, v° Nullités, in *Rép. soc*., Dalloz, 1997, n° 135 ; A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, 2011, préf. Y.-M. Serinet, n° 442, p. 317.

[774] J.-P. Legros, art. préc., spéc. p. 277 : le système de nullités consacré pour les actes et délibérations sociales est un système de nullités virtuelles contrairement à ce qu'il en est en matière de constitution de société qui repose sur un système de nullités textuelles ; P. Le Cannu, « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Mél. P. Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 113 ; A. Charvériat, « De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière », *Rev. soc*. 2010, p. 212, spéc. p. 214 : « *La notion de disposition impérative est plus ambiguë que celle de disposition expresse… c'est donc au juge qu'il appartient de trancher la question* » ; *Contra* : D. Grillet-Ponton, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Rev. soc*. 1984, p. 259 : cette liberté laissée au juge n'est *a priori* qu'illusoire ou tout du moins relative car le système de nullités virtuelles dissimule, en réalité, un sytème de nullités textuelles puisqu'une disposition impérative porte en elle-même la sanction de son inobservation.

[775] En ce sens, v. L. Bornhauser-Mitrani, « La violation d'une clause statutaire », *LPA*, 8 avril 1998, n° 42, p. 11, spéc. p. 12-13 ; S. Schiller, art. préc., n° 159 ; J.-P. Legros, art. préc., n° 287 ; J.-P. Legros, « La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? », *Dr. soc*. avril 1991, chron. p. 1, spéc. p. 1 ; J.-P. Legros, « La nullité des décisions de sociétés », *Rev. soc*. 1991, p. 275, spéc. p. 306.

[776] J.-P. Legros, « La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? », art. préc., spéc. p. 1 : « *En enfermant les causes des nullités dans la méconnaissance des dispositions de la loi du 24 juillet ou du titre IX du Code civil, la loi laisse entier le problème de la violation des décrets d'application, de la violation de lois extérieures ou, enfin celles des statuts* ».

[777] J.-P. Legros, « La nullité des décisions de sociétés », art. préc., spéc. p. 306 : « *la loi n'envisageant pas la méconnaissance du décret, il serait encore moins question de sanctionner la violation d'une disposition des statuts* » ; J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, T. 1, Dalloz, 1974, n° 743. Exceptionnellement, la jurisprudence a admis que la nullité pouvait résulter de la violation d'autres textes légaux ou réglementaires que ceux visés par les articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce dès lors qu'il existait un lien indispensable ou connexe avec ces dispositions. V. Cass. com., 15 avril 1982, *Bull. civ*. IV, n° 122 ; *Rev. soc*. 1983, p. 343, note J. Hémard : la Cour de cassation a admis la nullité pour la violation du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 ; Cass. com., 19 avril 1988, *Bull. civ*. IV, n° 135 ; *Bull. Joly soc*. 1988, p. 485, note P. Le Cannu : la nullité a été admise pour sanctionner la violation des dispositions de la loi du 24 juillet 1867 ; Cass. civ. 1ère, 4 octobre 1988, *Bull. civ*. I, n° 271 ; *Rev. soc*. 1989, p. 62, note Y. Guyon : la nullité a été admise pour violation du décret du 3 juillet 1978 ; v. également Cass. mixte, 16 décembre 2005, *Bull. mixte* n° 9 ; *RJC* 2006, p. 213, note L. Grosclaude : en l'espèce, la nullité n'est pas fondée directement sur la violation du décret qui prescrit le respect d'un délai de 15 jours pour la convocation de l'assemblée, mais sur le fait que le non respect de la disposition réglementaire implique la violation d'un droit à caractère impératif, celui de participer aux assemblées. C'est précisément la violation de ce droit qui a justifié la nullité. Les modalités de convocation étant considérées comme le prolongement du droit de participation, leur non respect doit également être sanctionné par la nullité de la délibération ; *Contra* : Cass. civ. 3e, 24 septembre 2003, pourvoi n° 02-13039 ; *Dr. soc*. 2004, comm. 21, note F.-X. Lucas.

disposition dépend de sa source et non de son importance[778]. Il en résulte que la violation par l'assemblée générale des associés d'une obligation statutaire ne peut être sanctionnée par la nullité de la délibération[779] et que seuls des dommages et intérêts peuvent être octroyés[780].

201. Le défaut d'*affectio societatis*. L'*affectio societatis* peut également constituer un obstacle relatif à la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature. En effet, son absence en cours de vie sociale peut compromettre le bon fonctionnement de la société. Pour cette raison, il n'apparaît pas opportun de contraindre l'associé à exécuter ses obligations lorsque son refus d'exécution révèle en réalité un défaut *d'affectio societatis*[781]. Tel est notamment le cas lorsque l'associé refuse de répondre à son obligation d'appel de fonds. Il est alors probable que l'associé, dépourvu d'*affectio societatis*, refusera systématiquement de collaborer en s'opposant à l'exécution des appels de fonds ultérieurs. Par conséquent, bien que l'action en paiement soit théoriquement concevable[782], il est souhaitable dans cette hypothèse de privilégier l'exclusion lorsque celle-ci a été prévue[783].

202. L'ensemble de ces fondements empêche l'essor de l'exécution forcée en nature et favorise ainsi l'exécution forcée par équivalent. On peut le déplorer.

---

[778] J.-P. Legros, « La nullité des décisions de sociétés », art. préc., spéc. p. 287.

[779] Cass. civ. 3e, 19 juillet 2000, *Juris-Data* n° 003015 ; *Dr. soc*. 2000, comm. 170, note F.-X. Lucas : la Cour de cassation a refusé de prononcer la nullité d'une délibération prise en violation d'une clause statutaire qui prévoyait la convocation du gérant non associé aux assemblées ; Cass. com., 14 juin 2005, *Bull. civ*. IV, n° 129, p. 139 ; *RJDA* 2005, n° 1123, p. 976 ; *Bull. Joly soc*. 2005, § 307, p. 1412, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 2005, p. 782, obs. M.-H. Monsèrié-Bon : la même solution a été rendue à propos d'un GIE dont les dispositions de l'article L. 251-5 du Code de commerce sont similaires à celles de l'article L. 235-1 du Code de commerce.

[780] S. Schiller, art. préc., n° 159 ; S. Schiller, « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Rev. soc*. 2011, p. 331, spéc. p. 337.

[781] A. Lebois, note sous Cass. civ. 3e, 27 mars 2008, *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13, spéc. p. 18 ; Y. Guyon, préf. de la thèse d'A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004 : « *Par certains côtés, l'exécution forcée n'a pas sa place dans la société conçue comme un contrat de collaboration, dans la meure où l'*affectio societatis *s'oppose à l'exercice de toute forme de contrainte sur les associés* ».

[782] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 291, p. 192.

[783] Lorsque l'appel de fonds est contractuel et non légal, la sanction de la vente forcée prévue par le législateur dans les sociétés de construction ne peut s'appliquer. Aussi, en l'absence de prévision statutaire, seule l'action en paiement, c'est-à-dire l'exécution forcée en nature, peut-elle être exercée même si celle-ci apparaît moins opportune. V. CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc*. 1989, p. 246, note S. Dana-Démaret ; Cass. civ. 3e, 3 décembre 1997, *Bull. civ*. III, n° 214.

B- L'OPPORTUNITE DE PREVOIR DES REMEDES CONVENTIONNELS

203. La sanction peu satisfaisante qui consiste surtout à octroyer des dommages et intérêts (1) incite les parties à insérer des clauses tendant à renforcer l'efficacité des obligations conventionnelles (2).

1- La faible efficacité de l'exécution forcée par équivalent

204. Une sanction peu dissuasive. L'octroi de dommages et intérêts est majoritairement considéré comme une sanction peu effective d'un double point de vue. D'une part, du côté du débiteur, celle-ci apparaît insuffisamment dissuasive : « *en raison des intérêts en jeu, les parties ne sont pas arrêtées par une éventuelle condamnation* »[784]. En effet, la conclusion de ces pactes dissimule souvent des enjeux politiques importants : prendre le contrôle de la société ou empêcher des prises de contrôle hostiles. Partant, le débiteur préférera la plupart du temps verser des indemnités que d'exécuter ses obligations[785]. D'autre part, du côté du bénéficiaire, cette sanction est dissuasive d'intenter la procédure d'exécution forcée : sans compter les inconvénients inhérents à toute procédure judiciaire[786], l'issue sera à coup sûr décevante puisque seuls des dommages et intérêts seront octroyés et d'un montant souvent peu conséquent[787].

---

[784] D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, 20e éd., Dalloz, 2012, n° 422 ; S. Prat, th. préc., n° 433, p. 276 : « *Les intérêts en jeu sont parfois considérables. Et pour certains, le risque de voir salir sa réputation cède volontiers le pas à un calcul du coût et de la rentabilité du viol de son obligation… Il est en effet souvent beaucoup moins coûteux de verser des dommages et intérêts que de renoncer à une opération commerciale. Le partenaire indemnisé n'y trouvera bien sûr pas son compte. Les dommages et intérêts qu'il percevra seront insusceptibles de compenser le préjudice qu'il subit* » ; D. Velardocchio-Flores, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, n° 334, p. 271 ; G. Goffaux, *Du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, éd. L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2008, préf. J.-P. Gastaud, n° 431, p. 304 ; L. Godon, th. préc., préf. Y. Guyon, n° 342, p. 226 : l'auteur dénonce « *le caractère peu dissuasif de la sanction normale : la réparation par équivalent* », la faiblesse de cette sanction constitue « *une prime à la non exécution* » des pactes d'actionnaires ; S. Schiller, v° Pactes d'actionnaires, in *Rép. soc*., Dalloz, 2006, n° 156 ; P. Marini, *La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1996, p. 68 ; G. Parléani, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. soc*. 1991, p. 1, spéc. p. 21 ; E. Brochier, « L'exécution en nature des pactes entre actionnaires : observations d'un praticien », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 125, spéc. p. 126.

[785] O. Dexant-de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012, préf. H. Synvet, n° 235, p. 205.

[786] S. Schiller, art. préc., n° 158 ; P. Bissara, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. soc*. 1990, p. 554, spéc. p. 563 : l'actionnaire « *doit justifier d'un préjudice bien difficile à établir pour obtenir une compensation financière* ».

[787] O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 213, p. 190 et n° 234, p. 205 : « *De tels préjudices ne pourront alors jamais être entièrement réparés, puisque, d'une part, il semble impossible de les évaluer, d'autre part, ils*

205. Une sanction insuffisamment protectrice de l'intérêt social. Dès lors que la jurisprudence reconnaît la validité des pactes sociaux, elle admet leur conformité à l'intérêt social et, au-delà, leur contribution à sa sauvegarde. En effet, pour l'essentiel, les obligations conventionnelles visent au maintien de l'*intuitus personae* nécessaire au bon fonctionnement du contrat de société. Plus précisément, elles permettent d'assurer la stabilité, la cohésion de l'actionnariat et de protéger la société des attaques concurrentes hostiles. Au-delà de la défense de la force obligatoire et des intérêts individuels, l'exécution forcée en nature permet donc de protéger l'intérêt de la société et doit pour cela être préférée à l'exécution forcée par équivalent. En effet, en raison de la pluralité des intérêts que fait naître la société, sa survie, plus qu'un autre contrat, doit être recherchée. Aussi l'exécution forcée en nature apparaît-elle souvent comme le meilleur moyen d'atteindre cet objectif[788].

206. Dichotomie entre obligations statutaires et extra-statutaires. Pour certains auteurs[789], la considération de l'intérêt social justifie d'opérer une dichotomie entre le régime de la sanction des obligations extra-statutaires et statutaires. En effet, concernant les premières, leur vocation à servir les seuls intérêts privés des associés conduit à privilégier l'octroi de dommages et intérêts sur l'exécution forcée en nature. Concernant les secondes, leur vocation à servir l'intérêt social conduit à favoriser l'exécution forcée en nature. La distinction apparaît cependant

---

s'apparentent davantage à la perte d'une chance de réussir l'opération envisagée » ; F.-D. Poitrinal, « Les pactes d'actionnaires », in *Mél. P. Bézard*, 2002, p. 127, spéc. p. 130-131: « *ces dommages et intérêts ne correspondent pas à des punitive damages, qui représenteraient en terme financier la gravité de la faute, mais à la perte subie par l'actionnaire et le gain dont il a été privé. Il est alors difficile d'expliquer à un actionnaire lésé, en particulier lorsqu'il est étranger et s'attend à ce que soit appliquée comme sanction l'exécution forcée, que non content de ne pas obtenir cette dernière, il pourra ne lui être versé à titre de dommages et intérêts qu'un franc symbolique !* » ; J.-J. Daigre et M. Sentilles-Dupont, *Pactes d'actionnaires*, GNL Joly, 1994, n° 18, p. 10 ; F.-D. Poitrinal, *La révolution contractuelle du droit des sociétés, Dynamique et paradoxes*, Rev. banque, éd. 2003, préf. P. Bézard, n° 9, p. 26 ; D. Martin et L. Faugerolas, « Les pactes d'actionnaires », *JCP G* 1989, n° 3412 ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 100. Seul le prononcé de dommages et intérêts conséquents permettrait de donner effectivité à l'exécution forcée par équivalent. V. E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 305, p. 308 : « *il ne dépend que des juges de faire que la sanction des dommages et intérêts en soit réellement une et, notamment, à condamner plus lourdement celui qui ne respecte pas ses engagements* ».

[788] Y. Guyon, préf. de la thèse d'A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004 : « *l'exécution forcée apparaît au service de la société-institution, en évitant que la volonté d'un seul, dirigeant, associé, tiers, ne compromette la pérennité de celle-ci* ». Il n'apparaît donc pas surprenant que la jurisprudence ait admis de prononcer l'exécution forcée en nature d'une obligation de souscrire à une augmentation de capital dès lors que l'engagement était « *limité à l'opération concernée, qu'il est conforme à l'intérêt social et qu'il est exempt de toute fraude* ». V. CA Paris, 30 juin 1995, *JCP E* 1996, 795, note J.-J. Daigre.

[789] Rapport de la Cour de cassation 1989, p. 317 : la clause de préemption extra-statutaire entre associés n'intéresse que des intérêts privés. Pour cette raison, « *il n'est pas souhaitable que de tels intérêts permettent l'annulation, parfois avec une rétroactivité importante, d'opérations concernant la vie de la société* ».

artificielle puisque bon nombre de pactes extra-statutaires contribuent eux aussi à garantir le bon fonctionnement de la société. En conséquence, il n'y a pas lieu de prendre en considération l'origine de l'obligation pour le prononcé de la sanction[790].

Pour autant, l'origine de l'obligation conventionnelle semble bien avoir une incidence sur son régime. Les pactes statutaires sont *a priori* plus efficacement sanctionnés par la jurisprudence que les pactes extra-statutaires[791]. En effet, grâce à la publication des statuts, la clause est opposable à la société contrairement à une clause extra-statutaire[792]. Dès lors, toute cession réalisée en violation de la clause est inopposable à la société. Le cessionnaire ne peut de ce fait prétendre à la qualité d'associé[793]. En conséquence, la sanction d'inopposabilité permet de préserver la cohésion et la stabilité de l'actionnariat[794]. La société doit ainsi refuser de procéder au transfert des titres sur ses registres[795]. En présence d'une obligation extra-statutaire, la société, tiers au pacte a, cependant, la possibilité d'engager la responsabilité délictuelle du débiteur fautif mais n'obtiendra alors qu'une réparation pécuniaire insuffisante à la protéger contre la venue d'associés indésirables[796]. C'est dire si les parties ont intérêt à anticiper les difficultés d'exécution dès la conclusion du contrat.

---

[790] En ce sens, v. Y. Reinhard, art. préc., spéc. p. 123.

[791] En ce sens, v. S. Schiller, art. préc., n° 157 : pour l'auteur, si les clauses statutaires sont plus fortement sanctionnées que les clauses extra-statutaires c'est en raison de leur supériorité dans la hiérarchie des normes.

[792] H. Le Nabasque avec le concours de G. Terrier, « L'exécution forcée des pactes d'actionnaires », *Dr. soc., Actes pratiques,* 1994, p. 1, spéc. p. 26 ; P. Julien Saint-Amand et P.-A. Soreau, *Pactes d'actionnaires et engagements Dutreil*, éd. Francis Lefebvre, 2008, n° 1115 ; M.-B. Salgado, « Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes », *Dr. soc*. 2003, chron. 3, p. 5, spéc. p. 8 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 339, p. 272.

[793] T. Favario, « La clause statutaire d'inaliénabilité », *Bull. Joly soc*. 2010, p. 100, spéc. p. 103-104 : en dehors des articles L. 227-15 et L. 229-11 du Code de commerce applicables respectivement aux sociétés par actions simplifiées et aux sociétés européennes qui prévoient expressément la sanction de la nullité pour violation d'une clause d'inaliénabilité, la sanction de principe est l'inopposabilité de la cession à la société, sanction toutefois moins efficace que la nullité ; L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 18 : à suivre l'auteur, l'inopposabilité de la cession intervenue en violation d'une clause de préemption à la société est subordonnée à la démonstration de la mauvaise foi du tiers qui revient à démontrer qu'il avait connaissance de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

[794] L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 132 : « *il n'existe pas, entre la nullité et l'inopposabilité, une différence de nature, mais une différence d'étendue* » et p. 138, l'auteur précise que l'inopposabilité est « *une nullité à étendue restreinte* ».

[795] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 353-354, p. 231 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 341, p. 274.

[796] De manière générale, la Cour de cassation affirme que « *le tiers à un contrat peut invoquer, que le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ». V. par exemple Cass. com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 05-19397.

2- Les remèdes conventionnels

207. Pour tenter d'échapper à l'insuffisance de la sanction classiquement prononcée par le juge en cas de violation des obligations conventionnelles, plusieurs solutions peuvent être envisagées[797]. Les parties peuvent écarter l'exécution par équivalent au profit d'autres sanctions en cas d'inexécution (a), ou prévoir des mesures de nature purement comminatoire pour dissuader l'associé de violer ses obligations (b).

a- Les clauses opérant une substitution de sanction

208. La clause de renonciation à l'article 1142 du Code civil. Pour éluder l'application de l'article 1142 du Code civil, les parties peuvent, tout d'abord, tenter d'insérer une clause de renonciation à cette disposition[798]. Toutefois, sa validité apparaît fort douteuse en raison de son caractère *a priori* impératif[799]. Aussi est-il probable que les juges en écarteraient l'application[800].

---

[797] Sur la diversité de ces remèdes, v. S. Schiller, art. préc., n° 169 et s. ; J.-J. Daigre et M. Sentilles-Dupont, *Pactes d'actionnaires*, GNL Joly, 1994, n° 21 et s., p. 12 et s ; D. Velardocchio-Flores, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, n° 349, p. 279 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 298 et s., p. 247 et s. ; E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 308 et s., p. 311 et s. ; A. Couret et T. Jacomet, « Les pièges des pactes d'actionnaires : questions récurrentes et interrogations à partir de la jurisprudence récente », *RJDA* 2008, p. 951, spéc. p. 958 ; E. Brochier, art. préc., spéc. p. 129 et s. ; T. Bernard, « La prévention de l'inexécution du pacte de préférence », *Defr*. 2007, art. 38834, p. 1907, spéc. p. 1910 et s.

[798] Pour une proposition de rédaction de la clause, v. J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi et H. Lecuyer, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, sous la dir. de J. Ghestin, n° 11508-1 : « *le promettant s'interdit formellement de rétracter son consentement pour quelque cause que ce soit avant la fin de ce délai, la simple levée de l'option pendant ce dernier par le bénéficiaire suffisant à former la vente. Au cas où il le ferait l'exécution forcée de la promesse pourrait être poursuivie et la vente constatée en justice, les parties convenant expressément d'écarter l'article 1142 du Code civil* ».

[799] B. Dondero, « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », in *Société et contrat, Journ. soc*. avril 2008, n° 53, p. 42, spéc. p. 48 : « *On peut cependant douter de sa validité, qui impliquerait de voir l'article 1142 comme une disposition supplétive. Or, il est loin d'être certain que ce texte, qui formalise l'adage* Nemo praecise cogi potest ad factum, *dont le fondement réside dans la dignité du débiteur, puisse être jeté par-dessus bord aussi facilement* » ; *Contra* : A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 300, p. 250 : « *On peut en effet comprendre le texte de l'article 1142 comme édictant une formule permissive et non impérative* » ; O. Dexant-de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012, préf. H. Synvet, n° 214, p. 192 ; A. Couret et T. Jacomet, art. préc., spéc. p. 958.; E. Brochier, art. préc., spéc. p. 127 ; J. Huet, *op. cit*., n° 11509 ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 197 : « *la règle de l'article 1142 du Code civil n'est d'ordre public qu'en ce qu'elle interdit la contrainte par corps* ». Dès lors, si l'obligation ne met pas en cause une liberté fondamentale, les parties doivent pouvoir déroger à l'article 1142 du Code civil.

[800] La jurisprudence demeure toutefois incertaine. En matière de promesse unilatérale de vente, la jurisprudence a admis la validité des clauses d'exécution forcée, ce qui milite en faveur du caractère supplétif de l'article 1142 du Code civil. V. Cass. civ. 3e, 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11721, *Bull. Joly soc*. 2008, p. 852, note R. Libchaber ; *RTDF*, n° 2-2008, p. 66, obs. J.-F. Louit et V. Lacarelle ; *JCP G* 2008, n° 49, p. 19, obs. A. Constantin ; *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13, note A. Lebois. Toutefois, l'exclusion de l'exécution forcée de la promesse unilatérale,

Quand bien même l'on contesterait la nature impérative de l'article 1142 du Code civil et l'on admettrait ainsi la validité d'une clause de renonciation, cette dernière ne revêtirait en tout état de cause qu'une efficacité partielle. En effet, si elle pourrait être mise en œuvre dans le cas où les titres seraient restés la propriété du cédant, elle serait inopérante dans l'hypothèse où le promettant aurait violé son obligation par la cession de ses titres à un tiers de bonne foi[801].

209. La clause résolutoire. Il est également possible de prévoir qu'en cas d'inexécution de l'obligation, le pacte sera résilié de plein droit sans intervention du juge. Cette sanction présente l'avantage de les mettre à l'abri de tout aléa inhérent aux décisions judiciaires. Toutefois, l'insertion d'une telle clause nécessite une rédaction rigoureuse[802]. En effet, en présence de clause équivoque, le juge retrouve alors son pouvoir d'appréciation par application de l'article 1184 du Code civil qui exige une mise en œuvre de bonne foi. En réalité, introduire une telle sanction revient à introduire une clause d'exclusion-sanction de l'associé fautif[803].

Cependant, la résolution ne satisfait que rarement le créancier de l'obligation[804]. Dès lors, plutôt que de prévoir des clauses ayant vocation à s'appliquer postérieurement à la violation des obligations, les parties tentent de trouver des solutions comminatoires pour dissuader leur débiteur de ne pas accomplir sa prestation.

b- Les clauses à but comminatoire

210. La clause pénale. Afin de dissuader le débiteur de violer ses engagements, les parties peuvent adjoindre à l'obligation conventionnelle une clause pénale[805]. Si elle nécessite de

---

en cas de rétractation du promettant et en l'absence de stipulation contraire, n'est plus fondée sur l'article 1142 du Code civil. V. Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, *Bull. civ*. III, n° 77 ; *D.* 2011, p. 1457, note D. Mazeaud et p. 1460, note D. Mainguy ; *D.* 2011, édito, p. 1273, obs. F. Rome.

[801] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 300, p. 250 ; L. Grosclaude, th. préc., p. 201 et p. 213 : de la même manière, la protection des tiers de bonne foi remet en cause l'efficacité des clauses contractuelles prévoyant la nullité des actes constitutifs de la violation d'une obligation contractuelle.

[802] Le problème de rédaction défectueuse qui nuit à l'effectivité de la clause se pose de manière générale pour tous les pactes d'actionnaires. V. S. Prat, th. préc., n° 434, p. 277.

[803] V. *infra*, n° 249 et s.

[804] M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1624-2.

[805] V. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, préf. F. Chabas.

prévoir par avance l'indemnité qui sera versée en cas d'inexécution[806], elle permet d'éviter les difficultés d'évaluation du préjudice par le juge[807]. Toutefois, si cette clause peut constituer un palliatif efficace, elle souffre de la faculté qu'a le juge, en vertu de l'article 1152 du Code civil, de diminuer le montant jugé manifestement excessif. En outre, cette disposition étant d'ordre public, il est interdit aux parties d'écarter le pouvoir du juge. Or, ce pouvoir modérateur contrarie la finalité comminatoire recherchée par les parties au travers de cette clause. Par son introduction, le créancier espère simplement inciter son débiteur à s'exécuter. Par conséquent, c'est la démesure entre la peine et le préjudice qui permet justement de remplir cet objectif. C'est pour cette raison que la la Cour de cassation[808] a précisé que le juge devait tenir compte du but assigné à la clause pour apprécier son caractère excessif. L'indication expresse du but de la clause (comminatoire et non indemnitaire) permet, semble-t-il, de réduire mais n'annihile pas le risque de réduction judiciaire du montant[809].

Il semble possible d'envisager que la clause pénale ne porte pas sur une somme d'argent mais sur une obligation de faire qui imposerait par exemple au débiteur d'un pacte de préférence de réaliser la vente avec le bénéficiaire s'il cède son bien à un tiers en violation de son obligation. Toutefois, l'effectivité de ce remède est alors subordonnée à l'annulation de la vente au tiers que le juge accepte avec circonspection de prononcer.

211. La clause de dédit. Cette clause consiste à déterminer une indemnité qui sera versée dans l'hypothèse où le débiteur préfère se retirer du contrat plutôt que d'exécuter son obligation. De la même manière que la clause pénale, plus le montant de l'indemnité sera élevé, plus le débiteur sera dissuadé d'exercer la faculté de se dédire. Bien que stipulée dans l'intérêt du débiteur, cette clause présente l'avantage pour le créancier d'échapper au pouvoir modérateur du juge[810]. Toutefois, en raison des intérêts en jeu, le créancier aura plus souvent intérêt à ce que soit exécutée l'obligation prévue par le pacte que de percevoir l'indemnité prévue par la clause de dédit.

---

[806] Article 1226 du Code civil : la clause pénale est « *celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ».
[807] G. Goffaux, *Du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, éd. L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2008, préf. J.-P. Gastaud, n° 432, p. 305.
[808] Cass. civ. 1ère, 3 janvier 1985, *Bull. civ*. I, n° 4 ; *D*. 1985, IR p. 370.
[809] Cass. com., 27 mars 1990, pourvoi n° 88-13967, *Bull. civ*. IV, n° 90 : décision dans laquelle, la Cour de cassation, tout en reconnaissant le caractère coercitif de la clause, utilise néanmoins son pouvoir de réduction.
[810] Cass. com., 22 octobre 1996, *D*. 1998, p. 511, note D. Arlié.

212. L'astreinte conventionnelle. Les parties peuvent accompagner les obligations d'une astreinte conventionnelle en cas d'inexécution[811]. Cette clause a pour objectif de dissuader le débiteur de refuser d'exécuter son obligation *via* la fixation de sommes à verser par jour de retard. Toutefois, elle subit là encore le risque d'être requalifiée en clause pénale et se voir appliquer de la même manière l'article 1152 du Code civil[812].

213. Les remises de fond. Ce remède consiste à remettre un chèque libellé accompagné d'un mandat de dater au bénéficiaire. Si ce remède apparaît être un moyen effectif pour inciter le débiteur à s'exécuter, il n'est pas à l'abri des critiques. D'abord, ce procédé est susceptible d'utilisation abusive. En possession du chèque, le bénéficiaire sera enclin à l'encaisser au moindre retard. Ensuite, à l'instar des autres remèdes, il nuit au climat de confiance sur lequel doit, en principe, reposer la relation contractuelle entre associés. Enfin, l'absence de date permet au débiteur de la révoquer à tout moment et diminue par suite son effet comminatoire.

214. Les cessions en blanc. Dans la même veine, la cession en blanc consiste en un ordre de virement non daté, accompagné d'un mandat conférant au bénéficiaire de l'ordre le droit de le dater. Remède effectif à l'inexécution d'une clause de préférence et admis par la jurisprudence[813], ce procédé s'expose, là encore, au risque d'une mise en oeuvre abusive, c'est-à-dire que le créancier de l'obligation procède indûment au virement des titres sur son compte. En outre, en raison de l'absence de date, il existe également un risque de révocation par le promettant[814].

215. Les options sur les éléments de l'actif. Procédé utilisé dans le cadre de la constitution de filiale commune, il consiste pour le signataire du pacte à assortir celui-ci d'options sur ses actifs. Ces dernières pourront être levées en cas d'inexécution des engagements par l'une des parties. Pour être effectif et remplir son rôle comminatoire, l'option doit porter sur un élément

---

[811] L'astreinte peut être prononcée par le juge même en l'absence de disposition contractuelle pour assurer l'exécution de sa décision. V. par exemple CA Paris, 21 décembre 2001, *Bull. Joly soc*. 2002, p. 509, note H. Le Nabasque et D. Cochet.
[812] V. par exemple Cass. civ. 1ère, 3 janvier 1985, *Bull. civ*. I, n° 4.
[813] CA Versailles, 19 octobre 1990, *BRDA* 1991, 5/10 : les juges qualifient la cession en blanc de promesse de cession.
[814] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 300, p. 250

essentiel de l'actif au point de dissuader le débiteur de violer son obligation. L'option doit être stipulée dans un acte distinct et postérieur à la date de la formation du pacte ou bien laisser le bien en possession du débiteur. Sans aucun doute efficace, il rend complexe la stipulation des obligations conventionnelles au point de dissuader les parties d'y recourir et contribue, à l'instar des remèdes précédents, à instaurer une relation de méfiance entre les parties.

216. La nomination d'un tiers administrateur. On peut encore insérer une clause prévoyant le recours à un tiers à qui sera confiée la bonne exécution des obligations. Le tiers peut être investi d'un pouvoir de décision dans l'exécution du pacte et il lui appartiendra de décider de la sanction en cas de violation du pacte ou bien il aura simplement la charge de vérifier que les transferts de titres se font bien conformément aux dispositions du pacte[815]. Le remède peut se révéler efficace dès lors que la mission est confiée au teneur de compte. En effet, le tiers teneur de compte avertira le bénéficiaire du pacte chaque fois que le débiteur de l'obligation lui transmettra un ordre portant sur les titres visés par le pacte[816]. Efficace, ce remède laisse apparaître certaines lacunes[817]. D'une part, il se révèle onéreux, d'autre part, il ne se révèle efficace en réalité que dans les hypothèses de cessions réalisées sur un lieu d'exécution ou d'apport à une offre publique, c'est-à-dire lorsque les titres sont cédés sur le marché. Dans les hypothèses de cessions de gré à gré, le tiers administrateur n'intervient que postérieurement à la cession et seul le transfert de propriété sera susceptible d'être bloqué. Aussi un conflit de droits personnels naîtra-t-il entre le tiers acquéreur et le bénéficiaire. Ce n'est que lorsque le bénéficiaire du pacte aura levé l'option avant la conclusion de la cession avec le tiers qu'il l'emportera. Si la levée d'option est postérieure, le tiers pourra prétendre à la propriété des titres révélant l'efficacité relative du remède.

217. La nomination d'un tiers fiduciaire. Depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, la fiducie peut constituer un remède particulièrement efficace. Consacrée désormais à l'article 2011 du Code civil, « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits*

[815] V. en particulier A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 342 et s., p. 274 et s. ; O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 255 et s., p. 218 et s.
[816] O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 259, p. 220.
[817] O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 259 et 260, p. 217-218.

ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». La réforme de 2008 a permis à toute personne, qu'elle soit physique ou morale, d'être constituant. En revanche, elle impose de désigner comme fiduciaire les établissements de crédit et certaines institutions déterminées. Ce fiduciaire deviendra alors, par la conclusion de la fiducie, propriétaire temporaire des titres mais devra les tenir séparés de son patrimoine propre. Il aura pour mission de transférer les titres dans les conditions du pacte et dès lors que le bénéficiaire aura choisi de lever l'option. La consécration de ce nouveau procédé constitue incontestablement un remède attrayant. Cependant, il n'est pas sans présenter certains défauts. D'une part, son régime demeure encore incertain. La doctrine est encore partagée sur le fait de savoir si la fiducie opère un véritable transfert de propriété. D'autre part et surtout, il constitue un remède onéreux particulièrement dans les sociétés non cotées[818].

218. Bilan relatif à l'efficacité des palliatifs. Si l'ensemble de ces remèdes contribue à améliorer l'efficacité des obligations conventionnelles, ils ne constituent pour autant que des remèdes imparfaits et complexes dissuadant bien souvent les parties au contrat de recourir à de tels pactes[819] ou d'ester en justice en cas de leur violation. L'incertitude qui plane sur l'efficacité des clauses procédant à une susbtitution de sanction contribue à affaiblir l'attractivité des pactes d'actionnaires[820]. Pourtant, la liberté contractuelle consacrée par l'article 1134 du Code civil devrait permettre aux parties de déterminer librement les sanctions[821].

Plus encore, dès lors qu'elle ne remet pas en cause les principes généraux de droit des sociétés, tels que l'*affectio societatis*, la souveraineté des organes sociaux ou encore la libre

[818] Cet obstacle est néanmoins atténué dans les sociétés cotées dans lesquelles l'enjeu financier est tel que les parties préféreront se prémunir contre une inexécution du pacte quel qu'en soit le prix. Cependant, dans ces sociétés, ce remède est également peu utilisé. La raison réside dans le fait que, en devenant propriétaire, le fiduciaire risque de franchir les seuils de participation dans le capital et devra par suite déclarer le franchissement conformément aux dispositions légales. Or, par la conclusion des pactes, les parties recherchent souvent la discrétion. Aussi ces obligations de déclaration risquent-elles de troubler cet objectif. Plus encore, la fiducie peut conduire à lui faire franchir un seuil de contrôle obligeant le fiduciaire à déposer un projet d'offre public. Dans ce cas, la fiducie ne pourra pas non plus prospérer. En conséquence, la réglementation boursière contrarie le succès de ce remède.

[819] L'affirmation doit cependant être relativisée. V. O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 236, p. 206 : « *Paradoxalement, cette faiblesse* (concernant la force obligatoire des pactes d'actionnaires) *pourrait être l'une des raisons pour lesquelles les acteurs du marché acceptent de conclure de tels pactes : ils savent que si leurs objectifs à l'égard de la société venaient à évoluer, le juge ne pourrait pas les obliger à exécuter le pacte et donc à maintenir des objectifs qu'ils ne souhaitent plus poursuivre* ».

[820] L. Grosclaude, th. préc., p. 73.

[821] L. Grosclaude, th. préc., p. 58.

négociabilité des actions, et qu'elle respecte la liberté individuelle du contractant, l'exécution en nature des obligations conventionnelles doit être ordonnée par le juge même en l'absence de clause procédant à une substitution de sanction. Il est vrai que ces principes contrarient l'expansion de l'exécution forcée en nature, mais celle-ci peut néanmoins prétendre à l'accroissement de son champ d'application[822].

§2 L'EXPANSION DU PRINCIPE D'EXECUTION FORCEE EN NATURE DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

219. Traditionnellement, législateur et juges adoptent une attitude paradoxale : ils admettent la validité des aménagements conventionnels mais atténuent leur efficacité. Il n'est dès lors par surprenant qu'ils tentent progressivement de remédier à cette incohérence en rétablissant l'exécution forcée en nature à sa place de principe. D'une part, ils généralisent progressivement la sanction de la nullité (A). D'autre part, les magistrats consacrent la sanction de la substitution (B).

A- LA GÉNÉRALISATION DE LA NULLITÉ

220. La nullité : une exécution forcée en nature. En ce qu'elle permet d'opérer un retour à la situation antérieure à l'acte constitutif de la violation de l'obligation, la nullité est souvent suffisante à satisfaire le créancier. Ainsi, la nullité de la cession intervenue en violation des obligations d'agrément, d'inaliénabilité, de plafonnement ou de non agression, de même que la nullité d'une délibération sociale constitutive d'une violation d'une clause statutaire, permettent de satisfaire pleinement l'associé victime de l'inexécution[823]. La nullité peut donc être assimilée à une exécution forcée en nature puisque, par son prononcé, le créancier obtient la prestation attendue et non un équivalent monétaire. Ce que recherche le créancier au travers de

[822] Depuis longtemps, la Cour de cassation accepte de prononcer l'exécution forcée de l'obligation de non-concurrence dont est tenu l'associé et, par conséquent, le créancier peut demander, sur le fondement de l'article 1143 du Code civil, la fermeture du fonds concurrent. V. Cass. civ. 21 février 1862, *DP* 1862, 1, p. 185 ; Cass. com. 23 avril 1985, *Bull. civ*. IV, n° 123 ; Cass. com., 26 octobre 1993, *RJDA* 1994, n° 240, CA Bordeaux, 11 décembre 2007, *Dr. soc*. 2008, comm. 115, note M.-L. Coquelet : « *la stipulation de dommages et intérêts en cas de non respect de l'interdiction de réinstallation ne fait donc pas obstacle à ce que le créancier de l'obligation poursuive l'exécution de la convention, nonobstant l'absence de disposition contractuelle l'y autorisant expressément* ».

[823] O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 219, p. 195.

ces différentes obligations, c'est que le débiteur ne cède pas ses actions ou n'augmente pas sa participation. La nullité permet précisément d'obtenir ce résultat. Toutefois, si la nullité est aujourd'hui largement consacrée lorsqu'elle porte sur un acte non social[824] (1), législateur et jurisprudence demeurent plus hostiles à l'admettre lorsqu'elle a pour objet une délibération sociale (2).

1- La nullité des actes autres que sociaux

221. Consécration partielle législative. Afin de renforcer l'efficacité des obligations conventionnelles, notamment celles portant sur les cessions de droit sociaux, le rapport Marini[825] préconisait une intervention législative autorisant l'annulation par le juge des actes accomplis en méconnaissance des pactes d'associé. Si le législateur n'a pas répondu à l'ensemble de ces vœux, il a toutefois accordé une place plus conséquente à la nullité comme sanction de la violation de certaines dispositions statutaires contractuelles. En 1994, lors de la création de la société par actions simplifiée, celui-ci avait d'ores et déjà anticipé les revendications et prescrit que « *toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle* »[826]. Dès lors, peu important la nature de la clause figurant dans cette société, son efficacité est pleinement garantie[827]. La consécration légale de l'exécution forcée en nature dans cette société justifie d'autant plus son succès auprès des praticiens[828].

---

[824] A l'instar de Madame Laurence Bornhauser-Mistrani dans son article « La violation d'une clause statutaire », *LPA*, 8 avril 1998, n° 42, p. 11, nous désignons par « acte autre que social », l'acte conclu entre des associés entre eux ou entre un associé et un tiers. A l'inverse, nous désignons par « acte social », tout acte pris par la société et plus précisément par un organe de celle-ci (assemblée générale, dirigeants, conseil d'administration).

[825] P. Marini, *La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1996.

[826] Article L. 227-15 du Code de commerce.

[827] L. Grosclaude, th. préc., p. 95 : à suivre l'auteur, il est possible de conférer à la disposition une portée plus restrictive et considérer que ne sont concernées que les clauses d'agrément et d'inaliénabilité, c'est-à-dire les obligations expressément prévues par la loi dans les deux textes précédents. Toutefois, l'auteur, lui-même, relativise de suite cette intérprétation. La référence dans la disposition légale aux « clauses statutaires » en général permet d'adopter une interprétation plus extensive et ainsi d'étendre la sanction prévue légalement à toutes les obligations. En revanche, précise l'auteur, le terme « cession » exclut la possibilité de prononcer la nullité pour la violation de toutes les dispositions statutaires dont la violation ne se traduirait pas par une cession.

[828] B. Dondero, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », *Bull. Joly soc.* 2008, p. 245 : la clause contractuelle insérée dans les statuts de la SAS a donc davantage d'efficacité que la clause insérée dans un pacte extra-statutaire.

Incité par le rapport Marini à poursuivre son œuvre[829], le législateur a prévu ultérieurement pour la société anonyme que « *toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle* »[830]. Privilégiant auparavant les sanctions de dommages et intérêts et d'inopposabilité[831] sur la nullité[832], les juges ont l'obligation désormais de prononcer cette dernière[833] sans requérir du bénéficiaire qu'il démontre préalablement la mauvaise foi du tiers acquéreur.

222. Généralisation jurisprudentielle de la nullité. Hors ces hypothèses légales, les juges sont réticents à admettre la nullité de l'acte constitutif de la violation de l'obligation[834]. En effet, la cession n'étant pas considérée comme un acte ou une délibération sociale[835], les nullités consacrées par le droit des sociétés ne sont pas applicables. C'est alors le droit commun qui a vocation à prendre le relais. Pour cette raison, les juges acceptent, en principe, de prononcer la nullité lorsque la cession procède d'une collusion frauduleuse entre le cédant, débiteur de l'obligation, et le tiers acquéreur. La fraude suppose d'établir la mauvaise foi du tiers. S'agissant des clauses octroyant un droit de préférence ou de préemption, la jurisprudence fait preuve d'une rigueur accrue puisqu'elle exige du bénéficiaire qu'il démontre, d'une part, que le tiers complice de la violation de la clause avait connaissance de la clause de préférence ou de préemption et,

[829] L. Grosclaude, th. préc., p. 95 : après la consécration légale de la nullité dans la SAS, l'auteur se demandait justement quel pouvait être son influence sur les autres sociétés et si l'on ne pouvait pas, par analogie, l'appliquer aux autres sociétés. Toutefois, en l'absence de disposition légale expresse, cette expansion semblait d'ores et déjà compromise. Aussi le législateur, en consacrant la nullité comme sanction des seules clauses d'agrément dans la SA a-t-il confirmé cette analyse.

[830] Article L. 228-23 du Code de commerce issu de la Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998.

[831] V. par exemple CA Versailles, 29 septembre 1994, *RJDA* 1995, n° 30 ; H. Le Nabasque avec le concours de G. Terrier, art. préc., spéc. p. 26 : avant 1a loi de 1998, seuls des dommages et intérêts et l'inopposabilité de la société étaient, en principe, ordonnés.

[832] La nullité était exceptionnellement ordonnée par la jurisprudence (v. par exemple CA Colmar, 30 janvier 1970, *Rev. soc*. 1970, p. 299, note P. Nocquet). Elle acceptait, cependant, plus volontiers de la prononcer dans le cas d'une cession intervenue en fraude de la clause d'agrément. V. Cass. com., 27 juin 1989, *Bull. civ*. IV, n° 209 ; *Bull. Joly soc*. 1989, p. 815, note P. Le Cannu.

[833] Il s'agit d'une nullité relative, seuls la société ou les actionnaires sont en droit de la solliciter. V. Cass. com., 14 décembre 2004, *RJDA* 2005, n° 387.

[834] V. *supra*, n° 200 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 341, p. 273 ; H. Le Nabasque avec le concours de G. Terrier, art. préc., spéc. p. 26 : « *la seule autorité des statuts, sans l'ordre de la loi, est techniquement insuffisante pour entraîner une telle sanction* » ; J.-J. Daigre et M. Sentilles-Dupont, art. préc., p. 11-12.

[835] J.-P. Legros, art. préc., n° 42 ; L. Bornhauser-Mitrani, « La violation d'une clause statutaire », *LPA*, 8 avril 1998, n° 42, p. 11, spéc. p. 16.

d'autre part, qu'il avait connaissance de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir[836]. Cette seconde condition n'est toutefois pas exigée s'agissant de la promesse ou de la clause d'inaliénabilité[837]. Par conséquent, pour obtenir la nullité consécutive à leur violation, elle se contente d'exiger la seule preuve de la connaissance du pacte[838]. Cette différence de régime se justifie par le fait que, concernant la préférence, le tiers peut toujours penser que le bénéficiaire a, entre temps, renoncé à se prévaloir de la préférence[839]. Pour cette raison, la seule connaissance de l'existence de l'obligation ne suffit pas à supposer sa violation[840].

223. Appréciation critique. La nullité apparaît incontestablement comme une sanction opportune. Plus conforme au principe de la force obligatoire que la sanction consistant dans l'octroi de dommages et intérêts, elle permet, la plupart du temps, de satisfaire le créancier de l'obligation et la société. En effet, par le retour des actions dans le patrimoine du débiteur, elle répare le préjudice subi par l'associé créancier et constitue à ce titre une sanction plus efficace que celle de l'inopposabilité[841]. En outre, en empêchant la venue de nouveaux contractants indésirables, la nullité préserve l'*intuitus personae* indispensable au bon fonctionnement de la société. Enfin, pour certains auteurs[842], la nullité permet de concilier les partisans de la stabilité et ceux de la fluidité du capital. Alors que les premiers plaident pour l'insertion de telles clauses, et donc préconisent une sanction efficace de celles-ci, les seconds prônent la libre disposition des actions et, par suite, la libre révocation du promettant. Aussi la nullité constitue-t-elle un compromis satisfaisant entre la substitution souhaitée par les premiers et les dommages et intérêts

---

[836] Cass. com., 7 mars 1989, aff. Schwich et Baizeau, *JCP E*, II, 15617, note Y. Reinhard. La solution est ancienne et constante. V. Cass. req., 15 avril 1902, *DP* 1903, 1, p. 38 ; Cass. civ. 3e, 22 avril 1976, *Bull. civ*. III, n° 165, p. 129 ; Cass. civ. 3e, 26 octobre 1982, *Bull. civ*. III, n° 208 ; *Gaz. Pal*. 1983, 1, pan. p. 156, note J. Dupichot.

[837] T. Favario, « La clause statutaire d'inaliénabilité », *Bull. Joly soc*. 2010, §21, p. 100, spéc. p. 104 : la publicité de la clause d'inaliénabilité rend *ipso facto* l'acquéreur de mauvaise foi et la fraude se trouve ainsi caractérisée. Partant, l'inopposabilité comme la nullité sont toutes deux envisageables comme sanctions de la violation d'une telle clause. Toutefois, la nullité serait, de toute manière, encourue sur le fondement de l'article 900-1 du Code civil. V. H. Le Nabasque avec le concours de G. Terrier, art. préc., spéc. p. 26.

[838] V. par exemple Cass. civ., 28 août 1940, *D*. 1940, p. 103 ; Cass. req. 30 octobre 1911, *D*. 1916, p. 5.

[839] Pour une analyse approchante, v. O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 223, p. 198 : « *L'exigence de cette double preuve reposerait sur l'idée que le créancier d'un droit de préférence ne bénéficierait que d'un droit éventuel de se porter acquéreur. Ce droit dépendrait de la volonté du débiteur de céder la chose, objet du droit de préférence, etdes conditions du projet de cession* ».

[840] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 312, p. 256-257 : « *La sécurité et la rapidité des transactions s'opposent classiquement à ce que pèse sur le tiers une obligation de vérifier que le promettant a bien notifié le projet de cession* ».

[841] T. Favario, art. préc., spéc. p. 104.

[842] E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 316, p. 316.

promus par les seconds. Partant, sa généralisation par le législateur est souhaitable et permettrait ainsi la consécration d'une sanction efficace unique pour l'ensemble des clauses limitant la libre disposition des actions[843]. Pour cette raison, Monsieur Laurent Grosclaude propose d'adjoindre un alinéa aux textes sur la nullité qui disposerait que « *tout engagement contracté ou toute délibération adoptée contrairement à une convention préalable engageant un ou plusieurs associés à une obligation de faire ou de ne pas faire, pourra être annulé si les statuts ou la convention le prévoient. La nullité n'est toutefois encourue que si le contractant ou l'organe délibérant avait connaissance de la convention violée. Elle n'est pas opposable aux tiers de bonne foi* »[844]. Si cette proposition doit être approuvée, il ne semble cependant pas nécessaire de requérir des parties qu'elles stipulent expressément cette exécution forcée en nature. La seule force obligatoire du contrat légitime en effet son prononcé sans qu'aucune manifestation de volonté ne soit nécessaire. Le juge doit donc la privilégier dès lors que la mauvaise foi du tiers se trouve caractérisée.

224. On comprendra alors qu'elle doive également être prononcée lorsque l'objet de la violation n'est plus une cession mais une délibération sociale.

2- La nullité des délibérations sociales

225. Les fondements proposés. Bien que la nullité soit l'apanage des dispositions légales impératives[845], plusieurs fondements s'offrent à la jurisprudence pour élargir le domaine des nullités et sanctionner ainsi efficacement la violation des statuts par la collectivité des associés.

Une première solution consisterait à dire que le terme « loi » employé à l'article L. 235-1 du Code de commerce doit être appréhendé au sens large et recouvre non seulement la loi étatique mais, également, la loi des parties. Dès lors, par application de l'article 1134 du Code civil qui donne force obligatoire au contrat, la nullité doit pouvoir être prononcée comme

[843] E. Chvika, th. préc., n° 315, p. 315 ; M.-B. Salgado, « Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes », *Dr. soc*. 2003, chron. 3, p. 5, spéc. p. 8 : la finalité des clauses de préemption et d'agrément étant la même, contrôler la cession des titres aux tiers, rien ne justifie d'en différencier la sanction.
[844] L. Grosclaude, th. préc., p. 504.
[845] Le législateur français n'est pas le seul à avoir favorisé la sanction des dispositions légales sur la sanction des dispositions contractuelles. Le législateur portugais par exemple a fait de même. V. J.-F. Aveiro Pereira, *Le juge et les décisions collectives d'actionnaires des sociétés anonymes, Etude de droit comparé européen*, thèse Paris I, 2008, n° 79, p. 76.

sanction de la violation des dispositions contractuelles des statuts[846]. Toutefois, il apparaît difficile d'adopter un tel raisonnement pour une double raison. D'une part, il semble impossible de parler de « loi des parties » pour désigner les statuts étant donné qu'une grande partie des dispositions constitue la reprise de dispositions légales. Par conséquent, l'on se trouverait dans la situation absurde où une disposition légale non voulue impérative par le législateur changerait de nature pour en devenir une par son intégration dans les statuts[847]. D'autre part, l'ensemble des stipulations du contrat étant obligatoires pour les parties, toutes revêtiraient un caractère impératif. La nécessité d'une disposition impérative pour le prononcé de la nullité n'aurait alors aucun sens[848].

Une deuxième solution consisterait à admettre le défaut de consentement de la société. En effet, le législateur permet parfois aux parties de prévoir dans les statuts une majorité plus élevée que celle légalement fixée. Le raisonnement est alors le suivant : le consentement n'est pas recherché en la personne de chaque associé mais en celle de la société elle-même. Dès lors, la violation de la règle de majorité convenue par les parties signerait l'absence de consentement de la société[849]. La nullité pour défaut de consentement pourrait alors être prononcée. Si le raisonnement mené est cohérent, il ne permet de résoudre que partiellement le probléme posé. Seule la violation des règles de majorité contractuelles se trouve sanctionnée par la nullité, laissant subsister la question de l'exécution forcée en nature de la violation des autres stipulations contractuelles.

Une troisième solution consisterait, sur le fondement de l'article L. 235-1, alinéa 1, du Code de commerce, à considérer que la violation des statuts aboutit à une modification implicite et indirecte des statuts. Or, cette modification ne relève pas de la compétence de l'assemblée ordinaire mais de celle de l'assemblée extraordinaire. Partant, en procédant à cette modification, l'assemblée ordinaire réalise en réalité un excès de pouvoir[850]. Si séduisante qu'elle soit, cette solution semble cependant inopérante. De deux choses l'une en effet. Soit la violation des statuts est le fait de quelques associés seulement et ne saurait alors être considérée comme une volonté

---

[846] Y. Guyon, v° Assemblée d'actionnaires, in *Rép. soc*., Dalloz, 2002, n° 262 ; J. Mestre et D. Velardocchio, Lamy Sociétés commerciales, 2011, n° 2698 ; S. Schiller, « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Rev. soc*. 2011, p. 331, spéc. p. 335.
[847] L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 13.
[848] V. *supra*, n° 200.
[849] L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 13.
[850] S. Schiller, v° Pactes d'actionnaires, in *Rép. soc*., Dalloz, 2006, n° 159 ; L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 15.

commune de changer les statuts. Soit la violation des statuts est bien la résultante d'une volonté collective des associés, mais, dans ce cas, la décision devrait être validée en dépit de l'irrespect du formalisme légal[851]. Par conséquent, dans les deux hypothèses, l'article L. 235-1, alinéa 1, du Code de commerce n'a pas vocation à s'appliquer[852].

Enfin, la fraude et l'abus de droit pourraient eux aussi être invoqués. Toutefois, ces deux moyens se révèlent insuffisants. Tout d'abord, la première suppose de prouver que la violation constitue bien une manœuvre pour contourner la règle obligatoire. Or, s'agissant d'un élément intentionnel la preuve se révèle toujours difficile à rapporter. Ensuite, le second suppose de caractériser la contrariété à l'intérêt social, élément constitutif de l'abus en droit des sociétés. Or, toute violation qui porte préjudice à un associé ne porte pas nécessairement préjudice à la société elle-même. Dans cette hypothèse, l'associé n'obtiendra donc pas systématiquement la nullité de la délibération. Par conséquent, ces deux remèdes apparaissent également lacunaires à garantir la force obligatoire des statuts.

226. La motivation jurisprudentielle retenue. Si la jurisprudence avait implicitement admis la nullité d'une délibération pour violation d'une clause statutaire par la collectivité des associés, elle n'en avait toutefois pas indiqué le fondement. Dans un arrêt du 18 mai 2010[853], la Cour de cassation choisit une autre voie que celles préconisées par la doctrine. Commençant par rappeler les termes de l'article 235-1, alinéa 2, du Code de commerce qui subordonne la nullité à la violation d'une disposition impérative du livre II du même Code ou des lois qui régissent les contrats, elle étend la sanction de la nullité aux décisions prises par la collectivité en violation des dispositions des statuts ou du règlement intérieur qui aménagent conventionnellement une règle impérative[854]. Le nouveau système semble être le suivant : la nullité peut toujours être prononcée lorsque la clause des statuts reproduit une disposition légale. Elle peut désormais l'être aussi

[851] En ce sens, v. Cass. civ. 1ère, 22 novembre 1994, pourvoi n° 92-21792 ; *Bull. Joly soc.* 1995, § 44, p. 169, note B. Saintourens.
[852] L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 15.
[853] Cass. com., 18 mai 2010, *Bull. civ.* IV, n° 93 ; *D.* 2010, actu p. 1345, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly soc.* 2010, § 136, p. 651, obs. H. Le Nabasque ; *D. aff.* 2010, n° 1562, p. 26, obs. A. Couret et B. Dondero.
[854] Cette solution revient finalement à consacrer la proposition qui consiste à permettre le prononcé de la nullité en cas de violation d'une clause qui se situe dans le prolongement d'une disposition légale impérative. V. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 5e éd. Montchrestien, 2013, n° 467. Cette solution a d'ailleurs été confirmée pour les sociétés civiles. V. Cass. com., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-15238 ; *D.* 2013, p. 834, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2013, 1289, note B. Dondero.

lorsque la clause statutaire violée aménage une disposition impérative. En revanche, elle demeure exclue lorsque la clause violée a une origine purement contractuelle.

227. Appréciation critique. De prime abord, la solution doit être approuvée en ce qu'elle ouvre une brèche dans le système étroit des nullités. En effet, s'il apparaît opportun de limiter les hypothèses de nullités de la société, l'existence même de la société étant en cause[855], il n'en est pas de même des délibérations et actes sociaux pour lesquels la nullité perturbe peu le fonctionnement de la personne morale[856]. La nullité apparaît alors comme la sanction la plus adaptée à une telle violation[857]. En outre, la solution a le mérite d'être conforme au texte de loi[858]. Ainsi, la solution permet de concilier le principe de légalité avec celui de la force obligatoire[859].

Toutefois, la formule employée n'est pas si claire qu'elle n'y paraît[860]. Notamment, qu'advient-il des dispositions laissant toute lattitude aux statuts ? Ces dispositions sont, en effet, nombreuses particulièrement dans la société par actions simplifiée. Par exemple, doit-on considérer que l'article L. 227-5 du Code de commerce qui dispose que « *les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* » est couvert par le nouveau tempérament jurisprudentiel[861] ? Il est peu probable que ce dernier les inclut en raison de l'absence de disposition impérative ouvrant la voie à un aménagement contractuel[862]. Par conséquent, la nécessité d'identifier au préalable une disposition légale impérative limite considérablement la portée du tempérament consacré par la jurisprudence[863]. Il en résulte l'existence d'un paradoxe. Alors que le législateur montrait sa volonté dans ces sociétés contractuelles d'élargir le domaine traditionnel de la nullité[864], la consécration jurisprudentielle de ce tempérament confère à la

[855] M. Azavant, « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Rev. soc.* 2003, p. 442, spéc. p. 442.
[856] D. Grillet-Ponton, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Rev. soc*. 1984, p. 259, spéc. p. 260.
[857] J.-P. Legros, « La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? », *Dr. soc*. avril 1991, chron. p. 1, spéc. p. 1.
[858] A. Lienhard, note sous Cass. com., 18 mai 2010, *D*. 2010, actu, p. 1345.
[859] J.-P. Legros, art. préc., spéc. p. 1 : « *Le dilemme se résume ainsi : soit le texte est suivi à la lettre, mais les statuts peuvent être méconnus sans conséquence, soit la nullité est prononcée, mais alors la loi n'est plus respectée* ».
[860] H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 18 mai 2010, *Bull. Joly soc*. 2010, § 136, p. 651, spéc. p. 653.
[861] A. Lienhard, note préc. ; A. Couret et B. Dondero, note sous Cass. com., 18 mai 2010, *D. aff*. 2010, n° 1562, p. 26, spéc. p. 28.
[862] L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 94 : « *par définition, une disposition statutaire suppose le jeu d'une règle supplétive et non impérative* ».
[863] H. Le Nabasque, note préc.
[864] L. Grosclaude, th. préc., p. 57.

nullité une place moins importante que dans les autres sociétés plus « institutionnelles »[865]. Il semble pour autant difficile pour la jurisprudence, sans aboutir à une solution *contra legem*, d'étendre davantage le système de nullités. Seule une intervention législative permettrait de restaurer véritablement la force obligatoire des obligations purement contractuelles[866]. Partant, l'on doit approuver la proposition tendant à la réécriture des articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1, alinéa 2, du Code de commerce de la manière suivante : « *la nullité des actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative intéressant le fonctionnement de la société ou de celles qui régissent les contrats* » et à l'ajout d'un troisième alinéa qui serait rédigé en ces termes : « *la nullité des actes ou délibérations autres que ceux visés au premier alinéa peut également résulter de la violation des dispositions statutaires expressément autorisées par la présente loi* »[867]. Cette proposition permettrait non seulement d'élargir la nullité à la violation des dispositions issues de tous les textes légaux ou réglementaires, mais également de sanctionner la violation des dispositions contractuelles.

228. La généralisation de la nullité au mépris d'une lecture littérale des textes légaux montre la volonté jurisprudentielle de privilégier l'exécution forcée en nature sur l'exécution par équivalent en droit des sociétés. La consécration récente de la substitution conforte cette évolution.

B- LA CONSÉCRATION DE LA SUBSTITUTION

229. Consécration prétorienne. La nullité ne permet pas toujours de réparer pleinement les conséquences de la violation de l'obligation contractuelle. En effet, en ce qui concerne certaines clauses telles les clauses de préemption, de préférence ou de sortie commune prioritaire,

[865] L. Grosclaude, th. préc., p. 90 : l'auteur dénonçait déjà ce paradoxe. En effet, en raison de ses dispositions essentiellement contractuelles, la SAS se trouvait quasiment hors du champ d'application du système de nullités mis en place par le législateur de 1966.
[866] M. Azavant, « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Rev. soc*. 2003, p. 442, spéc. p. 477 : « *l'impuissance du droit commun à sanctionner l'intégralité des irrégularités qui mériteraient de l'être, devraient constituer un signal pour l'intervention du législateur, tout comme la sollicitation excessive des mécanismes généraux du droit commun devrait attirer l'attention sur les besoins insatisfaits par la loi spéciale* ».
[867] L. Grosclaude, th. préc., p. 504.

la nullité prend alors la forme d'une sanction intermédiaire entre l'exécution forcée par équivalent et l'exécution forcée en nature[868]. En réalité, seule la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur permet de satisfaire le créancier et de respecter pleinement la force obligatoire de l'obligation. En effet, en contractant un tel pacte, le bénéficiaire cherche à devenir propriétaire, ce que ne lui permet pas le prononcé de la seule nullité[869]. Cependant, si les juridictions du fond[870] se montraient favorables à sa consécration, la Cour de cassation[871] refusait formellement d'y procéder. Seule était admise la nullité de la vente en cas de collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers obtenue dans des conditions rigoureuses. Toutefois, opérant un revirement jurisprudentiel considérable et consacrant ainsi la proposition du rapport Marini[872], la Cour de cassation semble avoir enfin franchi le pas et admis la substitution à titre de sanction de la violation d'une obligation de faire[873]. Certes, la solution concernait la vente d'un immeuble mais rien ne s'oppose à sa transposition en matière de cession de droits sociaux[874]. Dans cette hypothèse, l'on peut penser que le juge pourra pallier le refus du cédant de transmettre un ordre de virement à son teneur de compte conservateur (qui permet l'inscription des titres au compte de

---

[868] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 348, p. 228 : la nullité « *constitue en quelque sorte qu'une première étape, insuffisante à assurer la remise des droits sociaux convoités entre les mains du bénéficiaire* ».

[869] O. Dexant-de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012, préf. H. Synvet, n° 219, p. 195 : « *Le bénéficiaire d'un pacte de préférence ou d'une promesse de vente ne se contentera pas de l'annulation de la cession des titres au tiers acquéreur. La demande en nullité de la cession aura en effet généralement pour objectif d'obtenir la cession des titres à son profit* ».

[870] CA Paris, 23 juin 1987, *Bull. Joly soc*. 1987, p. 701, § 288 ; CA Paris, 14 mars 1990, *Bull. Joly soc.* 1990, p. 353 ; CA Lyon, 15 novembre 1990, *RJDA* 1992, p. 3, chron. B. Mercadal et P. Janin, « Sanction des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires ».

[871] Cass. com., 7 mars 1989, *Bull. civ*. IV, n° 79 ; *Bull. Joly soc*. 1989, p. 430, § 153 ; *D.* 1989, p. 231 concl. M. Jéol ; Rev. soc. 1989, p. 481, note L. Faugerolas. Cette solution s'inscrit dans une jurisprudence traditionnelle. V. Cass. civ., 4 mai 1957, *Bull. civ.* I, n° 197. Une doctrine minoritaire prétend que la solution admet implicitement la possibilité d'opérer une substitution en cas de collusion frauduleuse. V. A. Viandier et J.-J. Caussain, note sous Cass. com., 7 mars 1989, *JCP E* 1989, II, 15517 ; L. Faugerolas, note sous Cass. com., 7 mars 1989, *Rev. soc*. 1989, p. 481 ; G. Goffaux, *Du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, éd. L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2008, préf. J.-P. Gastaud, n° 434, p. 305. Egalement, il faut signaler un arrêt de la chambre commerciale du 7 janvier 2004, pourvoi n° 00-11692 ; *Bull. Joly soc*. 2004, p. 509, note H. Le Nabasque : dans cet arrêt, seule la nullité de la cession frauduleuse a été ordonnée. Toutefois, la solution pouvait se justifier par le fait que les plaideurs ne demandaient pas la substitution.

[872] P. Marini, *La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1996, p. 68 : le rapport préconise d'autoriser légalement le juge à recourir à la substitution lorsque les titres ne sont pas cotés sur un marché réglementé, mais en conservant la possibilité pour le juge de l'écarter dès lors que des circonstances particulières la rendraient inopportune.

[873] Cass. mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-19376, *Bull. mixte*, n° 4, p. 13; *JCP G* 2006, II, 10042, note L. Leveneur ; *JCP G* 2006, I, 176, obs. J. Ghestin ; *D*. 2006, p. 1861, note T. Gautier et D. Mainguy ; *RDC* 2006, 1080, obs. D. Mazeaud ; *Bull. Joly soc*. 2006, p. 1072, note H. Lécuyer ; *RTD civ*. 2007, p. 366, obs. T. Gauthier, *RDC* 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud.

[874] H. Lécuyer, « Pacte de préférence : retour en grâce ? », *Dr. soc*. 2006, repère 7, p. 1 ; G. Goffaux, th. préc., n° 436, p. 308.

l'acquéreur et donc le transfert de propriété) par une décision valant ordre de virement à l'expiration d'un certain délai[875].

230. Conditions. La substitution répond cependant à des conditions drastiques. Par analogie avec l'obtention de la nullité, la jurisprudence exige la connaissance par le tiers du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. S'agissant de la première condition, elle sera particulièrement difficile à démontrer dans les sociétés cotées en raison de l'anonymat qui caractérise le marché boursier et qui empêche le cessionnaire de connaître la provenance des titres qu'il acquiert[876]. La preuve suppose donc que la cession ne soit pas anonyme. Dans cette hypothèse, l'on concède que la publication des statuts puisse permettre de faire présumer la connaissance du pacte par le tiers[877]. Toutefois, cette publication est en principe inefficace à démontrer l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir[878]. En effet, en raison de sa nature psychologique et de la présomption de bonne foi du tiers, la preuve de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir de la préférence se révèle encore plus difficile à rapporter. Or, les deux conditions étant cumulatives, il devient impossible en pratique de prouver la fraude du tiers. Aussi certains auteurs ont-ils proposé d'assouplir les conditions et de limiter la preuve à la seule connaissance du pacte[879].

Malgré ces difficultés, la substitution a bel et bien été admise et appliquée moins d'un an après[880]. D'une part, la Cour de cassation semble faire preuve d'indulgence dans l'appréciation des conditions. En l'espèce, si la connaissance du pacte par le tiers était bien établie, la preuve de

---

[875] O. Dexant-de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012, préf. H. Synvet, n° 221, p. 197.

[876] O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 225, p. 199 ; S. Prat, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec, 1992, préf. A. Viandier, n°470, p. 299.

[877] B. Dondero, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », *Bull. Joly soc.* 2008, p. 245 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 339, p. 272-273 : la publication du pacte dans les statuts permet, en outre, de protéger efficacement la société. En effet, les statuts étant opposables de plein droit à la société, le tiers acquéreur ne peut pas se prévaloir de sa qualité d'associé à l'égard de la société. Toutefois, la cession demeure valable entre les parties sauf à ce que le cessionnaire demande la résolution de la cession.

[878] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 356, p. 232 ; A. Mignon-Colombet, L'exécution forcée en droit des sociétés, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 341, p. 273 : « *la nécessité de prouver la fraude du tiers permet d'affirmer que, sous certains aspects, le droit de préemption n'est pas beaucoup plus efficace lorsqu'il figure dans les statuts* ».

[879] O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 224, p. 198-199 ; L. Godon, th. préc., n° 358, p. 233.

[880] Cass. civ. 3e, 31 janvier 2007, pourvoi n° 05-21071, *Bull. civ.* III, n° 16 ; Cass. civ. 3e, 14 février 2007, pourvoi n° 05-21814, *Bull. civ.* III, n° 25 ; *D.* 2007, AJ 657 ; *JCP E* 2007, 1615, note H. Lécuyer ; *Defr.* 2007, 1048, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2007, p. 741, note G. Viney.

l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir était plus douteuse[881]. En réalité, les éléments de fait pris en considération par le juge ne démontraient pas de manière certaine la connaissance du tiers sur l'intention du bénéficiaire. La Cour de cassation semble donc se contenter d'une « potentielle » connaissance. D'autre part, la doctrine estime que lorsque le tiers acquéreur est déjà associé de la société, la jurisprudence sera encline à présumer sa connaissance du pacte ainsi que l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir[882].

231. Appréciation critique. La solution ainsi consacrée doit être approuvée. En effet, tous les arguments invoqués en sa défaveur se révèlent peu convaincants[883].

En premier lieu, on a fait valoir que la substitution ne pouvait pas être prononcée en raison de l'absence de fondement textuel le permettant. L'argument semble *a priori* d'autant plus recevable que l'article 1142 du Code civil applicable aux obligations de faire ne fait mention que de dommages et intérêts. Or, d'une part, pas davantage que la substitution, l'annulation de la cession frauduleuse n'est mentionnée dans un texte légal[884]. Le principe de la réparation adéquate permet de fonder tant la nullité que la substitution. La Cour de cassation a en effet admis la possibilité pour les juges de fond en l'absence de texte légal de prononcer le mode de réparation le plus adapté au préjudice subi[885]. D'autre part, l'article 1142 du Code civil n'a *a priori* pas vocation à s'appliquer à cette hypothèse. Tout d'abord, son domaine se trouve cantonné aux seules obligations éminemment personnelles. Or l'exécution forcée en nature, matérialisée par la

---

[881] Cass. civ. 3e, 14 février 2007, pourvoi n° 05-21814, *Bull. civ*. III, n° 25 ; *D*. 2007, AJ 657 ; *JCP E* 2007, 1615, note H. Lécuyer ; *RDC* 2007, p. 741, note G. Viney : la preuve de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir reposait en l'espèce sur le fait que le tiers acquéreur avait eu connaissance de la procédure judiciaire au cours de laquelle le bénéficiaire avait exprimé sa volonté d'acquérir le bien. Mais, rien dans la solution ne permet de dire que le bénéficiaire avait effectivement eu connaissance de ce qui avait été dit dans la procédure et avait même la possibilité de le savoir.

[882] S. Schiller, art. préc., n° 164 ; G. Parléani, art. préc., spec. p. 21.

[883] S. Prat, th. préc., n° 455 et s., p. 289 et s.

[884] En ce sens, v. F. Collart-Dutilleul, note sous Cass. mixte, 26 mai 2006, *RDC* 2006, p. 1131 : « *la fraude corrompt tout et justifie des sanctions qui sont moins guidées par la cohérence théorique que par la gravité de la transgression d'une valeur sociale éminente. C'est là que se situe le véritable fondement de la double sanction* ».

[885] Cass. civ. 1ère, 12 juin 1954, *D*. 1954, p. 588 ; *JCP G* 1954, II, 8225 : la Cour de cassation affirme que, concernant la violation d'un pacte de préférence, les juges du fond « *ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi et qu'en l'absence de texte l'édictant, l'annulation de la vente critiquée n'est pour eux qu'une faculté et non une obligation* ». Ce principe de la réparation adéquate est clairement rappelé par l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 avril 1969, *Bull. civ*. III, n° 182. Aussi apparaît-il cohérent d'admettre, par analogie, qu'ils puissent également, en l'absence de fondement textuel, ordonner la substitution dès lors qu'elle constitue la sanction la plus appropriée ; en ce sens, v. J. Bonnard, « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés », in *Mél. M. Jeantin*, 1999, p. 139, spéc. p. 148 et s. ; L. Grosclaude, th. préc., p. 191.

substitution, ne requiert aucune qualité personnelle du débiteur. Pour autant, certains prétendront que l'exécution forcée porte bien atteinte à une liberté fondamentale : celle de contracter[886]. L'argument n'est irréfutable qu'à la condition de considérer que la préférence constitue bien une obligation de faire. Pourtant, une telle affirmation ne relève pas de l'évidence. La préférence ou la préemption semble en réalité revêtir une nature hybride. Plutôt qu'une obligation de faire, elle s'apparente davantage à une obligation de donner[887]. La préférence ou la préemption peut être assimilée à une obligation de transmettre la propriété accompagnée d'une « espèce » de condition suspensive qui consiste à manifester sa volonté de vendre. Dès lors, par la vente au tiers, le promettant a d'ores et déjà manifesté sa volonté de vendre ce qui permet de faire jouer la préemption[888]. Cette analyse s'expose cependant à une double critique. D'abord, la condition ne peut pas en principe porter sur un élément essentiel du contrat[889]. Ensuite, admettre que la manifestation de l'intention du promettant de vendre soit érigée en condition-modalité revient à admettre la reconnaissance d'une condition purement potestative, en principe, nulle. En réalité, le caractère nécessairement adventice d'une condition-modalité empêche de retenir la qualification de condition purement potestative. Inhérente à la situation, le pacte de préférence ou de préemption revêt plutôt la nature d'un droit potestatif[890]. Cette analyse n'est pour autant pas incompatible avec la qualification d'une obligation de donner. Dès lors qu'il a usé de son droit, c'est-à-dire a manifesté sa volonté de vendre à l'égard du bénéficiaire lui-même ou d'un tiers, l'obligation latente de transférer la propriété au bénéficiaire devient effective. Par conséquent, la

---

[886] Pour certains auteurs, l'annulation de la cession au tiers aurait pour effet d'anéantir la volonté de céder du débiteur et il ne serait donc pas possible de le contraindre à réitérer sa volonté. Or, ainsi que le souligne Madame Olympe Dexant-de Bailliencourt (th. préc., 2012, préf. H. Synvet, n° 221, p. 196), « *l'existence d'un projet de cession oblige le débiteur du droit de préférence à proposer ses titres à son créancier, et l'acceptation de cette offre par le créancier suffit à former la cession. En cédant ses titres à un tiers sans les proposer au bénéficiaire du pacte, le débiteur viole son obligation. Or, l'annulation de la cession à un tiers de mauvaise foi n'anéantit pas la volonté du débiteur du pacte de céder ses titres* ».

[887] M. Jeantin, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 149, spéc. p. 163 ; Y. Reinhard, note sous Cass. com., 7 mars 1989, *JCP G* 1989, II, 21316 ; A. Lebois, note sous Cass. civ. 3e, 27 mars 2008, *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13, spéc. p. 16 : l'auteur confirme la nature controversée de l'obligation du promettant et conteste même sa nature d'obligation.

[888] En ce sens, v. CA Paris, 14 mars 1990, aff. La cinq SA, *Bull. Joly soc*. 1990, p. 353 et p. 325, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 1990, p. 413, note Y. Reinhard ; *JCP E* 1990, II, 15784, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RJC* 1990, p. 256, note C. Goyet ; CA Lyon, 15 novembre 1990, *Bull. Joly soc*. 1991, p. 54 ; L. Godon, th. préc., n° 361, p. 235 ; S. Prat, th. préc., n° 466, p. 297.

[889] F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1219.

[890] *Ibid*. : « *Il ne s'agit pas d'un engagement qui serait soumis à une condition purement potestative, donc nulle mais d'un droit par essence potestatif, en ce sens que la décision de vendre ou non, donc de donner prise au droit de préférence reconnu au bénéficiaire, appartient discrétionnairement au promettant* ».

substitution admise en matière de préemption légale doit logiquement être généralisée aux obligations conventionnelles.

En deuxième lieu, on a fait valoir qu'autoriser judiciairement la substitution implique successivement l'anéantissement du premier contrat frauduleux et la création d'un nouveau contrat entre le bénéficiaire et le débiteur[891]. Or, l'article 1591 du Code civil exige la détermination du prix comme condition de validité de la vente. Dès lors, l'absence d'un prix convenu par les parties peut constituer un obstacle à son prononcé. Deux hypothèses sont alors envisageables. Soit les parties au pacte de préemption ont d'ores et déjà prévu que le prix auquel s'exercerait la préférence serait celui convenu entre le candidat à la cession et le tiers acquéreur ou fonction de celui-ci, auquel cas le prix est bien déterminé et la substitution peut opérer. Soit les parties au pacte ont prévu que le prix résulterait d'une négociation ou d'un expert choisi d'un commun accord, auquel cas le prix ne pourrait pas être déterminé et la substitution serait *a priori* compromise[892]. Il n'est pourtant pas impossible d'imaginer que même dans ce cas, et si le débiteur persiste à refuser de négocier, le juge puisse procéder lui-même à la fixation du prix ou avoir recours à un expert pour sa détermination.

En troisième lieu, enfin, certains relèvent l'incompatibilité des sanctions de nullité et de substitution : la nullité du contrat rend nécessairement impossible la substitution laquelle a pour objet un contrat qui, à proprement parler, n'existe plus[893]. En effet, deux analyses sont possibles. Soit l'on considère que la substitution se réalise sur le contrat frauduleux lui-même. Aucune annulation n'a alors lieu. Dans ce cas, le substitué se trouvera tenu de manière analogue au substituant. Or, le droit des contrats est peu enclin à autoriser l'éviction du tiers acquéreur sans remise en cause du contrat[894]. En effet, il n'est pas toujours possible ou opportun de soumettre le substitué à ces conditions. Certaines clauses sont jugées déterminantes du consentement et imposent de ce fait une annulation au moins partielle du contrat. Partant, cette analyse de l'opération compromet dans une certaine mesure la substitution. Soit l'on considère que la substitution implique bien la nullité d'un contrat auquel succède un nouveau contrat. Il ne s'agit alors pas d'une substitution de personne mais d'une substitution de contrat réalisée judiciairement qui rétablit la compatibilité entre nullité et substitution. On est alors en présence d'une novation :

[891] S. Prat, th. préc., n°455 et s., p. 289 et s.
[892] S. Prat, th. préc., n° 455 et s., p. 289 et s.
[893] En ce sens, v. F. Collart-Dutilleul, note sous Cass. mixte, 26 mai 2006, *RDC* 2006, p. 1131 ; A. Paulin, note sous Cass. mixte, 26 mai 2006, *LPA*, 11 janvier 2007, n° 9, p. 13, spéc. p. 17.
[894] F. Collart-Dutilleul, note préc.

les parties à l'acte changent, le promettant est tenu à l'égard d'un autre et les obligations principales du premier contrat demeurent, mais les modalités sont susceptibles d'être modifiées. On est en présence d'un nouveau contrat qui permet de fixer des conditions différentes du premier et, dès lors, les difficultés rencontrées pour la première analyse ne se retrouvent pas dans celle-là.

232. Par conséquent, l'intervention combinée du législateur et de la jurisprudence accroît le domaine de l'exécution forcée en nature. Parce que la nullité et la substitution permettent de satisfaire pleinement le créancier de l'obligation et renforcent ainsi la force obligatoire du contrat, elle doit être privilégiée.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

233. En droit commun des contrats, la primauté est en principe accordée à l'exécution forcée en nature qui apparaît comme le corollaire de la force obligatoire du contrat. L'exécution forcée par équivalent n'est prononcée que lorsqu'il existe une impossibilité juridique ou matérielle.

En droit des sociétés, cette exécution forcée en nature est d'autant plus nécessaire en raison de la multiplicité des intérêts mis en jeu par la société. L'exécution des obligations favorise la réalisation de l'objet social et garantit l'efficacité durable de la société et, pour cette raison, l'exécution forcée en nature doit être privilégiée. Par conséquent, il n'est pas surprenant que, en droit des sociétés, législateur et jurisprudence la consacrent comme sanction de principe des obligations légales communes ou spéciales. Ce n'est que lorsque ces dernières impliquent des qualités personnelles ou mettent en jeu une liberté fondamentale que, par exception et par application de l'article 1142 du Code civil, l'exécution par équivalent est prononcée. Or, cette hypothèse ne vise en réalité que les obligations auxquelles sont tenus les apporteurs en industrie et les coopérateurs.

En revanche, concernant les obligations d'origine conventionnelle, l'exécution forcée en nature, bien qu'opportune, a du mal à s'imposer. Le principe de la liberté contractuelle, la relativité des conventions ou encore le régime restrictif des nullités sont autant d'obstacles à son application. Toutefois, législateur et jurisprudence tentent progressivement de rétablir l'efficacité de ces obligations de nature conventionnelle. En effet, *via* la généralisation de la nullité et la consécration de la substitution, le domaine de l'exécution forcée en nature s'accroît et favorise le regain d'intérêt pour les pactes d'actionnaires.

Partant, la scission entre ces deux catégories d'obligations, légales et conventionnelles, tend à s'atténuer pour laisser place à un régime de sanctions plus unifié édifié à l'aune de la conception volontariste de la force obligatoire.

CHAPITRE 2

LA RESILIATION CONTRACTUELLE

234. La résiliation, corollaire de la force obligatoire du contrat. Paradoxalement, la résiliation ou la résolution[895] qui génère la disparition du contrat est consubstantielle de la force obligatoire. Elle permet en effet de sanctionner le débiteur qui n'a pas correctement exécuté ses obligations. Le créancier dispose ainsi d'une alternative[896]. Plutôt que de requérir l'exécution forcée, il peut solliciter l'anéantissement du contrat pour réparer l'atteinte portée à la force obligatoire[897]. La résiliation n'est donc qu'un instrument parmi d'autres de préservation de la volonté des parties.

235. Force obligatoire et résiliation judiciaire. Traditionnellement, en droit commun des contrats, la résiliation constitue l'apanage judiciaire. C'est au juge qu'il revient en principe de constater non seulement la réalité de l'inexécution contractuelle mais également d'apprécier l'opportunité de la sanction[898]. Elle se justifie, d'une part, par le refus de la justice privée. De crainte que le créancier ne se délie trop facilement de son engagement, le législateur a érigé le juge en gardien de l'irrévocabilité contractuelle, corollaire de la force obligatoire du contrat. Cette intervention judiciaire est d'autant plus nécessaire qu'elle permet, d'autre part, de prendre en considération les conséquences de la résiliation. Le juge ne se contente pas de vérifier que le

---

[895] La résiliation, propre aux contrats à exécution successive, s'oppose à la résolution par son effet non rétroactif. Or, aussi bien le contrat de société que le contrat d'apport constituent des contrats successifs, ce qui justifie qu'en matière de société on parle de résiliation. Pour une distinction nuancée, v. cependant R. Wintgen, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC* 2006, p. 543 et s. ; J. Ghestin, « Effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 203.

[896] L'article 1184, alinéa 2, du Code civil dispose que « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ».

[897] Sur le lien qui unit la résolution ou résiliation à la force obligatoire, v. not. T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur : la résolution du contrat *« ne se présente-t-elle pas comme un paradoxe ? La résolution sanctionne la force obligatoire du contrat… en la détruisant. Elle permet à un contractant de se retirer d'un pacte définitif. L'explication, pourtant, est facile à première vue : il ne peut être question que la force obligatoire se retourne contre elle-même. Le contrat fonctionnerait véritablement comme un piège, si l'on ne pouvait en être délié alors que l'autre partie ne l'a pas respecté* » ; n° 364, p. 263 : « *sa fonction pénale, est susceptible, particulièrement lorsqu'une clause résolutoire est insérée, de constituer un allié précieux de la force obligatoire* » ; n° 368, p. 265 : elle « *doit être vue comme un serviteur très efficace de la justice contractuelle comme de la force obligatoire* ».

[898] En ce sens, v. C. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 71, spéc. p. 74.

débiteur a failli à ses obligations et que la sanction se révèle ainsi justifiée. Plus encore, il apprécie son opportunité eu égard à l'ensemble des intérêts mis en jeu par le contrat[899]. En somme, ce n'est que lorsque les autres remèdes se révèlent insuffisants à sauvegarder la force obligatoire du contrat que le juge est amené à la prononcer.

236. Force obligatoire et résiliation unilatérale. Si le principe de la résiliation judiciaire demeure, le droit commun développe concurremment un principe de résiliation extra-judiciaire par simple notification[900]. Ce dernier permet au créancier de mettre fin unilatéralement au contrat en cas de comportement grave de son débiteur. A l'instar de la résiliation judiciaire, la résiliation unilatérale permet de restaurer la force obligatoire du contrat[901]. Plus dangereuse car susceptible d'une utilisation abusive par le créancier, la résiliation unilatérale est appréciée pour son pragmatisme. Elle permet de pallier les inconvénients inhérents à la décision judiciaire. A la fois longue et coûteuse, la résolution judiciaire nuit à la bonne marche des affaires. C'est dire que,

[899] Si le contrat n'a force obligatoire qu'entre les parties elles-mêmes, le contrat est opposable aux tiers lesquels peuvent donc avoir un intérêt à sa poursuite. V. P. Didier, « L'effet relatif », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 187 : « *si on peut considérer que le contrat forme une petite société, celle-ci est nécessairement une société ouverte. Le tiers peut y être convié ou à l'inverse s'y inviter. De même s'il paraît difficile d'exclure un membre, certains peuvent très bien la quitter volontairement. Dans tous les cas, l'existence du contrat ne se ramène pas aux rapports entre les parties. Le contrat crée nécessairement des rapports avec les tiers* ».

[900] V. not. C. Jamin, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot pourri introductif », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 3, spéc. p. 6.

[901] Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 449, p. 486 ; R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, p. 114 ; Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 180 et s. p. 258 et s. ; *Contra* : F. Eudier, « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 225, spéc. p. 242 : « *La récente déjudiciarisation de la résolution du contrat porte atteinte au principe de la force obligatoire des conventions* » ; J. Antoine, « Les pouvoirs de sanction du cocontractant défaillant, Approche comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *LPA*, 7 octobre 2002, n° 200, p. 4, spéc. p. 7.

simple de mise en œuvre et peu onéreuse[902], la résiliation extra-judiciaire devrait être consacrée par le législateur[903].

237. Application dualiste de la résiliation au contrat de société. Qu'elle soit judiciaire ou non, la résiliation s'impose comme l'un des remèdes institués par le droit commun pour corriger de manière définitive l'atteinte portée à la force obligatoire. Même si elle ne constitue pas le remède privilégié, son opportunité n'est guère contestée. Aussi peut-on s'étonner de prime abord que législateur et jurisprudence, en matière de société, se montrent tout particulièrement réticents à son exploitation.

Au vrai, l'opportunité de recourir à une telle sanction diffère selon que l'on est en présence du contrat de société *stricto sensu* ou du contrat d'apport qui lui est sous-jacent. En effet, si l'influence du droit commun est indéniable, la résiliation étant connue des deux contrats (SECTION 1), elle mériterait d'être davantage développée concernant le contrat d'apport (SECTION 2).

SECTION 1 UNE INFLUENCE PATENTE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

238. Alors que l'influence du droit commun des contrats se manifestait déjà à l'origine du Code civil par la faculté légale reconnue aux parties de résilier le contrat de société en cas d'inexécution par un associé de ses obligations (§1), la jurisprudence a accru cette influence en généralisant la validité des clauses d'exclusion qui permettent à la société de mettre fin au contrat d'apport souscrit par l'associé défaillant (§2).

---

[902] C. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 71, spéc. p. 76 ; P. Ancel, « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 103, spéc. p. 112 : « *Cet élargissement considérable de la résolution unilatérale semble irréversible. Il est dans l'air du temps et correspond sans doute à une approche du contrat plus teintée d'efficacité économique que de moralisme : il paraît aujourd'hui rationnel de permettre au créancier de sortir au plus vite du contrat pour réallouer ailleurs ses ressources* ».

[903] D. Tallon, « L'article 1184 du Code civil, un texte à rénover ? », in *Clés pour le siècle*, 2000, p. 253 et s. : la résiliation extra-judiciaire est consacrée par les projets de droit international et de droit européen : art. 7.3.1 et 7.3.2 des principes d'Unidroit et art. 8. 106 3° des PEDC.

§1 LA CONSECRATION LEGALE DE LA RESILIATION JUDICIAIRE DU CONTRAT DE SOCIETE

239. A l'instar du droit commun des contrats, les associés disposent en théorie de la faculté légale de solliciter du juge la résiliation du contrat de société pour inexécution d'une obligation par un coassocié (A). Cependant, cette faculté ne sera en pratique que rarement mise en oeuvre (B).

A- UNE INFLUENCE THEORIQUE CERTAINE

240. Si le législateur a offert aux associés la possibilité de dissoudre la société en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle par l'un d'entre eux, il n'est pas certain qu'il eût été utile d'instituer un fondement textuel spécifique (1), d'autant que l'étude des conditions de mise en œuvre révèle d'importantes similitudes avec le droit commun des contrats (2).

1- La remise en cause de l'intérêt d'un fondement textuel autonome

241. La dualité des fondements textuels. En droit commun des contrats, l'article 1184 du Code civil consacre la possibilité pour un créancier de requérir du juge la résolution du contrat pour inexécution d'un engagement[904] par son débiteur. En parallèle, en droit des sociétés, l'article 1844-7-5° du Code civil offre à un associé la possibilité de demander en justice la dissolution de la société pour inexécution d'une obligation par un autre associé. Or, sur le plan juridique, la dissolution de la société a les mêmes effets que la résiliation du contrat instituée pour les contrats à exécution successive : il est mis fin pour l'avenir aux relations entre les associés. Partant, cette disposition semble de prime abord ne constituer que la réplique exacte de l'article 1184 du Code

[904] Le terme « engagement » désigne ici une obligation. Sur la polysémie de l'engagement, v. *supra*, n° 95.

civil[905]. La consécration de la résiliation judiciaire du contrat par le droit commun ne rend-elle pas inutile la disposition spécifique ? Est-on en présence d'une redondance volontaire[906] ?

A bien les analyser, ces deux dispositions font cependant apparaître des différences non négligeables quant à leur domaine d'application. Si le droit commun a vocation à recouvrir un champ plus large, il n'est pas pour autant certain qu'en l'absence de disposition spéciale, il puisse s'y substituer et s'appliquer au contrat de société lui-même.

242. L'article 1184 du Code civil : un domaine *a priori* réservé. A la lecture de l'article 1184 du Code civil, la résolution est circonscrite aux seuls contrats synallagmatiques. Or, ce dernier se définit comme le contrat dans lequel les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Pour cette raison, les contrats unilatéraux devraient être soustraits à son application. La jurisprudence a pourtant accepté depuis longtemps de dépasser cette lecture littérale pour les intégrer dans son domaine[907]. La solution se justifie d'un point de vue juridique. En effet, bien que non synallagmatiques par nature, ces contrats unilatéraux révèlent parfois une « situation synallagmatique » [908]. Dans ces contrats, comme dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation du débiteur réside en réalité dans l'objet de l'obligation du créancier[909]. Par exemple, la cause de l'obligation de la caution réside dans l'avantage que le créancier octroie au débiteur en contrepartie de la garantie de paiement. En somme, c'est la disparition de la cause de

---

[905] Pour la doctrine classique, v. A. Boistel, *Précis de droit commercial*, 2e éd., Paris, 1878, n° 376 ; L. Renault et C. Lyon-Caen, *Précis de droit commercial*, T. 1, Paris, 1884, n° 590 ; C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, T. 1, 5e éd., Paris, 1918, n° 184. Pour la doctrine contemporaine, v. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26e éd., Litec, 2013, n° 479 ; A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 850, p. 569 ; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 140.

[906] Comme le *mutuus dissensus*, la résolution du contrat de société pour inexécution était connue en droit romain. Là encore, en réalité, le contrat de société a précédé le droit commun mais sa consécration expresse est intervenue ultérieurement. V. R. Cassin, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD civ*. 1945, p. 159, spéc. p. 162.

[907] V. par exemple CA Paris, 29 juin 1893, *DP* 1894, 2, p. 437 ; T. civ. Seine, 17 octobre 1928, *DP* 1929, 2, p. 141 ; Cass. civ. 1ère, 14 mars 1979, *Bull. civ*. I, n° 92. En réalité, la question de l'application de l'article 1184 du Code civil aux contrats unilatéraux se pose rarement car, hormis les hypothèses du cautionnement et du commodat, le législateur a prévu des textes spéciaux pour sanctionner le créancier qui a mal accompli la prestation promise. V. T. Genicon, th. préc., n° 262, p. 194-195.

[908] T. Genicon, th. préc., n° 261, p. 194 ; M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement*, LGDJ, 2011, préf. D. Houtcieff.

[909] Cass. com., 8 novembre 1972, *Bull. civ*. IV, n° 278, *D*. 1973, 753, note P. Malaurie, *Gaz. Pal*. 1973, 1, p. 143, note D. Martin.

l'obligation engendrée par l'inexécution contractuelle qui justifie le prononcé de la résolution du contrat sur le fondement de l'article 1184 du Code civil[910].

243. L'extension envisageable de l'article 1184 au contrat de société. Peut-on alors aller au-delà et suggérer l'extension de son application au contrat de société lui-même ? Si la société est bel et bien un contrat, on ne saurait l'intégrer dans la catégorie des contrats synallagmatiques[911] pas plus que dans la catégorie des contrats unilatéraux. En effet, dans le contrat de société, les associés ne s'engagent pas les uns contre les autres mais s'engagent ensemble pour la réalisation d'un but commun. Dès lors, à la différence des contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation des associés ne réside pas dans une obligation corrélative à la charge des associés mais dans l'existence de l'entreprise commune[912]. Aussi la jurisprudence ne devrait-elle pas pouvoir prononcer la résiliation du contrat de société pour inexécution[913].

Pourtant, à bien y réfléchir, il n'est pas impossible de considérer que l'inexécution des engagements d'un associé puisse lui aussi priver de cause l'engagement des autres associés. Dans le contrat de société, l'engagement de l'associé a pour cause l'espérance de création collective de richesses *via* la mise en commun des apports[914]. Or, l'associé qui n'accomplit pas ses obligations

---

[910] Si elle n'est pas son fondement exclusif, la cause constitue le fondement principal de la résolution. V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 644 et 647.

[911] F. Chénedé, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi, n° 298, p. 280 ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 529, p. 433 ; R. Libchaber, « La société, contrat spécial », in *Mél. M. Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 281, spéc. p. 285 ; G. Rouhette, « Contrat », in *Encyclopedia Universalis*, Corpus, Paris, 2002, p. 383, spéc. p. 386 ; *Contra* : M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1101 : « *La résolution du contrat pour inexécution des obligations de l'une des parties doit jouer en matière de société comme dans tous les contrats synallagmatiques (art. 1184 Civ.)* » ; A. Bougnoux, *Fasc. 30-10 : Dissolution des sociétés*, in *J-Cl soc*. 2006, n° 94 ; L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 21, p. 23 ; v. également M. Michalauskas, *L'association*, thèse Paris I, 2003, n° 146, p. 209 : « *Le contrat d'association est bien un contrat synallagmatique, c'est-à-dire celui où les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres (article 1102 du c. civ.)* ».

[912] V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 259, p. 226 ; F. Chénedé, th. préc., n° 299, p. 281.

[913] M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 529, p. 434 ; F. Chénedé, th. préc., n° 313, p. 296-297.

[914] F. Chénedé, th. préc., n° 299, p. 281 : « *ce qu'un associé reçoit en contrepartie de son apport, ce n'est pas l'apport des autres associés. Ce qu'il reçoit en contrepartie de sa participation dans la société, c'est une place dans la collectivité. Plus techniquement, ce qu'il reçoit c'est un droit qui lui donne vocation à recevoir une partie des bénéfices réalisés par la société : la part sociale ou l'action. Voilà pour quoi l'associé s'oblige. Voilà la cause de son obligation : il s'engage à apporter quelque chose pour percevoir une part des profits engendrés par la*

peut contribuer à affecter le fonctionnement normal de la société et donc entraver la réalisation de l'objectif commun recherché. Aussi peut-on affirmer que l'inexécution d'un associé risque d'entraîner la disparition de la cause de l'engagement des autres associés[915]. Ce raisonnement est corroboré implicitement par la jurisprudence. En effet, dans une des rares décisions en la matière, la Cour d'appel a accepté de prononcer la dissolution de la société non pas en raison de la seule inexécution de l'obligation de l'associé mais parce que celle-ci entravait la réalisation de l'objet social et donc la cause de l'obligation des associés[916]. C'est pourquoi, à l'instar des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux « à vocation synallagmatique », la cause est bien susceptible de constituer le fondement de la résiliation du contrat de société[917].

Par ailleurs, la résolution n'est pas fondée exclusivement sur la cause[918]. Elle se justifie également par la volonté de sanctionner le débiteur qui, par une mauvaise exécution de ses obligations, a porté atteinte à la force obligatoire du contrat. Peu importe alors que l'inexécution n'ait pas suffi à faire disparaître la cause de l'obligation dès lors qu'une partie du contrat en souffre[919]. La résolution doit ainsi pouvoir jouer quelle que soit la nature du contrat. Il n'est donc pas surprenant que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription prévoie justement la suppression de la condition du caractère synallagmatique du contrat dans son article consacré à la résolution[920].

---

société » ; P. Pont, Explication du Code Napoléon, T. VII, *Sociétés civiles et commerciales*, Paris, Delamotte, 1872, n° 12, p. 13.

[915] En ce sens, v. A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 852, p. 571-572 ; *Contra* : M. Buchberger, th. préc., n° 529, p. 434.

[916] CA Paris, 30 octobre 1992, *RTD com.* 1993, p. 106, obs. C. Champaud et D. Danet.

[917] F. Chénedé, th. préc., n° 315, p. 298 : il y a disparition de la cause non pas « *comme dans les contrats-échange, lorsque l'une des parties n'exécute pas son obligation, mais lorsque la finalité pour laquelle a été créé le groupement ne peut plus être atteinte* ».

[918] R. Cassin, art. préc., spéc. p. 168.

[919] T. Genicon, th. préc., n° 260, p. 194 : « *La fonction de garantie ou la fonction pénale peuvent aisément parvenir à justifier une résolution que la seule théorie de la cause serait impuissante à expliquer* » ; n° 260, p. 193 : « *la résolution étant essentiellement un instrument pratique, elle doit pouvoir jouer à chaque fois que le besoin s'en fait ressentir* ».

[920] L'article 1158, alinéa 1, de l'avant-projet est rédigé de la manière suivante : « *Dans tout contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix ou de poursuivre l'exécution de l'engagement ou de provoquer la résolution du contrat ou de réclamer des dommages et intérêts, lesquels peuvent le cas échéant s'ajouter à l'exécution ou à la résolution* ». Pour certains auteurs, cette nouvelle rédaction qui élargit le champ d'application de la résolution à tous les contrats manifeste la remise en cause de ses fondements traditionnels. V. P. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., Litec, 2012, n° 524.

244. En conséquence, on peut douter de l'intérêt de faire coexister les deux dispositions d'autant que la lecture comparative des articles 1844-7-5° et 1184 du Code civil fait apparaître des similitudes dans les conditions de mise en œuvre.

2- La concordance des conditions de droit commun des contrats et de droit des sociétés

245. L'indifférence de la nature de l'obligation inexécutée. En droit commun des contrats, l'article 1184 du Code civil subordonne la mise en œuvre de la résiliation à l'inexécution de « l'engagement » par une partie au contrat sans plus de précision. De même, l'article 1844-7-5° du Code civil se contente de mentionner l'inexécution d' « une obligation » par un associé pour pouvoir solliciter la dissolution de la société. A première vue, la nature de l'obligation inexécutée importe peu. Aussi toute obligation, qu'elle soit légale ou conventionnelle, monétaire ou en nature, doit-elle en principe permettre d'intenter l'action en résiliation. Cette interprétation se révèle conforme à la force obligatoire qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble du contrat et implique donc que toute obligation inexécutée puisse être sanctionnée, y compris lorsqu'elles ne sont qu'accessoires[921].

Toutefois, concernant la société, on peut se demander si certaines obligations n'échappent pas au domaine de l'anéantissement pour inexécution. En effet, l'article 1832 du Code civil ne fait référence qu'à deux types d'obligation : l'apport et la contribution aux pertes. Par conséquent, ne doit-on pas combiner ces deux textes et admettre que seule l'inexécution de l'obligation d'apport et de l'obligation de contribuer aux pertes est susceptible d'entraîner la dissolution de la société ? *A priori*, cette interprétation doit être rejetée. En premier lieu, le texte de l'article 1844-7-5° du Code civil ne précise pas les obligations concernées, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. En deuxième lieu, l'interprétation jurisprudentielle extensive de la notion d' « engagement » au sens de l'article 1836 du Code civil[922] conduit, en toute logique, à penser qu'il faille en faire de même pour toutes les autres dispositions. Cela d'autant que l'article 1844-7-5° du Code civil vise les obligations au pluriel. En conséquence, sont incluses dans son champ d'application toutes les obligations principales et

[921] R. Cassin, art. préc., spéc. p. 173.
[922] V. *supra*, n° 110 et s.

légales mais également les obligations accessoires, d'origine conventionnelle et celles découlant de la bonne foi ou de l'*affectio societatis*[923].

246. La prise en considération du degré de gravité du manquement. Toutefois, si le législateur, tant en droit commun des contrats qu'en droit des sociétés, semble indifférent vis-à-vis de la nature de l'obligation inexécutée, il n'en est pas de même concernant l'importance de l'inexécution. Il semble que, d'une commune exigence, le manquement doive être suffisamment grave pour conduire à l'anéantissement du contrat.

En droit commun des contrats, si cette exigence n'apparaît pas formellement dans le texte, elle est requise de manière constante par la jurisprudence et appréciée souverainement par les juges du fond[924]. La gravité se révèle nécessaire et légitime. D'abord, elle se justifie au travers du fondement traditionnel de la résolution : la cause. En effet, seul un manquement grave peut entraîner la disparition de la cause objective du contractant. Ensuite et surtout, elle découle naturellement de l'exigence de bonne foi. Le créancier qui se prévaut d'un manquement dérisoire pour obtenir l'anéantissement du contrat agit incontestablement de mauvaise foi. Pour autant, cela ne signifie pas qu'une demande fondée sur une inexécution partielle soit nécessairement rejetée par le juge[925]. On préfère ainsi une approche pragmatique et judiciaire du manquement à une approche dogmatique[926]. Trois facteurs sont ainsi pris en considération : le constat de la perte d'utilité du contrat, le souhait de punir le débiteur défaillant et, enfin, la volonté de prémunir le créancier d'un préjudice irrémédiable. Ces éléments peuvent être constatés cumulativement. Sans se contenter d'apprécier l'adéquation de la résolution au manquement, le juge va également évaluer les conséquences de la résolution. Tous les intérêts vont être appréciés. Or, débiteur et tiers ont souvent intérêt à la survie du contrat. Dès lors, l'intérêt du créancier entre en

[923] L. Grosclaude, th. préc., p. 317 : de l'*affectio societatis* découle des « *obligations de coopération, de loyauté et éventuellement de non-concurrence ou de non-dénigrement* ».
[924] V. par exemple Cass. civ., 14 avril 1891, *GAJC*, 11e éd., n° 176 ; *DP* 1891, 1, p. 329, note M. Planiol ; Cass. com., 27 mai 1981, *Bull. civ*. IV, n° 252, Cass. civ. 3e, 22 mars 1983, *Bull. civ*. III, n° 84 ; Cass. civ. 1ère, 15 juillet 1999, *Bull. civ*. I, n° 245 ; Cass. soc., 15 mars 2005, *Bull. civ*. V, n° 91.
[925] V. par exemple Cass. com., 2 juillet 1996, *Bull. civ*. IV, n° 198, *JCP G* 1996, I, 3983, n° 14, obs. C. Jamin : « *en réservant la résolution d'un contrat synallagmatique aux seuls cas d'inexécution totale par l'une des parties de ses obligations, alors qu'une telle résolution peut être prononcée par le juge en cas d'inexécution partielle dès lors qu'elle porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat, la cour d'appel qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé le texte susvisé par refus d'application* » ; Cass. com., 27 mai 1981, *Bull. civ*. IV, n° 252 : « *Mais attendu qu'il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si l'inexécution de certaines des obligations relevant d'un contrat synallagmatique présente une gravité suffisante pour en justifier la résolution ou la résiliation* ».
[926] T. Genicon, th. préc., n° 370, p. 267-268.

concurrence avec l'intérêt social et, plus largement, avec l'intérêt général[927]. Ainsi, en conformité avec l'esprit du législateur, la prise en considération de l'intérêt du contrat entrave-t-elle souvent le prononcé de la résiliation[928].

En droit des sociétés, cette condition afférente à l'importance du manquement n'apparaît pas non plus formellement dans le texte. Elle ressort cependant des décisions jurisprudentielles. En effet, bien que le législateur ne l'ait cantonnée qu'à l'hypothèse de la mésentente, la jurisprudence subordonne l'application de l'article 1844-7-5° du Code civil à la paralysie de la société[929]. Il ne fait donc aucun doute que la gravité constitue une condition *sine qua non* de la résiliation[930]. Cette exigence se trouve, là encore, justifiée à plus d'un titre. D'une part, sur un plan théorique, la gravité de l'inexécution est induite par le fondement traditionnel de la résolution. La cause de l'obligation des associés qui consiste dans la satisfaction de l'intérêt commun ne peut être compromise que par une inexécution contractuelle grave[931]. D'autre part, sur un plan pratique, l'exigence de gravité se comprend d'autant plus qu'elle permet de limiter les disparitions de société, toujours fort dommageables au regard de ses nombreuses relations contractuelles[932]. Ce choix traduit, incontestablement et légitimement, la volonté de préserver l'existence du contrat tant que cela demeure possible. Le droit des sociétés est donc, là encore, en conformité avec le droit commun.

247. En définitive, la comparaison opérée entre les conditions de mise en œuvre de l'article 1184 du Code civil et de l'article 1844-7-5° du même Code conforte l'idée d'un

---

[927] R. Cassin, art. préc., spéc. p. 171 : « *le juge est investi de la mission de concilier, non seulement les intérêts des parties entre elles, mais la protection de celles-ci avec l'intérêt social* » ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin.T. Genicon, th. préc., n° 509, p. 362 : l'auteur cite deux décisions dans lesquelles les conséquences de la destruction du contrat sur les tiers ont été prises en considération par le juge pour refuser de prononcer la résolution ou résiliation du contrat (Cass. civ. 1ère, 15 avril 1986, *Bull. civ*. I, n° 84 ; *RTD civ*. 1987, p. 315, obs. J. Mestre et Cass. civ. 3e, 22 mars 1983, *Bull. civ*. III, n° 84 ; *Defr*. 1984, p. 296, obs. J.-L. Aubert) ;

[928] R. Cassin, *art. préc*., spéc. p. 161 : « *Le vœu évident de la loi est que le contrat soit sauvé autant que possible* ».

[929] M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1101 : « *Malgré ce fondement contractuel, il est en général estimé que la paralysie de la société prévue en cas de mésentente vaut pour tous les justes motifs* » ; v. CA Paris, 30 octobre 1992, *RTD com*. 1993, p. 106, obs. C. Champaud et D. Danet : en l'espèce, la Cour d'appel a accueilli la demande en dissolution uniquement parce que l'inexécution des obligations des majoritaires entravait la réalisation de l'objet social et donc l'accomplissement de l'intérêt commun. Cela démontre bien qu'elle subordonne la dissolution de la société à une condition supplémentaire, la paralysie de la société, bien que non exigée par le législateur.

[930] A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 856, p. 575.

[931] En ce sens, v. N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 52.

[932] C. Prieto, *La société contractante*, PUAM, 1994, préf. J. Mestre.

fondement spécifique superfétatoire. La critique est corroborée par le fait que la disposition connaît peu d'application pratique.

B- UNE INFLUENCE PRATIQUE LIMITEE

248. S'il est vrai que l'article 1844-7-5° du Code civil a pris pour modèle l'article 1184 du Code civil, la résiliation contractuelle, fortement sollicitée en droit commun[933], ne connaît guère le même succès en matière de société[934], particulièrement dans les sociétés de capitaux dans lesquelles le contrat prend une place moins importante[935].

En premier lieu, les parties elles-mêmes n'ont *a priori* que peu d'intérêt à recourir à cette disposition. En effet, si tout associé a la faculté de solliciter du juge la dissolution de la société, laissant ainsi la possibilité aux autres associés de recréer une société sans le membre défaillant, elle n'est cependant que rarement mise en œuvre. L'anéantissement suivi d'une reconstitution de la société étant une procédure à la fois longue et coûteuse[936], il apparaît plus opportun de maintenir la société et d'exercer d'autres sanctions plus dissuasives à l'encontre de l'associé défaillant, comme l'exclusion[937]. En outre, et conformément au droit commun, l'associé défaillant, qui pourrait y avoir intérêt, ne peut pas se prévaloir de son droit de demander la dissolution[938]. Cette solution est légitime. En effet, admettre la demande de l'associé fautif lui permettrait d'exercer un droit de résiliation unilatérale non conforme à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil en lui conférant un droit quasiment discrétionnaire de sortie. En outre, la qualification de juste motif de dissolution ne peut pas être retenue dès lors que c'est l'associé qui l'a fait naître[939].

---

[933] T. Genicon, th. préc., n° 364, p. 263.

[934] P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17e éd., Dalloz, 2014, n° 137 ; F. Chénedé, th. préc., n° 314, p. 297 : « *l'introduction de la résolution pour inexécution en matière de société fut pratiquement inutile* ».

[935] C. Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré, n° 695, p. 375.

[936] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 366, p. 237 ; M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 618, p. 257 ; J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc*. 1928, p. 1, spéc. p. 1.

[937] Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 49.

[938] R. Cassin, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD civ*. 1945, p. 159, spéc. p. 161 : « *seule la partie victime de l'inexécution de l'engagement a le droit de demander la résolution du contrat et peut obtenir des dommages et intérêts en cas de faute* ».

[939] L. Guillouard, *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2e éd., G. Pedone-Lauriel, 1892, n° 337 ; Cass. com., 16 juin 1992, pourvoi n° 90-18441 ; *Dr. soc*. 1992, comm., n° 177, note T. Bonneau ; *Contra* :

En second lieu, quand bien même un associé solliciterait du juge l'application de l'article 1844-7-5° du Code civil, sa demande n'aurait que peu de chance d'aboutir[940]. En effet, l'exigence prétorienne d'une paralysie de la société, appréciée rigoureusement par la jurisprudence, pour ordonner sa dissolution fait de la résiliation judiciaire un remède presque stérile ce qui conduit à lui préférer d'autres voies.

§2 LA GENERALISATION PRETORIENNE DE LA RESILIATION CONVENTIONNELLE DU CONTRAT D'APPORT

249. Bien qu'exploitées depuis longtemps dans différents groupements de droit privé, les clauses d'exclusion ont eu du mal à prospérer en matière de société. La jurisprudence témoignait son hostilité à leur égard. L'on peut s'en étonner dans une double mesure. D'une part, la licéité des clauses de retrait n'a suscité aucune controverse doctrinale ou jurisprudentielle alors qu'elles portent elles aussi atteinte au principe d'irrévocabilité du contrat d'apport[941]. D'autre part, si le législateur a consacré les clauses d'exclusion uniquement dans certaines sociétés[942], cela ne

---

CA Lyon, 18 mai 1923, *S.*, VII, II, 216 : si l'un des associés se refuse à agir dans l'intérêt de la société et forme une demande de dissolution, cette demande doit être accueillie, sauf le droit pour les autres associés d'obtenir contre lui des dommages et intérêts. Toutefois, la décision est ancienne et restée isolée.

[940] E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, p. 227, spéc. p. 232 : « *Les causes de dissolution classiques tenant au statut même de la société sont retenues le moins possible par une jurisprudence qui en craint le jeu automatique et qui, bien plus que le législateur, hésite de dissoudre une entreprise florissante* » et p. 229 : l'auteur restitue la pensée de Edmond Thaller : « *le juge ne peut et ne doit décider d'une dissolution de société que si les organismes sociaux sont dans l'incapacité de le faire eux-mêmes, le juge ne pouvant avoir qu'un rôle subsidiaire. C'est une position conservatrice juridiquement solide !* ».

[941] La licéité des clauses de retrait a moins fait l'objet de controverse alors qu'elles permettent à l'associé de rompre unilatéralement son contrat avant le terme. A suivre Monsieur Yannick Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 555, p. 624 : « *Cette différence s'explique, peut être, par le fait que le groupement subit un préjudice quantitativement moins important en cas de retrait par rapport à celui que subit un membre en cas d'exclusion* ». Cette analyse semble pertinente. En cas de mise en œuvre de la clause d'exclusion, l'associé perd simultanément le bénéfice du contrat d'apport et du contrat de société, alors qu'en cas de la mise en oeuvre de la clause de retrait, la société perd seulement le bénéfice d'un contrat d'apport parmi les autres et le contrat de société subsiste. Les conséquences de la mise en œuvre des ces deux clauses sont sans aucun doute d'importance inégale. Toutefois, l'affirmation doit être nuancée puisque le retrait d'un associé peut dans certaines circonstances mettre en péril la société, notamment lorsque la prestation dont il est tenu est nécessaire à la réalisation de l'objet social.

[942] Depuis longtemps, l'exclusion de l'associé est admise explicitement par le législateur dans les sociétés à capital variable (article L. 231-6, alinéa 2, du Code de commerce : « *Il peut être stipulé que l'assemblée générale a le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société* »). Progressivement, le législateur a étendu cette possibilité aux sociétés coopératives (article 7 de la Loi du 10 septembre 1947), aux sociétés d'exercice libéral sous réserve de l'existence d'un décret d'application. Toutefois, les décrets prévoient rarement la sanction car elle génère des conséquences graves pour

signifie pas pour autant qu'il ait souhaité les proscrire dans les autres[943]. Au demeurant, leur incontestable utilité[944] a finalement conduit la jurisprudence à les autoriser dans toutes les sociétés[945]. Cependant, le fondement retenu n'est pas clairement énoncé. Or, la recherche des fondements se révèle nécessaire tant pour asseoir leur légitimité que pour déterminer avec précision le régime qui leur est applicable. Deux fondements distincts d'inspiration contractuelle semblent conforter la validité des clauses d'exclusion : la liberté contractuelle (A) et le pouvoir disciplinaire (B).

A- LA LIBERTE CONTRACTUELLE

250. C'est d'abord en référence à la liberté contractuelle que la jurisprudence semble avoir reconnu la validité des clauses d'exclusion. Cela ne surprend guère dans la mesure où les clauses d'exclusion semblent s'identifier à de simples clauses résolutoires[946] dont la légalité ne

---

l'associé en compromettant l'exercice de sa profession. V. Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 49 ; v. cependant pour les avocats : article 28 et 30 du décret du 25 mars 1993 ; pour les notaires : articles 27 et 28 du décret du 13 janvier 1993), pour les sociétés par actions simplifiée (Loi du 3 janvier 1994) et enfin pour les sociétés européennes (L. 229-12 du Code de commerce).

[943] En ce sens, v. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 364, p. 237 ; B. Caillaud, *L'exclusion d'un associé*, thèse Paris, 1966, p. 239 ; Y. Pagnerre, th. préc., n° 560, p. 631 ; *Contra* : v. not. I. Sauget, *Le droit de retrait de l'associé*, Paris X, 1991, n° 223, p. 207 : « *Le législateur ne reconnaissant une faculté d'exclusion aux sociétés à capital fixe que dans certaines situations exceptionnelles, on peut raisonnablement déduire* a contrario, *qu'en dehors de ces cas limités, l'exclusion n'est pas possible* » ; A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, préf. F. Terré, n° 111, p. 111 ; R. Rodière, obs. sous CA Rouen, 8 février 1974, *Rev. soc*. 1974, p. 513.

[944] J. Lepargneur, obs. sous CA Caen, 11 avril 1927, *D*. 1928, 2, 65.

[945] CA Rennes, 3 juillet 1912, *Journ. soc*. 1913, p. 40 : « *Considérant que si, en principe, l'exclusion d'un associé n'est pas prévue par la loi, il est loisible aux associés de régler cette faculté dans le pacte social* ». La Cour de cassation l'a admis plus tardivement et de manière implicite. V. Cass. com., 13 décembre 1994, *Bull. Joly soc*. 1995, p. 152, note P. Le Cannu ; *JCP E* 1995, II, 705, note Y. Paclot ; *Rev. soc*. 1995, p. 298, note D. Randoux : dans cet arrêt, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé par la SA du journal le Midi Libre au motif « *qu'ayant relevé que les statuts de la société ne prévoyaient pas la possibilité d'exclure un actionnaire, la Cour d'appel a estimé à bon droit que la société du journal n'était pas fondée à ordonner la cession de ses actions détenues par les sociétés Etarci et SCPPLM* ». *A contrario*, il est donc possible d'en déduire qu'une clause expresse d'exclusion aurait été considérée comme licite. C'est en ce sens que se prononce le Rapport annuel de la Cour de cassation 1994, p. 342 ; Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ*. IV, n° 47 ; *D*. 2005, p. 839, obs. A. Lienhard ; *Rev. soc*. 2005, p. 618, note D. Randoux ; *RTD com*. 2005, p. 599, obs. A. Martin-Serf ; *Bull Joly soc*. 2005, p. 995, note P. Le Cannu : « *il est possible et licite de prévoir dans les statuts, qui constitue le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations, que le redressement judiciaire de l'un des associés lui fera perdre cette qualité* ». Cet arrêt marque bien la généralisation de la validité des clauses d'exclusion dans toutes les sociétés à l'exception des sociétés faisant appel public à l'épargne.

[946] P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 205, spéc. p. 208 ; M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 411 ; M. Buchberger, *Le contrat*

fait plus aucun doute en droit commun[947]. Elles en empruntent le régime tant concernant leur formation (1) que leur mise en oeuvre (2).

1- L'identité des conditions de formation de la clause résolutoire et de la clause d'exclusion

251. A l'instar des clauses résolutoires, les clauses d'exclusion impliquent en principe deux exigences pour leur formation : un accord de volonté (a) portant sur un objet déterminé (b).

a- Un accord de volonté

252. La validité des clauses résolutoires et des clauses d'exclusion repose avant tout sur l'accord de volonté dont elles ont fait l'objet.

253. Accord de volonté et principe d'irrévocabilité. En premier lieu, l'accord de volonté permet de concilier le principe d'irrévocabilité du contrat et celui de la rupture unilatérale pour inexécution. Traditionnellement, l'autonomie de la volonté des parties fonde la liberté contractuelle. L'absence de négociation ne retire pas à la clause son caractère conventionnel[948]. Dès lors, sous réserve de leur régularité[949], les clauses résolutoires permettent de rompre le lien contractuel. L'article 1134, alinéa 2, du Code civil évoque explicitement ce tempérament du principe d'irrévocabilité en disposant que les conventions « *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ». L'existence de ces dérogations démontre la portée depuis toujours relative de ce principe. La résiliation unilatérale conventionnelle figure incontestablement dans la liste des exceptions légales auxquelles

---

d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 393, p. 324 ; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 142 ; B. Caillaud, *L'exclusion d'un associé*, thèse Paris, 1966, p. 239 ; J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 7 ; N. Perez, th. préc., p. 7.

[947] La validité des clauses résolutoires en droit commun est incontestable depuis un arrêt de la chambre civile du 2 juillet 1860, *D*. 1860, I, p. 284.

[948] C. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze, n° 16, p. 22 : « *l'acceptation des clauses du contrat suppose, au premier chef qu'elles soient connues lors de sa conclusion. En revanche, elles ne nécessitent pas une acceptation spécifique, distincte de celle donnée au contrat. Il suffit que, par la connaissance qu'elles en ont, les parties aient intégré la clause dans le champ contractuel* »

[949] La clause résolutoire est prohibée par le droit de la consommation et soumise à certaines conditions de validité pour les baux.

renvoient « *les causes que la loi autorise* ». Elle peut même s'analyser en une sorte de *mutuus dissensus* anticipé. Par conséquent, le principe d'irrévocabilité ne permet de contester ni la validité des clauses résolutoires ni la validité des clauses d'exclusion.

254. Accord de volonté et droit de rester associé. En deuxième lieu, la stipulation d'une clause d'exclusion justifie l'atteinte portée au droit de rester associé. D'aucuns ont argué du droit contractuel de l'associé à demeurer dans la société pour contester la validité des clauses d'exclusion. L'associé disposerait d'un droit propre intangible de rester dans la société justifiant le refus de son exclusion[950]. Or, ce droit aurait justement pour fondement le droit commun des contrats. La société étant liée contractuellement à l'associé, celle-ci ne peut par volonté unilatérale résilier le contrat[951]. Pour certains auteurs, le fait que cette résiliation unilatérale trouve son origine dans un accord de volonté est indifférent[952]. Pourtant, fonder l'interdiction des clauses d'exclusion sur le droit commun n'est pas satisfaisant puisque même si le principe d'irrévocabilité se déduit de l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil, le second alinéa évoque l'existence d'exceptions. Partant, de la même manière qu'on admet la possibilité pour un contractant de renoncer par anticipation à se prévaloir du principe d'irrévocabilité, l'accord de l'associé donné dans les statuts[953] vaut renonciation à son droit de rester dans la société[954]. Edmond Thaller avait par ailleurs déjà annoncé le caractère relatif de ce droit : l'actionnaire aurait seulement « *un droit acquis à ne pas être exclu de la société sans son consentement* »[955].

---

[950] CA Paris, 26 mai 1989, *JCP E* 1990, II, 15677, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com*. 1989, p. 683, obs. Y. Reinhard ; A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, préf. F. Terré, n° 111, p. 111 ; D. Randoux, note sous Cass. com., 13 décembre 1994, *Rev. soc*. 1995, p. 298 ; Y. Pagnerre, th. préc., n° 555, p. 624 ; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, Seconde partie, La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences*, LGDJ, 1932, n° 174 ; I. Sauget, *Le droit de retrait de l'associé*, Paris X, 1991, n° 223, p. 211.

[951] P. Hoang, art. préc., spéc. p. 206.

[952] A. Viandier et J.-J. Caussain, note sous CA Reims, 24 avril 1989, *JCP E* 1990, II, 15677.

[953] Pour être valable, la clause doit figurer dans les statuts qui matérialisent le contrat de société et le contrat d'apport. V. Y. Pagnerre, th. préc., n° 568, p. 640-641 : « *Ayant pour effet de briser le lien qui unit le membre au groupement, la clause d'exclusion n'est licite que si elle est inscrite dans les statuts. Par conséquent, est atteinte de nullité la clause d'exclusion figurant dans le règlement intérieur des assemblées générales, sauf si les statuts renvoient à ce dernier la fixation des modalités d'exclusion* » ; J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc*. 1999, p. 535, spéc. p. 541 ; en ce sens, v. Cass. com., 2 juin 1987, *Bull. civ*. IV, n° 133 ; Cass. com, 8 février 1982, *Bull. Joly soc.* 1982, p. 970 ; Cass. civ. 2e, 5 juin 1996, *Dr. soc*. 1996, comm. 161, note T. Bonneau.

[954] M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 404 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 53, p. 50 : « *la référence à la renonciation est critiquable car l'associé renoncerait alors à un droit qui n'est pas encore acquis* ».

[955] E. Thaller, note sous Cass. civ., 30 mai 1893, *D*. 1893, p. 105.

Par conséquent, loin d'avoir une conception stricte de la prohibition, l'atteinte au droit de rester associé apparaît licite[956].

255. Accord de volonté et droit de propriété. En troisième et dernier lieu, l'accord de volonté permet de supprimer l'atteinte portée au droit de propriété. En effet, certains ont fait valoir que la sanction de l'exclusion s'apparentait à une réelle mesure de rétorsion puisque l'associé exclu se trouve par la même exclu du partage des bénéfices qui continuera pour autant à se réaliser entre les associés restants[957]. Partant, l'exclusion constituerait une atteinte intolérable au droit de propriété. Cependant, pour être caractérisée, l'atteinte au droit de propriété suppose que l'associé soit exclu contre son gré. Or, tel n'est pas le cas dès lors que l'on se souvient que celui-ci a bien consenti antérieurement dans les statuts à la possibilité d'être exclu. Cette clause d'exclusion ne réalise donc pas une expropriation pour utilité privée[958] telle que définie par le droit constitutionnel[959].

En outre, peu important le moment où il a consenti à son exclusion[960]. En effet, lorsque la clause figure *ab initio* dans les statuts, son consentement résulte indéniablement de son adhésion. Et lorsque la clause a été introduite en cours de vie sociale, son consentement résulte alors de sa participation à la décision. Si la décision a été prise à la seule majorité même qualifiée, son consentement apparaît de prime abord plus douteux. Toutefois, il est alors possible de considérer

---

[956] En ce sens, v. CA Reims, 24 avril 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, somm., p. 431, note P. de Fontbressin ; *RTD com.* 1989, p. 683, obs. Y. Reinhard ; *JCP E* 1990, II, 15677, note A. Viandier et J.-J. Caussain.

[957] Y. Pagnerre, th. préc., n° 560, p. 631.

[958] CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc.* 1989, p. 246, note S. Dana-Démaret : c'est « *le respect de la volonté des parties qui permet de neutraliser… l'article 545 du Code civil. On peut même considérer que l'adhésion à cette clause comme une manifestation suprême de l'*affectio societatis, *puisque chaque associé, d'emblée, accepte le principe de son éviction éventuelle dans l'intérêt de la personne morale* » ; N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, préf. M. Gobert, n° 533, p. 422 ; J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 535, spéc. p. 538 : l'exclusion « *ne constitue pas une expropriation mais un simple achat de titres par levée d'option* » et p. 550 ; V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 104, p. 142 ; M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 404 ; M. Germain et P.-L. Périn, « L'exclusion statutaire des associés de SAS », *Bull. Joly soc.* 2010, § 222, p. 1016, spéc. p. 1017 ; *Contra* : CA Aix-en-Provence, 26 juin 1984, *D.* 1985, p. 372, note J. Mestre ; A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, préf. F. Terré, n° 111, p. 111 ; A. Viandier, note sous CA Paris, 27 février 1997, *JCP E* 1997, 982 : « *il y a en effet un certain nombre de principes cardinaux du droit des sociétés… auxquels on ne saurait déroger, quand bien même la loi serait muette ; ces règles sont la trace de la nature contractuelle de la société ; elles sont hors d'atteinte de la loi institutionnelle de la majorité* » ; G. Durant-Lépine, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 8.

[959] N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, préf. M. Gobert, n° 533, p. 422.

[960] M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 637, p. 263.

que l'associé a accepté indirectement le risque d'être exclu puisque par son adhésion aux statuts il a accepté de se soumettre à la loi de la majorité[961]. Il semble cependant plus légitime de considérer que seul un consentement individuel de l'associé vaut acceptation de la privation potentielle de son droit de propriété[962].

D'opinion unanime, l'accord ne constitue cependant pas une condition suffisante. L'associé doit également percevoir une indemnisation. En effet, mise en exergue par Edmond Thaller[963], l'indemnisation constitue la condition *sine qua non* de validité de l'accord. Admettre que l'associé puisse être exclu sans compensation financière aboutirait à une véritable expropriation de l'associé. En effet, le transfert de propriété de l'apport à la société n'a vocation qu'à être temporaire : la propriété ne lui est attribuée que le temps de son existence ou de la réalisation de son objet social. Aussi, à la dissolution, et sauf à ce que la société réalise des pertes, l'associé dispose-t-il du droit de reprendre son apport. Dès lors, rien ne justifie que son départ anticipé, même forcé, lui fasse perdre ce droit. L'accord et l'indemnisation constituent des conditions cumulatives et le défaut de l'une d'elle rend illégitime l'atteinte au droit de propriété. Il n'est dès lors pas surprenant que la jurisprudence l'ait exigée de manière explicite sous peine de nullité de la décision[964] et peu important que la sanction soit prononcée à titre de remède ou de

---

[961] E. Thaller, note sous Cass. civ., 30 mai 1893, *D.* 1893, p. 109 : faisant référence au changement des statuts apporté par l'assemblée générale, l'auteur affirme que « *si la nature de ce changement est indiquée dans la convention primitive, avec attribution à la moitié du capital du droit de voter, la minorité s'est inclinée d'avance devant la décision de la* mayor pars*… Elle est régulière non parce que l'organe de la compagnie a statué à la majorité des voix, mais parce que le changement prend sa base sur l'unanimité du début, en dépit de l'opposition manifestée dans la suite* ».

[962] En ce sens, v. T. com. Versailles, 2 mai 1989, *Bull. Joly soc.* 1989, p. 615, note Y. Sexer ; S. Dariosecq et N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc.* 1998, § 286, p. 908, spéc. p. 912 ; M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 404 ; Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 566, p. 638 ; J. Granotier, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? », *D.* 2009, p. 1067, spéc. p. 1068 ; R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, 2003, préf. J.-J. Daigre, n° 143, p. 121 ; J.-P. Garçon, « L'exclusion d'un associé de société civile », A propos de Cass. com., 20 mars 2012, *JCP N* 2012, n° 1332, p. 43, spéc. p. 45 ; *Contra* : B. Caillaud, *L'exclusion d'un associé*, thèse Paris, 1966, p. 250 ; Y. Paclot, note sous Cass. com., 13 décembre 1994, *JCP E* 1995, 142 ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 316 : pour des raisons pragmatiques, l'auteur préconise l'adoption des clauses d'exclusion aux conditions de quorum et de majorité requises pour les modifications statutaires. L'exigence de l'unanimité aurait pour conséquence « *de limiter la validité de ces clauses à des sociétés de petite taille* ». De surcroît, il est toujours possible pour les associés minoritaires de se prévaloir d'un abus de majorité pour annuler la décision d'insertion de la clause d'exclusion.

[963] E. Thaller, note sous Cass. civ., 30 mai 1893, *D.* 1893, p. 105 : l'associé « *a un droit acquis à ne pas être exclu de la société quand les autres y restent* ».

[964] CA Paris, 7 juin 1988, *Bull. Joly soc.* 1988, p. 789, note L. Grynbaum ; *Rev. soc.* 1989, p. 246, note S. Dana-Desmaret.

sanction[965]. En effet, l'indemnisation garantit la pérennisation du droit de propriété, puisque « *plus qu'un droit sur la chose, la propriété est un droit à la valeur de la chose* »[966]. Ce qui importe c'est que l'associé perçoive une indemnité égale à la valeur de ses parts. En revanche, les associés sont libres dans la détermination des modalités de l'évaluation[967]. En toute logique, cependant, l'associé doit prétendre obtenir la valeur réelle de ses actions au moment de l'exclusion.

256. Il ne suffit cependant pas que l'accord des contractants soit donné pour admettre la validité de la clause résolutoire, il faut encore que celui-ci porte sur un objet déterminé.

b- Un objet déterminé

257. En droit commun des contrats, la validité de la clause résolutoire n'est pas subordonnée au seul consentement du contractant. De surcroît et par application de l'article 1129 du Code civil, il faut que la clause porte sur un objet déterminé ou tout du moins déterminable. Cela implique que la clause résolutoire doive être univoque et précise[968]. Il en résulte que les parties doivent mentionner rigoureusement les manquements susceptibles de conduire à l'extinction du contrat[969]. Le principe de liberté contractuelle est indissociable de celui de prévisibilité[970]. C'est ce qui permet à Madame Catherine Popineau-Dehaullon d'affirmer que si le

---

[965] *Ibid*.

[966] V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 111, p. 149.

[967] *Ibid*. : le prix peut être fixé dans les statuts mais également, à défaut de clause contraire ou compromissoire, par recours à un expert ; en ce sens, v. L. Grosclaude, th. préc., p. 319 ; J.-P. Garçon, art. préc., spéc. p. 46 ; J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1072-1073. La Cour de cassation semble conforter la position de la doctrine. V. Cass. com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-21369 ; *JCP E* 2010, 1200, note M.-L. Coquelet ; *Bull. Joly soc*. 2010, p. 318, obs. P. Le Cannu et H. Mathez ; *Rev. soc*. 2010, p. 21, obs. J. Moury ; *Rev. soc*. 2011, p. 149, obs. H. Le Nabasque.

[968] C. Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré, n° 123, p. 73 ; C. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze, n° 18, p. 26 ; Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 167, p. 241 ; v. par exemple Cass. civ. 1ère, 25 novembre 1986, *Bull. civ*. I, n° 79 ; *RTD civ*. 1987, p. 313, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 3e, 7 décembre 1988, *Bull. civ*. III, n° 176 ; Cass. civ. 3e, 12 octobre 1994, *Bull civ*. III, n° 178.

[969] C. Paulin, th. préc., n° 19, p. 29 : la Cour de cassation a toujours exigé que « *la clause réprime seulement la violation d'une obligation expresse du contrat* » ; v. par exemple Cass. civ. 3e, 17 juillet 1986, *Bull. civ*. III, n° 115 ; *Rev. loyers* 1986, p. 433 ; Cass. civ. 3e, 29 avril 1985, *Bull. civ*. III, n° 71 ; Cass. civ. 3e, 9 décembre 1980, *Bull. civ*. III, n° 191 ; Cass. civ. 3e, 3 avril 1973, *Bull. civ*. III, n° 249 ; Cass. civ. 3e, 4 novembre 1971, *Bull. civ*. III, n° 534 ; Cass. civ. 3e, 6 février 1969, *Bull. civ*. III, n° 115 ; Cass. civ. 2e, 1er juin 1961, *Bull. civ*. II, n° 403.

[970] C. Paulin, th. préc., n° 19, p. 29 : « *Cette jurisprudence mérite, dans son principe, approbation. Elle contribue à l'information du débiteur à qui la clause est le plus souvent proposée* ».

créancier dispose d'un droit potestatif, il n'est cependant pas purement potestatif puisque dépendant de l'existence d'une inexécution prévue au contrat[971]. L'exigence de précision est d'autant plus nécessaire en raison du caractère automatique de la sanction. En conséquence, les parties doivent non seulement accepter le principe de la sanction de la résolution mais également les manquements susceptibles d'aboutir à son prononcé.

En droit des sociétés, il en est *a priori* de même. L'exclusion *ad nutum* est majoritairement condamnée par la doctrine[972]. Cette position est doublement justifiée. D'abord, l'exclusion *ad nutum* constituerait une expropriation injuste. Ensuite, et surtout, elle heurterait l'exigence de prévisibilité contractuelle[973]. Cette condition prend d'autant plus son sens dès lors que l'on assimile la clause d'exclusion à une augmentation des engagements des associés[974]. La détermination de ces faits objectifs permet au juge de contrôler la légitimité de la sanction[975]. Pour autant, les parties sont en droit d'introduire dans les statuts une clause prenant la forme d'un motif assez général. Mais, dans ce cas, l'exclusion échappe au régime de droit commun pour être soumise aux règles du pouvoir disciplinaire[976]. La détermination de faits précis pour déclencher la procédure d'exclusion réduit la marge de manœuvre du juge. Il se contente de vérifier que les conditions de la clause sont bien respectées, mais n'a pas le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la décision[977]. En définitive, la nullité de la décision ne pourra être prononcée que pour vice de procédure[978] ou pour défaut de qualité d'un des membres de l'organe collégial ayant voté l'exclusion. En d'autres termes, le contrôle du juge porte davantage sur les conditions de mise en oeuvre que sur les conditions de formation.

---

[971] C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 120, p. 72.
[972] *Contra* : J. Lepargneur, *L'exclusion d'un associé*, *Journ. soc*. 1928, p. 1.
[973] L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 317; S. Dariosecq et N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc*. 1998, p. 908, § 286, spéc. p. 912 ; P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 205, spéc. p. 210 ; G. Durant-Lépine, L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées, *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 11 ; en ce sens, v. Cass. com., 21 novembre 1989, pourvoi n° 87-15332 ; *Bull. Joly soc*. 1990, p. 91, § 18, note P. L. C. ; Cass. civ. 1ère, 15 mars 1910, *D*. 1913, 5, 30 ; Cass. civ. 1ère, 16 mai 1972, *Bull. civ*. I, n° 127.
[974] Cass. com., 13 février 2001, pourvoi n° 98-13059 ; *Droit et patr*. octobre 2001, p. 100, obs. D. Poracchia : « *Pour être engagés, les associés doivent avoir accepté non seulement le principe d'une augmentation de leurs engagements, mais encore les modalités de cette augmentation, et qu'ils ne peuvent donc pas être condamnés à s'exécuter lorsque lesdites modalités demeurent indéterminées ou indéterminables* ».
[975] Il est impossible pour les parties de prévoir une clause de renonciation au droit d'agir en justice. Le juge doit pouvoir opérer son contrôle non seulement sur les motifs mais également sur le respect des droits de la défense. V. T. Bonneau, note sous Cass. com., 21 octobre 1997, *Dr. soc*. 1998, comm. 1.
[976] V. *infra*, n° 267 et s.
[977] J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc*. 1928, p. 1, spéc. p. 8.
[978] V. not. Cass. civ. 1ère, 28 mars 2000, *Bull. civ*. I, n° 109.

2- L'identité des conditions de mise en oeuvre de la clause résolutoire et de la clause d'exclusion

258. Outre les conditions de formation, les conditions de mise en oeuvre sont elles aussi comparables à celles du droit commun. La clause d'exclusion suppose une mise en œuvre unilatérale (a) et extinctive (b).

a- Une mise en œuvre unilatérale

259. Le caractère unilatéral de la décision. La résolution conventionnelle est incontestablement classée dans la catégorie des résolutions unilatérales[979]. Acte de justice privée mis en œuvre par le créancier, il présente l'avantage d'être soustrait au contrôle judiciaire de son opportunité. Toutefois, à la différence de la véritable résiliation unilatérale, elle a son origine dans le contrat même. En droit des sociétés, l'exclusion statutaire s'apparente sans aucun doute à une résiliation unilatérale[980] dès lors que la mise en œuvre de la clause d'exclusion appartient, là aussi, à la seule société cocontractante[981].

260. Le choix de l'organe mandataire de la société. Cependant, à la différence des contrats traditionnels régis par le droit commun, la personne morale ne peut s'exprimer en tant que telle. Partant, quel est l'organe compétent pour décider l'exclusion ? A défaut de précision

---

[979] C. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 71, spéc. p. 71 ; R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, p. 122 : « *La résolution conventionnelle s'oppose alors seulement à la résolution judiciaire, et non comme on le dit parfois, à la résolution unilatérale. Car le fait que la résolution repose sur le fondement d'une clause résolutoire ne lui retire en rien son caractère unilatéral. Autrement dit, il n'est pas exact d'opposer la résolution conventionnelle à la résolution unilatérale. Dans les deux cas, la résolution est unilatérale, au sens où elle est un acte de justice privé à l'initiative du seul créancier* » ; Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 205, p. 215-216.

[980] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen, n° 555, p. 403 ; Y. Pagnerre, th. préc., n° 236, p. 250 : « *L'exclusion d'un membre d'un groupement d'une personne morale (est) également un acte unilatéral extinctif à formation collégiale* ».

[981] La société étant partie au contrat d'apport, c'est à elle que revient la décision de mise en œuvre ; *Contra* : N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 125 : « *L'action d'exclusion n'appartient pas aux organes de la société, mais aux associés en tant que parties d'un contrat synallagmatique* ». Cette affirmation n'est incontestable qu'autant que l'on nie l'existence du contrat d'apport.

légale[982], il semble possible de considérer que les parties sont libres de choisir l'organe décisionnel. La Cour de cassation a d'ailleurs récemment admis de manière explicite que la compétence décisionnelle puisse être conférée à un gérant unique[983]. Toutefois, en raison de la gravité de la décision, il semble souhaitable de désigner un organe collectif[984] tel que le conseil d'administration ou l'assemblée générale[985]. En effet, la collégialité permet *a priori* de conférer un caractère moins subjectif à la décision d'exclusion[986]. Les associés peuvent d'ailleurs convenir d'une procédure plus complexe habilitant les deux organes[987]. Toutefois, si les associés requièrent une décision de l'assemblée générale, ils doivent encore préciser si la majorité suffit[988]

---

[982] Dans les sociétés à capital variable, la loi impose de conférer la compétence décisionnelle à l'assemblée : article L. 231-6, alinéa 2, du Code de commerce. A l'inverse, les articles 7 de la loi n° 47-1175 du 10 septembre 1947 et L. 227-16 du Code de commerce laissent toute latitude aux statuts des sociétés coopératives et des SAS pour choisir l'organe compétent. Des conflits de hiérarchie de normes peuvent cependant exister et il n'est pas toujours évident de savoir quelle est la disposition spéciale qui doit prévaloir. Quelle disposition doit s'appliquer en présence d'une SAS ou d'une coopérative à capital variable ? La jurisprudence semble encline à faire prévaloir les dispositions spéciales dérogeant à l'article L. 231-6, alinéa 2, du Code de commerce dans le cadre d'une société coopérative (Cass. com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-16156 ; *Bull. civ*. 2010, IV, n° 129 ; Cass. com., 9 novembre 2010, pourvoi n° 10-10150). Toutefois, la solution serait-elle la même en matière de SAS à capital variable ? La réponse est plus qu'incertaine. V. J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1068-1069.

[983] Cass. com., 20 mars 2012, *Bull. civ*. IV, n° 60 ; *Rev. soc*. 2012, p. 435, note A. Couret, *RTD com*. 2012, p. 348, obs. A. Constantin : confirmant la décision d'appel, la Cour de cassation a validé la décision d'exclusion prise par le gérant sans consultation préalable de l'assemblée. Les statuts prévoyaient la mise en œuvre de l'exclusion en cas de perte de la qualité d'associé et la faculté dans cette hypothèse pour le gérant d'y procéder. En l'espèce, la mise en œuvre de l'exclusion par un organe individuel était d'autant moins gênante que « *l'exclusion était non seulement objectivement mise en œuvre* » et « *procédait d'un effet quasi mécanique du licenciement* ». En d'autres termes, ainsi que le souligne Monsieur Jean-Pierre Garçon, art. préc., spéc. p. 45 à 47 : « *la compétence doit être appréciée en fonction du degré d'automaticité, ou plutôt d'objectivité du motif d'exclusion* » ; en ce sens, v. M. Laroche, « Exclusion d'un associé de société civile : quelques réflexions sur les dernières précisions », note sous Cass. com., 20 mars 2012, *D*. 2012, p. 1585 spéc. p. 1587. Il y a fort à penser que la solution n'aurait pas été la même en présence d'un manquement non précisément indiqué dans les statuts, telle la référence à un juste motif d'exclusion, impliquant la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire.

[984] S. Dariosecq et N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc*. 1998, § 286, p. 908, spéc. p. 914 ; CA Orléans, 26 septembre 1989, *RJDA* 1989, n° 67 ; S. Dana-Démaret, note sous CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc*. 1989, p. 246, spéc. p. 252.

[985] Les deux hypothèses ont été validées par la jurisprudence : pour la compétence du conseil d'administration, v. CA Rouen, 8 février 1974 ; pour la compétence de l'assemblée générale, v. CA Orléans, 26 septembre 1989.

[986] J.-P. Garçon, art. préc., spéc. p. 47.

[987] L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 319 : l'auteur souligne à cet effet que plusieurs combinaisons sont possibles. Soit, les parties peuvent décider de la compétence exclusive du conseil ou de l'assemblée pour déclencher la procédure, apprécier les motifs et régler les modalités. Ce système a le mérite de la simplicité. Soit, les parties peuvent convenir d'une compétence partagée (compétence du conseil pour la mise en œuvre de la procédure et compétence de l'assemblée pour la décision finale). Cette option confère davantage de légitimité à la décision prise. Soit, enfin, ils peuvent choisir de confier tous les pouvoirs au conseil mais subordonner la validité de l'exclusion à la ratification ultérieure de l'assemblée.

[988] La majorité simple doit au minimum être requise. En ce sens, v. T. com. Versailles, 2 mai 1989, *RD banc. et bourse* 1989, n° 16, p. 214 ; *Bull. Joly soc*. 1989, § 222, p. 615, note comm. Y Sexer.

ou si tous les associés doivent consentir[989]. A défaut de précision légale, certains auteurs préconisent d'appliquer les conditions de majorité prévues pour les modifications statutaires[990].

261. Le droit de vote de l'exclu membre de l'organe compétent. Se pose alors la difficulté de déterminer si l'associé fautif qui fait partie de l'organe compétent peut disposer du droit de vote sur sa décision d'exclusion. Une réponse négative semble en tout état de cause s'imposer. Admettre que l'associé puisse se prononcer sur la question de sa propre exclusion n'a *a priori* aucun sens. On ne peut pas demander à l'associé concerné par la procédure d'exclusion de faire preuve d'impartialité dans son vote. Partant, la solution aboutit à garantir l'immunité à un associé majoritaire[991]. Or, corroborant le caractère absolu du droit de vote, la jurisprudence a cependant affirmé que celui-ci ne peut être supprimé par les statuts que dans les cas prévus par la loi[992]. Plus encore, aux visas des articles 1844, alinéa 1, du Code civil et L. 227-16 du Code de commerce, la Cour de cassation a précisément annulé une décision d'exclusion de l'associé majoritaire d'une société par actions simplifiée car celui-ci n'avait pas pris part au vote[993]. La position de la jurisprudence sur la question est donc ferme. La solution jurisprudentielle se révèle d'autant plus sévère que les associés avaient en l'espèce expressément stipulé par une clause des statuts adoptée à l'unanimité que la décision d'exclusion serait réservée aux autres associés. Si la décision concernait une société par actions simplifiée, *a fortiori*, elle a vocation à s'appliquer aux autres sociétés plus institutionnelles. Le caractère d'ordre public de l'article 1844, alinéa 1, du Code civil inhibe la liberté contractuelle des associés. En conséquence, afin de remédier à la possible immunité conférée à l'associé défaillant, il est loisible, d'une part, de confier le vote à d'autres organes et, d'autre part, de minorer le droit de vote de l'associé à l'encontre de qui la décision est prise[994]. En effet, si le législateur et la jurisprudence prohibent la suppression du droit de vote, ils ne proscrivent pas pour autant tout aménagement. On peut très bien imaginer que les

---

[989] J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc*. 1928, p. 1, spéc. p. 8.
[990] L. Grosclaude, th. préc., p. 319.
[991] *Ibid*. : « *L'associé doit assurément être exclu d'un vote le concernant au premier chef, même si la sauvegarde des droits de la défense commande qu'il soit présent lors de la décision* ».
[992] Cass. com., 9 février 1999, Château d'Yquem, *Bull. civ*. IV, n° 44 ; *D. aff*. 1999, p. 593, note M. B ; *Defr*. 1999, p. 625, note H. Hovasse.
[993] J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc*. 1999, p. 535, spéc. 548 ; Cass. com., 23 octobre 2007, n° 06-16537, A. Albortchire, « Précisions sur le droit de vote de l'associé d'une SAS visé par une mesure d'exclusion », *LPA*, 22 janvier 2008, n° 16, p. 13.
[994] M. Germain et P.-L. Périn, art. préc., spéc. p. 1022.

associés prévoient dans cette hypothèse précise de n'attribuer qu'une voix par associé[995] et permettre ainsi à la société d'anéantir le contrat d'apport qui la lie à l'associé majoritaire. En effet, la clause résolutoire constitue un remède efficace puisque, dès lors que les conditions sont réunies, elle met fin de plein droit à la relation contractuelle.

b- Une mise en œuvre extinctive

262. Dichotomie entre extinction du contrat de société et extinction du contrat d'apport. En droit commun des contrats, la clause résolutoire a pour caractéristique de mettre fin à l'engagement qui lie les parties[996]. Là encore en résulte un paradoxe : destructrice du contrat, elle permet pourtant de remédier à l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat. En matière sociétaire, la clause résolutoire constitue d'autant plus un instrument de préservation de la force obligatoire que son application a pour effet de rétablir la force obligatoire du contrat d'apport et de sauvegarder celle du contrat de société. Toutefois, réfutant toute assimilation entre clause résolutoire et clause d'exclusion, certains soulignent justement que la clause d'exclusion n'a pas pour effet d'anéantir le contrat de société[997]. Au vrai, c'est la reconnaissance d'un contrat

---

[995] En ce sens, v. J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1070.

[996] C. Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré, n° 128, p. 76 : « *La clause résolutoire entraîne la destruction de l'intégralité du contrat. Ce dernier ne produit plus d'effet à l'égard des parties. La résolution ne peut entraîner une simple modification du contrat, elle constitue au contraire une rupture du lien contractuel* ».

[997] M. Germain et R. Vatinet, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397, spéc. p. 407 ; Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 98 : « *Certes la clause d'exclusion paraît s'apparenter à une clause résolutoire, qui serait valable par application de l'article 1184 du Code civil, dès lors qu'elle a été stipulée dans les statuts d'origine ou acceptée par tous les associés. Néanmoins l'analogie n'est indiscutable que si l'on estime que le lien contractuel unit uniquement la société à l'associé. Le second n'ayant pas exécuté ses obligations, la première peut demander la résolution. En revanche si un lien contractuel unit aussi les associés entre eux, l'exclusion n'est pas une résolution car elle ne met pas entièrement fin au contrat, puisque la société continue entre les autres associés* » ; Y. Pagnerre, th. préc., n° 556, p. 624-625 : « *Premièrement, il n'est pas adéquat de raisonner par analogie entre, d'un côté, un groupement né d'un contrat-organisation poursuivant une finalité propre détachée de la seule somme des intérêts de ses membres et, de l'autre, un contrat-échange poursuivant la satisfaction d'intérêts divergents. Deuxièmement, la clause vise seulement la rupture de l'engagement entre le membre et le groupement et non celle du contrat-organisation. Troisièmement, l'exercice de la clause d'exclusion-sanction est appréhendé, par les auteurs, à travers le concept de pouvoir disciplinaire qui s'éloigne par nature du simple droit de résolution offert par une clause résolutoire* ». L'auteur, cependant, tout en niant l'existence d'un contrat d'apport et l'analogie avec les clauses résolutoires, reconnaît pour autant à l'exclusion la nature d'acte extinctif et la distingue ainsi d'une simple modification du contrat de société (n° 302, p. 317-318) ; M. Planiol, note sous CA Aix, 23 novembre 1904, *DH* 1905, 2, 121 : « *l'exclusion d'un associé n'est pas autre chose que la résolution du contrat qui le lie à ses coassociés* ».

d'apport superposé au contrat de société qui permet de rétablir l'analogie[998]. Si la mise en œuvre de la clause n'a pas d'effet extinctif concernant le contrat de société, elle anéantit cependant le contrat qui lie l'associé défaillant à la société. La mise en œuvre de la clause fait perdre à l'associé sa qualité de partie au contrat d'apport et par ricochet sa qualité de partie au contrat de société[999].

263. Dichotomie entre extinction et cession du contrat d'apport. L'adéquation entre la clause résolutoire et la clause d'exclusion ne semble cependant pas pouvoir être établie lorsque les clauses stipulent le rachat des parts de l'associé défaillant et non l'anéantissement du contrat d'apport[1000]. L'extinction du contrat d'apport suppose une absence de transfert de propriété des droits sociaux[1001] et implique, donc, une annulation immédiate des parts de l'associé défaillant[1002]. La stipulation de telles clauses est expressément autorisée par le législateur au sein des sociétés par actions simplifiées[1003], des sociétés à capital variable[1004] et des groupements d'exploitation en commun[1005]. En effet, si le législateur évoque dans ces dispositions l'existence d'un « rachat » par la société, celui-ci doit immédiatement être suivi d'une annulation des droits sociaux. Il semble donc bien que l'on soit en présence d'un anéantissement du contrat d'apport et

---

[998] V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 104, p. 141.

[999] N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 187 : par la perte de sa qualité d'associé, l'exclu perd son droit aux bénéfices, son droit de vote, son droit de représenter la société ou de participer à l'administration du groupement, mais il n'est plus tenu à ses obligations. Il demeure cependant tenu à l'égard des tiers lorsque l'associé est tenu d'une obligation aux dettes.

[1000] En ce sens, v. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 382, p. 317 ; I. Sauget, *Le droit de retrait de l'associé*, Paris X, 1991, n° 225, p. 209 : l'auteur définit l'exclusion comme « *le droit pour la société de contraindre l'un de ses associés à partir en reprenant ses apports ce qui entraîne une réduction du capital social, elle-même étant tenue d'acheter les parts sociales de son associé exclu* ».

[1001] M. Buchberger, th. préc., n° 367, p. 308-309 : l'auteur distingue, d'un coté, les titres rachetables qui suppose le rachat par la société, de l'autre coté, les titres remboursables qui n'emportent aucun transfert de propriété et fait disparaître le contrat d'apport.

[1002] M. Buchberger, th. préc., n° 382, p. 317 : « *lorsqu'est mise en œuvre une clause résolutoire ou de résiliation unilatérale aucun rachat n'a lieu. La relation contractuelle disparaît, et avec elle les titres qui ne faisaient que la constater. La réduction du capital n'est en vérité que la régularisation d'une situation temporaire, destinée à prendre en compte la disparition du contart d'apport* ». Pour cet auteur, la qualification de clause d'exclusion doit être réservée à ces seules clauses véritablement extinctives. V. sa thèse n° 368 et s., p. 316 et s. ; en ce sens, v. Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 49 : l'auteur propose de distinguer entre l'exclusion *stricto sensu* qui implique une disparition des droits de l'exclu et la cession forcée qui implique une substitution de titulaire.

[1003] Article L. 227-16, alinéa 1er, du Code de commerce combiné à l'article L. 227-18 du Code de commerce.

[1004] Article L. 231-6, alinéa 2, du Code de commerce combiné à l'article L. 231-1, alinéa 1er, du Code de commerce.

[1005] Article R. 323-38, alinéa 2 et 3, du Code rural.

non d'une cession[1006]. En revanche, la validité de telles clauses est plus douteuse en l'absence d'habilitation légale. Dans les sociétés anonymes, les rachats d'actions sont rigoureusement prévus[1007]. Or, ce rachat par la société n'est justement pas prévu en cas d'exclusion d'un associé. Dans les sociétés à responsabilité limitée, la loi prohibe tout simplement le rachat par la société de ses propres parts sociales hors procédure régulièrement menée de réduction du capital social[1008]. Certains auteurs n'ont pas manqué de s'emparer de l'argument pour contester la validité des clauses d'exclusion dans ces sociétés[1009]. En effet, la nécessaire réduction du capital social consécutive à l'annulation des parts de l'exclu[1010] semble *a priori* condamner les véritables clauses d'exclusion dans ces sociétés à capital fixe[1011]. La consécration légale des clauses d'exclusion dans les seules sociétés à capital variable semble également abonder en ce sens[1012].

264. Extinction du contrat d'apport et principe de fixité du capital social. Pourtant, et bien qu'il n'existe aucune disposition explicite, il n'est pas impossible de considérer que cette possibilité de rachat suivi d'une annulation immédiate soit également admise dans les sociétés à responsabilité limitée[1013]. Loin d'interdire la réduction de capital dans ces sociétés, le législateur l'autorise sous réserve de la préservation du fondement du principe de fixité[1014]. Dès lors que la protection des créanciers sociaux est assurée, il n'y a plus aucune raison de prohiber cette réduction[1015]. Or, un droit d'opposition des créanciers est justement prévu dans les sociétés à

[1006] Une particularité doit néanmoins être soulignée concernant la société par actions simplifiée. Le législateur a prévu une alternative à l'annulation des parts. Suite au rachat, la société a la possibilité également de les conserver six mois et de procéder à leur revente à un ou plusieurs tiers. Dans ce cas, l'on peut refuser d'y voir une véritable clause résolutoire puisque le contrat d'apport se perpétue alors avec le tiers.
[1007] Article L. 225-206 et s. du Code de commerce.
[1008] Article L. 223-34, alinéa 4, du Code de commerce.
[1009] S. de Vendeuil, « Les conseils de Fidal, Les clauses d'exclusion strictement conventionnelles, stipulées dans les statuts d'une société anonyme à capital fixe, ne vont pas de soi… », *JCP E* 1993, pan. 326 ; S. Dariosecq et N. Métais, art. préc., spéc. p. 910.
[1010] M. Buchberger, th. préc., n° 380, p. 316.
[1011] M. Germain, art. préc., spéc. p. 411 : pour l'auteur, l'exclusion implique nécessairement un rachat par un tiers des parts ; G. Durant-Lépine, art. préc., spéc. p. 13 ; R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, 2003, préf. J.-J. Daigre, n° 170-1, p. 142-143.
[1012] Article L. 231-6 du Code de commerce. Cette possibilité serait également ouverte aux sociétés civiles sur le fondement de l'article 1869 du Code civil qui consacre les clauses de retrait. V. M. Buchberger, th. préc., n° 379, p. 316.
[1013] R. Mortier, th. préc., n° 170-2, p. 143.
[1014] Son rôle doit désormais être relativisé. V. J.-P. Chiffaut-Moliard, « Plaidoyer pour un capital social négatif », *JCP E* 2003, 1626, p. 1860.
[1015] En ce sens, v. R. Mortier, th. préc., n° 488, p. 377.

responsabilité limitée[1016] et dans les sociétés anonymes[1017]. Par conséquent, sous réserve de l'existence d'une fraude, la réduction consécutive à l'exclusion doit être autorisée[1018]. En effet, les clauses résolutoires n'ont justement pas pour but de frauder les droits des créanciers mais d'assurer la pérennité de la société et de sanctionner l'associé défaillant[1019]. La jurisprudence semble d'ailleurs aller dans ce sens. La Cour de cassation[1020] a déjà validé la clause prévoyant à certaines conditions la perte de la qualité d'associé qui pourtant entraînait nécessairement la réduction du capital social.

Plus encore, une partie de la doctrine soutient que l'intégralité des règles édictées en matière de réduction du capital social non motivée par des pertes devrait être évincée. En principe, en effet, la réduction du capital est subordonnée au respect de trois règles. D'une part, la réduction doit être réalisée en conformité avec le principe d'égalité des associés lequel implique pour la société de proposer le rachat à chaque associé. Or, une telle exigence est dépourvue de sens concernant la mise en œuvre d'une clause résolutoire[1021]. D'autre part, conduisant à une modification des statuts, seule l'assemblée générale devrait être compétente. Or, outre le temps nécessairement requis pour réunir l'assemblée, cette exigence risquerait de paralyser la mise en œuvre de la clause dès lors que l'associé dont on souhaite l'exclusion est majoritaire[1022]. Enfin, on l'a dit, la réduction est en principe indissociable de l'existence d'un droit d'opposition des créanciers. Cependant, l'exercice de ce droit compromettrait la plupart du temps la mise en œuvre

---

[1016] Article L. 223-34, alinéa 3, du Code de commerce.

[1017] Article L. 225-205 du Code de commerce.

[1018] J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc*. 1999, p. 535, spéc. p. 538.

[1019] En ce sens, v. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, préf. M. Germain, 2011, n° 394, p. 325.

[1020] Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ*. IV, n° 47 ; *D*. 2005, p. 839, obs. A. Lienhard ; *Rev. soc*. 2005, p. 618, note D. Randoux ; *RTD com*. 2005, p. 599, obs. A. Martin-Serf ; *Bull Joly soc*. 2005, p. 995, note P. Le Cannu.

[1021] R. Mortier, th. préc., n° 134, p. 112 : « *chaque fois qu'une société rachète ses propres actions suite à une exclusion, à un refus d'agrément ou à un retrait, l'égalité des associés est de fait préservée, le processus de désignation de l'associé bénéficiaire du rachat étant purement objectif. De plus, et en second lieu, si l'on appliquait la logique de l'offre publique, la société pourrait être amenée à racheter la totalité de ses propres droits sociaux. On imaginerait mal dans ces conditions, une société procéder à l'exclusion d'un associé ou refuser son agrément* ».

[1022] R. Mortier, th. préc., n° 135, p. 113 : « *c'est ce caractère inéluctable de la réduction (du capital) qui emporte allègement du processus décisionnel qui l'entoure : en décidant le rachat, les dirigeants sociaux décident également de la réduction du capital qui lui est liée. Décider du contraire reviendrait soit à permettre aux associés de violer la loi (en refusant de voter la réduction obligatoire), soit à conférer à ces derniers un pouvoir de façade, ne tendant qu'à compliquer la gestion sociale* » ; en ce sens, v. CA Paris, 12 janvier 1982, *JCP G* 1983, II, 19949, note A. Viandier : dans cet arrêt, la Cour d'appel a décidé que le retrait d'actionnaire qui « *a pour résultat inéluctable la réduction du capital implique qu'il soit dérogé aux dispositions de l'article L. 225-204 du Code de commerce selon lesquelles la réduction est décidée par l'assemblée générale extraordinaire* ». Certes, la décision a par suite été cassée par la Cour de cassation (Cass. civ. 3e, 13 décembre 1983, *Bull. Joly soc*. 1984, p. 294) mais uniquement sur un moyen de pure procédure. Par analogie, la solution peut donc semble-t-il être appliquée à l'exclusion.

de la clause. Il est vrai qu'on ne peut trouver dans la loi un fondement suffisamment solide pour écarter ces règles. Pour autant, la réduction du capital ne constituant qu'une conséquence mécanique de l'exclusion, il devrait être permis d'en éluder l'application[1023]. En somme, la volonté des parties de redistribuer les actifs de la société[1024] devrait constituer le critère d'application des règles relatives à la réduction du capital non motivée par des pertes. En effet, par la mise en œuvre de l'exclusion, les associés ne recherchent pas à appauvrir le patrimoine de la société mais à sanctionner l'associé défaillant. En définitive, dès lors que l'exclusion conventionnelle dépend d'un fait objectif, la réduction devrait s'opérer de manière inconditionnelle. La Cour de cassation semble abonder en ce sens. Sans pour autant conditionner l'annulation consécutive et automatique des droits sociaux de l'associé exclu au respect des règles relatives à la réduction du capital social, elle a en effet validé la décision d'exclusion d'un associé d'une société en nom collectif prise par application d'une clause statutaire[1025]. Certes, il s'agissait en l'espèce d'une société à responsabilité illimitée qui tend de prime abord à relativiser fortement le principe de fixité du capital social. Toutefois, ainsi que le souligne Monsieur Matthieu Buchberger, la solution n'en est pas moins dangereuse pour les créanciers qui, par voie de conséquence, sont privés de tout recours contre l'associé sortant. Suite à cette décision, la Cour de cassation a d'ailleurs validé la clause insérée dans les statuts d'une société civile prévoyant le rachat imposé par la société de l'un des associés[1026]. Nulle part dans sa solution elle ne fait référence aux règles applicables en matière de réduction du capital social, ce qui conforte l'idée que la réduction du capital consécutive à une exclusion serait dispensée de leur application.

[1023] A. Viandier, note sous CA Paris, 12 janvier 1982, *JCP G* 1983, II, 19949 : « *La motivation de la Cour de Paris pêche ici par excès, car il n'est pas utile ici, de justifier l'inapplication de l'article L. 225-204 du Code de commerce par la spécificité du retrait dans les sociétés d'attribution, il suffit de poser que le retrait d'un associé n'est pas une réduction du capital au sens juridique de cette expression… ce que vise la loi de 1966, c'est l'hypothèse dans laquelle les actionnaires ont résolu de porter atteinte à la fixité du capital social. En revanche, les dispositions de la loi de 1966 n'ont plus à s'appliquer dès lors que la réduction est la conséquence mécanique d'un fait ou d'une décision extérieure à la collectivité des associés* » ; *Contra* : R. Mortier, th. préc., n° 137, p. 116 : « *Il n'est pas exact d'affirmer que les réductions du capital, dès lors qu'elles seraient impliquées par un rachat, ne seraient précisément plus constitutives de réduction de capital. Une telle dénaturation n'existe pas* ».

[1024] J.-J. Daigre, art. préc., spéc. 541 : doivent être distinguées les clauses d'exclusion et les promesses unilatérales de ventes car « *les premières ont pour objet premier d'exclure un associé, et pour effet second le rachat de ses titres ; les secondes ont pour objet premier la vente des titres et pour effet second le départ d'un associé* ».

[1025] Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 47 ; *D.* 2005, p. 839, obs. A. Lienhard ; *Rev. soc.* 2005, p. 618, note D. Randoux ; *RTD com.* 2005, p. 599, obs. A. Martin-Serf ; *Bull Joly soc.* 2005, p. 995, note P. Le Cannu.

[1026] Cass. com., 20 mars 2012, *Bull. civ.* IV, n° 60 ; *Rev. soc.* 2012, p. 435, note A. Couret, *RTD com.* 2012, p. 348, obs. A. Constantin.

En somme, la solution, admise dans ces sociétés, devrait être généralisée à toutes les sociétés à responsabilité illimitée ou non.

265. La date d'extinction du contrat d'apport. Enfin, en droit commun des contrats comme en droit des sociétés, la mise en œuvre de la clause résolutoire met fin pour l'avenir à la relation qui unit les contractants. En effet, le contrat d'apport étant un contrat successif, son extinction opère sans rétroactivité. Pour autant, le moment effectif de l'extinction se révèle différent en ces deux matières. En droit commun, le contrat prend fin lorsque le délai d'exécution indiqué dans la mise en demeure est écoulé. En droit des sociétés, si la clause revêt un caractère automatique, la jurisprudence a différé la date d'extinction au moment du remboursement de l'apport qui concrétise la perte de la qualité d'associé[1027]. La détermination de la date exacte à laquelle prend effet l'anéantissement du contrat d'apport est essentielle puisqu'elle permet de connaître le moment où cessera l'exercice des droits pécuniaires et politiques et où s'éteindra l'obligation aux dettes sociales dans les sociétés de personnes[1028].

266. Par conséquent, l'analogie observée entre les conditions de la clause résolutoire et celles de la clause d'exclusion conforte l'idée que la liberté contractuelle constitue le fondement des clauses d'exclusion. Pour autant, elle ne semble pas en constituer le fondement unique.

B- LE POUVOIR DISCIPLINAIRE

267. Outre la liberté contractuelle, la validité des clauses d'exclusion repose également sur la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire de la société (1) dont le régime est spécifique (2).

[1027] Cass. com., 17 juin 2008, (2 arrêts), *Bull. civ*. IV, n° 125 et 126 ; *D*. 2008, p. 1818, note A. Lienhard ; *Bull. Joly soc.* 2008, p. 967, note F.-X. Lucas. Cette solution est la même que celle retenue à l'article 1860 du Code civil en matière d'exclusion légale d'un associé d'une société civile pour cause de faillite. La disposition légale est d'ordre public. V. déjà Cass. civ. 3e, 9 décembre 1998, *Bull. civ*. 1998, III, n° 243 ; *JCP G* 1999, p. 1395, note J.-P. Garçon ; *JCP N* 1999, n° 17, p. 725 ; *D. aff.* 1999, p. 298, n° 13, note M. B. : « *la perte d'actionnaire ne saurait être préalable au remboursement des droits sociaux* ». Pour une critique de la solution légale retenue, v. F.-X. Lucas, « Elimination de l'associé de société civile failli ou déconfit », *Bull. Joly soc.* 1999, p. 436 ; M. Laroche, « Perte de la qualité d'associé : quelle date retenir ? », *D*. 2009, chron. p. 1772 : l'auteur propose de fixer la date d'extinction à « *la date à laquelle se forme un accord entre l'associé exclu et ses coassociés, la société ou le tiers acquéreur sur le nombre de droits remis et leur valorisation, serait-ce par le recours à un expert désigné conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil* ».

[1028] J.-P. Garçon, art. préc., spéc. p. 46.

1- La reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire

268. La reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire à la société apparaît opportun (b) et puise sa légitimité dans le contrat lui-même (a).

a- Le fondement contractuel du pouvoir disciplinaire

269. La reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire. Alors que certains auteurs évoquent la liberté contractuelle comme fondement des clauses d'exclusion, d'autres mettent en exergue l'existence d'un pouvoir disciplinaire. Or, une telle analyse ne va pas de soi. En effet, dès lors que ce pouvoir se caractérise par l'existence d'une subordination d'un contractant à l'égard de l'autre[1029], on comprend mal comment il ne vient pas heurter le principe d'égalité entre associés[1030]. Pourtant, à la différence du contrat de société dans lequel les associés parties se trouvent dans un rapport d'égalité, les contractants du contrat d'apport ne sont pas placés sur un pied égal[1031]. En effet, la société dispose d'un pouvoir disciplinaire pour servir son propre intérêt. En somme, la supériorité de l'intérêt de la société sur celui de l'associé légitime la reconnaissance d'un pouvoir déséquilibrant[1032]. Pour certains auteurs, ce pouvoir disciplinaire

---

[1029] A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, préf. A. Lyon-Caen, n° 41, p. 22 : l'auteur affirme que la jurisprudence a fait naître à la charge du salarié une obligation implicite de se soumettre à son employeur caractérisant ainsi un état de subordination du salarié vis-à-vis de son employeur. Il en résulte qu'à son obligation d'accomplir sa prestation de travail s'ajoute une obligation d'obéissance aux ordres et directives de l'employeur tout au long de la prestation.

[1030] A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, p. 17-18 ; J.-P. Storck, « La continuation de la société par l'élimination d'un associé », *Rev. soc*. 1982, p. 244 ; M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 399 : « *L'exemple du pouvoir disciplinaire de l'employeur est le cas le plus emblématique d'un tel pouvoir, mais il ne doit être utilisé pour les besoins de la comparaison qu'avec prudence. Il est en effet l'expression d'une relation contractuelle de subordination, alors que le groupe promeut une relation égalitaire* ». Dès lors que l'on prend en considération uniquement le contrat de société, on aboutit nécessairement à une telle conclusion. Seule l'existence du contrat d'apport permet d'établir ce rapport de subordination.

[1031] B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p. 117 et p. 120 « *on peut considérer que les actes d'adhésion au groupement des membres constituent un faisceau de contrats conclus entre la personne morale et ses membres ; on ne retrouve pas dans ces contrats l'égalité juridique des parties qui est de règle dans le droit commun des contrats, ce qui explique l'état de subordination dans lequel se trouvent les membres à l'égard de la personne morale* » ; Pour une analyse approchante, v. P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 205, spéc. p. 207 : l'auteur fait référence à « *une soumission des parties au tout* » ; Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 558, p. 629 : « *la clause d'exclusion révèle une situation de sujétion à laquelle se soumettent librement diverses personnes (les membres) au profit d'une autre (le groupement) et qui est inhérent à la nature d'une relation (contrat-organisation) où s'exprime un intérêt propre dépassant la somme des intérêts individuels (l'intérêt social/associatif/syndical)* ».

[1032] V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, préf. C. Saint-Alary-Houin, n° 316, p. 292-293.

puise son fondement dans la théorie institutionnelle de la société qui fait prévaloir la supériorité de l'intérêt de l'institution sur celui de ses membres. Cependant, cette analyse procède d'un amalgame entre institution et pouvoir.

270. Le fondement du pouvoir disciplinaire. Loin de faire injure au contrat, la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire sert l'intérêt du contrat et a vocation à s'étendre à de nombreux rapports contractuels. Si l'institution a pu constituer une théorie commode[1033] pour expliquer l'existence d'un pouvoir déséquilibrant octroyé à un contractant[1034], elle demeure lacunaire[1035] et insuffisante à paralyser le fondement contractuel[1036].

En premier lieu, l'existence d'un pouvoir déséquilibrant peut exister indépendamment de l'existence d'une institution[1037]. Partant, l'existence d'un pouvoir aux mains d'un contractant invite à une refonte de la théorie générale des contrats et à l'édification d'un régime autonome du pouvoir. L'octroi d'un tel pouvoir a en réalité pour fondement la réalisation du bien commun qui se concrétise par la satisfaction de l'intérêt contractuel[1038]. Aussi, c'est la prééminence de l'intérêt

---

[1033] J. P. Bertrel, « Le débat sur la nature de la société », in *Mél. A. Sayag*, Litec, 1997, p. 131, spéc. p. 134 : la notion d'institution et son régime sont souvent dénoncés pour leur manque de précision. La notion n'apparaît que pour marquer les spécificités de la société par rapport au contrat de droit commun.

[1034] V. not. A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, *op. cit.*, p. 34 et s. ; pour un exposé de la théorie de l'institution, fondement du pouvoir disciplinaire et de ses critiques, v. N. Perez, th. préc., p. 13 et s.

[1035] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen, n° 562, p. 408 : « *Si la théorie de l'institution exerce une attraction certaine, non seulement sur la doctrine mais également sur les juges, il ne faut en aucun cas considérer qu'existe un lien nécessaire entre la formulation d'un standard sous la forme d'un intérêt commun (intérêt de l'entreprise, intérêt social) et la théorie institutionnelle* » ; R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 152, p. 128 ; E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n° 96 à 101, p. 66 à 69.

[1036] M. Germain et R. Vatinet, Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé, *in* Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p. 397, spéc. p. 398 : « *il peut sembler paradoxal de rattacher ainsi le pouvoir disciplinaire au courant contractualiste alors que ce pouvoir est généralement relié de manière mécanique à l'institution. Cependant, la théorie institutionnelle n'a jamais pu fournir de clés explicatives ni de principes directeurs suffisants pour résoudre les problèmes juridiques liés au fonctionnement des groupements autres que par le recours au législateur. Elle doit sans doute son succès aux insuffisances de l'analyse de droit civil du contrat conçu non seulement sur le seul modèle de l'échange, mais aussi sur un modèle trop exclusivement individualiste, ignorant la convention qui lie une collectivité de personnes et donne naissance à un ensemble complexe de relations, organisées et durables. Or, précisément, l'évolution actuelle de l'analyse du contrat met en lumière des rapports spécifiques organisés par certains contrats, collectifs et successifs, et permet de situer le droit disciplinaire dans ce courant contractuel sans doute plus riche de potentialités et d'inventivité que celui de l'institution ne l'a jamais été* ».

[1037] P. Lokiec, th. préc., n° 556, p. 405 : « *pouvoir et institution ne se confondent pas. Non seulement le régime du pouvoir diffère du droit de l'institution, tel que l'avait envisagé Hauriou, mais encore le pouvoir n'épouse pas les frontières de l'institution* ».

[1038] P. Lokiec, th. préc., n° 10, p. 7 : le bien commun est un concept générique permettant d'inclure l'utilité, l'efficacité du contrat, la conformité à l'intérêt social, à l'intérêt de l'entreprise, à l'intérêt général et se distingue par là de la volonté. Ce qui est voulu par les parties n'est pas (nécessairement) ce qui correspond au bien commun.

du contrat sur les intérêts individuels qui justifie l'octroi de ce pouvoir disciplinaire à la société[1039]. Cependant, le contrat d'apport fait preuve d'originalité puisque l'intérêt de la société cocontractante se confond avec l'intérêt du contrat, ce qui légitime davantage encore l'attribution de ce pouvoir disciplinaire.

En second lieu, le pouvoir disciplinaire prend bien sa source dans le contrat. D'une part, la sanction d'exclusion ne peut être décidée par la société que si celle-ci est inscrite dans les statuts. Dès lors, ce sont les associés eux-mêmes qui ont octroyé à la société ce pouvoir déséquilibrant[1040]. C'est donc parce que l'associé l'a acceptée que la sanction disciplinaire peut être prononcée[1041]. Là s'arrête justement l'analogie avec le contrat de travail pour lequel la Cour de cassation a admis que l'absence de sanction prévue dans le contrat ou dans le règlement intérieur ne suffisait pas à « *priver le patron d'un pouvoir disciplinaire, inhérent à sa qualité et dont il a la faculté, en l'absence de règlement intérieur, de faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire* »[1042].

D'autre part, l'associé ne peut être exclu qu'en raison de l'inexécution d'obligations qu'il a acceptées par la conclusion simultanée de son contrat d'apport et du contrat de société[1043]. En effet, aux obligations propres au contrat de société s'ajoutent non seulement les obligations strictement conventionnelles mais également celles qui découlent des articles 1134 et 1135 du Code civil. Plus que dans tout autre contrat, l'associé est tenu d'une obligation de bonne foi dans

---

L'auteur précise p. 11 : l'intérêt social indique ce qui est bon pour la société et non nécessairement ce qui est voulu par la collectivité des associé.

[1039] V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 103, p. 140.

[1040] On peut contester ou du moins nuancer l'affirmation de Madame Victoire Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, préf. C. Saint-Alary-Houin, n° 316, p. 292, qui considère que « *la clause d'exclusion confère un pouvoir déséquilibrant à l'assemblée générale extraordinaire dans la mesure où la résolution prise s'imposera à son destinataire, en dehors de toute manifestation de sa part* », car l'associé a bien, là encore, consenti antérieurement au risque d'être exclu, ce qui rend confome l'exclusion au droit de propriété.

[1041] P. Lokiec, th. préc., n° 552, p. 401 : « *Si, le salarié peut être unilatéralement exclu, étant donné le pouvoir de l'employeur, le droit des sociétés est en retrait dès lors qu'il limite l'exclusion à la présence d'une clause statutaire* ».

[1042] Cass. soc., 16 juin 1945, *Dr. social* 1946, p. 427, note P. Durand.

[1043] Certains auteurs remettent en cause le caractère conventionnel des obligations des associés qui ont leur source dans les statuts. V. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, Seconde partie, La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences*, LGDJ, 1932, n° 167 : « *pour la société anonyme… l'adhésion donnée à la société par le bulletin de souscription n'entraîne pas en fait, de la part de l'actionnaire, connaissance réelle et acceptation consciente des statuts* » ; R. Encinas de Munagorri, th. préc., n° 155, p. 131.

l'exécution de son contrat qui le contraint à respecter l'intérêt social et l'intérêt commun[1044]. Dès lors, tout manquement à la discipline commune s'apparente en réalité à un manquement à l'obligation de bonne foi. Partant, le pouvoir disciplinaire ne sanctionne que l'inexécution d'obligations contractuelles[1045].

Par conséquent, même dans le cadre de l'exercice du pouvoir disciplinaire, l'exclusion prend non seulement sa source mais également son fait générateur dans le contrat. Cependant, la plus grande marge de liberté laissée aux parties dans la rédaction de la clause confère au pouvoir disciplinaire une utilité indéniable.

b- L'opportunité de la reconnaissance du pouvoir disciplinaire

271. Un fondement complémentaire. Pour la majorité des auteurs qui se prononcent sur la question relative aux fondements de la clause d'exclusion, on ne peut retenir une dualité de fondements. La reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire écarte nécessairement le fondement de la liberté contractuelle[1046]. Or, loin d'être antinomiques, les fondements semblent en réalité complémentaires. Le fondement du pouvoir disciplinaire vient suppléer le fondement de la liberté contractuelle lorsque les conditions de la clause résolutoire ne sont pas remplies. En définitive, le pouvoir disciplinaire a vocation à s'appliquer pour empêcher l'invalidité de la clause et celle de la

---

[1044] R. Encinas de Munagorri, th. préc., n° 155, p. 130 ; P. Hoang, art. préc., spéc. p. 211-212 ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 317 ; *Contra* : B. Oppetit, th. préc., p. 123 et 129 : l'auteur affirme que si, en principe, l'exclusion sanctionne la violation d'obligations acceptées par les parties, elle peut également sanctionner la violation d'obligations de la vie collective non prévues par les statuts. Or, on peut considérer que, même dans ce cas, les obligations ont bien une nature contractuelle puisque découlent des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil.

[1045] N. Perez, th. préc., p. 19 : « *Les obligations qu'ont les membres d'un groupement privé sont le résultat de leur volonté contractuelle et non de la volonté souveraine et abstraite du groupement qui leur impose… La société ne réalise pas sa propre volonté souveraine, mais celle du législateur ou des contractants, qui constitue le véritable et dernier fondement de l'exclusion* » et p. 23 : « *Un associé a l'obligation d'apport et, en outre, l'obligation de collaboration. Cette dernière obligation a pour objet une prestation immatérielle, indéterminée dans son contenu. Collaborer ne signifie pas faire ceci ou cela de prédéterminé, mais tout ce qui sera nécessaire et opportun pour l'obtention d'un but commun. Elle est, comme l'apport, une obligation contractuelle. Sa violation produit une perturbation identique dans la réciprocité synallagmatique et elle est soumise aux mêmes sanctions* ».

[1046] Y. Pagnerre, th. préc., n° 556, p. 625 : « *Traditionnellement l'exercice de la clause d'exclusion est appréhendée, par les auteurs, à travers le concept de pouvoir disciplinaire qui s'éloigne par nature du simple droit de résolution offert par une clause résolutoire* » ; M. Germain et R. Vatinet, art. préc. ; M. Planiol, note sous CA Aix, 23 novembre 1904, *DH* 1905, 2, 121 ; *Contra* : P. Hoang, art. préc. : l'auteur semble faire cohabiter les deux fondements sans se prononcer sur leur articulation.

décision d'exclusion[1047]. En effet, davantage marquée d'un caractère pénal, la sanction de l'exclusion peut être prononcée alors même que les manquements n'ont pas été clairement précisés par la clause[1048]. La faute disciplinaire implique non pas la violation d'une obligation *stricto sensu* mais en réalité « *un fait violant les devoirs généraux et spéciaux s'imposant à tout membre d'un groupement tenu de respecter la poursuite de l'intérêt social* ». Ce qui importe c'est la préservation de l'intérêt social. Dès lors, à l'inverse du droit commun, les statuts peuvent se contenter de stipuler l'existence d'un motif grave sans plus de précision[1049]. La reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire permet de neutraliser un comportement fautif qui, bien que non prévu par les statuts, compromet la réalisation de l'objet social. Partant, toutes les obligations dérivées des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil permettent la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire de la société sans avoir à être précisément stipulées par la clause d'exclusion[1050]. Les Professeurs Michel Germain et Raymonde Vatinet classent ces fautes disciplinaires en trois catégories. Les premières sont constituées de « *violations des règles relatives à la constitution ou au fonctionnement interne de la personne morale* ». Les deuxièmes sont constituées par la violation de la déontologie de l'actionnaire résultant de son *jus fraternitatis*[1051]. Cette deuxième catégorie semble toutefois se confondre avec la première. A ce titre et, située à la frontière de ces deux catégories, le manquement à une obligation de non-concurrence pourrait être constitutif d'une faute disciplinaire. Les troisièmes, enfin, sont constituées de la violation des obligations personnelles inhérentes à certaines sociétés, telle la violation des règles d'exercice de la

---

[1047] C. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze, n° 20, p. 31 : l'auteur propose, de manière générale et sans avoir à recourir à la notion de pouvoir disciplinaire, d'admettre la possibilité d'utiliser une formule plus générale mais évocatrice lorsque l'on est en présence d'un contrat conclu par un professionnel et soumis à une règlementation impérative. Dans ce cas « *exiger… une stipulation expresse des obligations devient une lourdeur inutile qui oblige le rédacteur du contrat à en multiplier dans le souci de ne rien omettre* ».

[1048] Y. Pagnerre, th. préc., n° 570, p. 642-643 : l'auteur établit une distinction entre les clauses d'exclusion-remède et les clauses d'exclusion-sanction. « *Si pour les premières, un motif ne peut être général sous peine de ne pas déterminer à partir de quand joue la clause, ce qui aurait pour effet de paralyser l'activité des membres, pour les secondes, le renvoi à des motifs généraux est opportun afin d'éviter une paralysie du groupement* » ; B. Oppetit, th. préc., p. 124 : « *il serait anormal d'empêcher un groupement de sanctionner un de ses membres qui a commis une faute grave, sous prétexte que les statuts n'auraient pas désigné cette faute* » ; M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 407.

[1049] P. Hoang, art. préc., spéc. p. 210.

[1050] M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 401 : « *Une formulation souple et non exhaustive, par référence à un motif grave ou à la violation de l'obligation de loyauté, par exemple, permet seule l'exercice d'un véritable pouvoir diciplinaire, en laissant au groupe un pouvoir d'appréciation sur la nocivité de comportements qui, sur une longue durée, ne sont pas toujours prévisibles* » ; P. Hoang, art. préc., spéc. p. 211.

[1051] En ce sens, v. M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 412 : « *si les statuts ne se réfèrent qu'à la faute de l'associé, sans autre précision, celle-ci devra, sans doute, être assimilée, comme autrefois pour la dissolution, à une atteinte au* jus fraternitatis ».

profession. Le respect de ces diverses obligations est d'autant plus important dans les contrats qui s'inscrivent dans la durée que leur pérennité appelle à une collaboration plus intense. En conséquence, le défaut d'exécution de telles obligations peut compromettre tant la pérennité du contrat d'apport que celui de société. Le pouvoir disciplinaire permet donc de combler les lacunes de la liberté contractuelle.

272. Conséquences sur l'office du juge. Le pouvoir disciplinaire permettant de sanctionner de manière plus large le manquement contractuel, il importe que le juge puisse se prononcer sur l'opportunité de la décision d'exclusion. Si la clause dresse une liste exhaustive de manquements, le juge est contraint à une interprétation stricte[1052]. Le juge est ainsi tenu par le principe de prévisibilité, pendant de la liberté contractuelle[1053]. En conséquence, toute faute commise qui ne figure pas dans la liste ne peut conduire à l'exclusion. C'est alors le régime contractuel de la clause résolutoire qui s'applique. En revanche, en présence d'une formulation plus large du motif d'exclusion, le juge dispose d'une marge de manœuvre plus importante pour apprécier l'opportunité de la sanction. En effet, le juge a toute latitude pour déterminer le seuil de gravité de l'inexécution reprochée. Là encore, le droit commun des contrats fournit au juge des instruments précieux pour légitimer son contrôle : la bonne foi, la notion d'économie du contrat ou encore la loyauté auxquelles s'ajoute la recherche de la satisfaction de l'intérêt social[1054]. Il en résulte nécessairement plus d'insécurité juridique pour les parties qui ne sont pas à l'abri de décisions contradictoires d'une juridiction à l'autre[1055]. En définitive, si le pouvoir disciplinaire permet de pallier l'imprévision contractuelle, il se trouve soumis à un régime plus contraignant.

[1052] V. par exemple Cass. civ., 15 mars 1910, *D.* 1973, 5, 30 ; Cass. civ. 1ère, 16 mai 1972, *Bull. civ*. I, n° 127 ; *Contra* : Cass. civ. 1ère, 18 février 1976, *Bull. civ*. I, n° 75 : si les statuts « *prévoient trois cas dans lesquels le conseil d'administration peut prononcer l'exclusion d'un sociétaire, les juges du fond estiment que cette liste n'est pas limitative et que, s'il était prudent de viser ces trois éventualités, d'autres situations peuvent se présenter faisant apparaître des fautes éventuellement plus graves de nature à justifier l'exclusion* ».

[1053] M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 412 : « *En présence d'une mesure disciplinaire prise en application de dispositions contractuelles précises (définissant les fautes, les sanctions ou/et la procédure à suivre), le juge contrôle le respect des termes du contrat. Son rôle s'inscrit alors dans un modèle traditionnel, celui où le juge est le garant de la force obligatoire du contrat* ».

[1054] M. Germain et R. Vatinet, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397, spéc. p. 413.

[1055] P. Hoang, art. préc., spéc. p. 210.

2- Les conditions supplémentaires de mise en œuvre

273. Portant atteinte au principe de prévisibilité contractuelle, la clause d'exclusion fondée sur la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire ne doit pas sacrifier les intérêts de l'exclu.

Aussi, outre les conditions communes à toute clause résolutoire, la reconnaissance du pouvoir disciplinaire implique-t-elle tant un renforcement des conditions de fond (a) que de forme (b). Toute clause ou toute décision ne respectant pas ces conditions doit être considérée comme abusive et conduire en principe à l'annulation de la décision d'exclusion[1056].

a- Les conditions de fond

274. Le contrôle de la décision d'exclusion. Dès lors que l'on fonde l'exclusion sur le pouvoir disciplinaire de la société, le contrôle du juge s'exerce beaucoup moins sur le respect de la clause elle-même que sur la décision d'exclusion. Ainsi, davantage que la rédaction de la clause, l'accent est-il mis sur la mise en œuvre de l'exclusion qui doit répondre à certaines exigences. Là se situe la limite du pouvoir de la société.

275. La conformité à l'intérêt social. En premier lieu, consubstantielle du pouvoir disciplinaire, la sauvegarde de l'intérêt social doit fonder la décision d'exclusion[1057]. Si l'on admet que le principe de prévisibilité soit sacrifié par la simple référence dans les statuts à une faute disciplinaire, il n'en demeure pas moins que le principe de spécialité doit être respecté[1058]. La plus grande marge de liberté laissée aux parties a sa contrepartie dans ce contrôle du principe de spécialité[1059]. Quoique différentes quant à leur fait générateur, l'exclusion-sanction et

---

[1056] V. par exemple en matière d'association CA Paris, 1er avril 2003, Saé c/ Assoc. Nat. Des membres de l'Ordre du mérite, *Dr. soc*. 2003, comm. 164, note F.-X. Lucas ; CA Versailles, 8 juin 2001, Ecole Montessori bilingue c/ Steil, *Juris-Data* n° 2001-184137, *Dr. soc*. 2002, comm. 190, note F.-X. Lucas.

[1057] Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ*. IV, n° 47 ; *D*. 2005, p. 839, obs. A. Lienhard ; *Rev. soc*. 2005, p. 618, note D. Randoux ; *RTD com*. 2005, p. 599, obs. A. Martin-Serf ; *Bull Joly soc.* 2005, p. 995, note P. Le Cannu : la Cour de cassation affirme que le motif doit être conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public.

[1058] Certains auteurs soulignent toutefois l'insuffisance de la condition relative à la satisfaction de l'intérêt social car elle est difficilement conciliable à elle seule avec une analyse objective. V. H. Le Nabasque, P. Elsen et P. Dunaud, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Dr. soc.*, *Actes Pratiques*, 1992, n° 5, p. 10.

[1059] Pour certains auteurs, cependant, cette condition serait exigée quelle que soit la décision sociale. Elle ne serait donc pas spécifique au régime disciplinaire mais applicable également en présence d'une clause précise soumise au

l'exclusion-remède ont pour point commun l'objectif assigné à la clause : la préservation de l'intérêt social[1060].

276. La gravité du manquement reproché. En second lieu, l'exclusion ne doit être prononcée que lorsque la gravité de la faute le justifie et il est impossible pour les parties de prévoir l'exclusion de ce contrôle de gravité sous peine de réputer la clause non-écrite[1061]. En effet, ce contrôle est là encore indissociable de la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire[1062]. Il ne suffit pas que les motifs invoqués soient avérés, encore faut-il qu'ils soient affectés d'une gravité suffisante pour légitimer la sanction. Le juge s'érige en arbitre et le contrôle de gravité devient le moyen d'opérer la conciliation entre l'intérêt individuel et l'intérêt social[1063]. La condition de gravité constitue la contrepartie *sine qua non* du sacrifice du principe de prévisibilité appliqué à la seule clause résolutoire[1064]. Cette exigence transparaît au travers de la vérification du caractère non abusif de l'exclusion[1065]. Plus précisément, les juges du fond doivent vérifier « *si, conformément au pacte social librement accepté par les parties et qui leur tenait lieu de loi,*

---

régime de la clause résolutoire. V. M. Laroche, « Exclusion d'un associé de société civile : quelques réflexions sur les dernières précisions », note sous Cass. com., 20 mars 2012, *D.* 2012, 1585 spéc. 1586.

[1060] Y. Pagnerre, th. préc., n° 571, p. 645 ; J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 535, spéc. 547 : l'exclusion ne doit pas seulement être conforme à l'intérêt social mais également être nécessaire pour préserver celui-ci.

[1061] Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1976, *Bull. civ.* I, n° 335 ; *Rev. soc.* 1977, p. 285, note C. Atias : la Cour de cassation a décidé « *qu'il ne suffisait pas à la Cour d'appel de rechercher si l'exclusion était régulière en la forme, mais qu'elle était encore tenue de constater si, conformément au pacte social accepté par les parties et qui leur tenait lieu de loi, l'exclusion du demandeur procédait d'un motif grave légitimant la mesure disciplinaire prise contre lui* » ; Cass. com., 21 octobre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 281. On peut cependant s'étonner à première vue que la Cour de cassation ait rendu sa solution sous le visa de l'article 1382 du Code civil plutôt que sous celui de l'article 1134 du même Code. Cela semble témoigner de sa volonté générale de lutter contre l'abus et l'arbitraire. V. M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 414.

[1062] M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 413 ; P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 205, spéc. p. 218 : l'auteur opère une distinction entre le contrôle de gravité des motifs et le contrôle de proportionnalité qui va au-delà. Selon lui, « *le contrôle judiciaire ne peut aller jusqu'à l'appréciation de la proportionnalité de l'exclusion aux faits reprochés, car il n'appartient pas au juge, de manière générale, d'apprécier l'opportunité d'une décision prise par une instance sociale* ».

[1063] Le contrôle de gravité doit être renforcé dans les groupements à but lucratif, telles les sociétés, en raison du double préjudice, moral et pécuniaire, subi par l'exclu.

[1064] Ce contrôle de gravité n'existe pas dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause résolutoire. Dans les deux espèces où la Cour de cassation a exigé ce contrôle de gravité, on se trouvait à chaque fois en présence de clause d'exclusion formulée en termes généraux.

[1065] Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1976, *Bull. civ.* I, n° 335 ; *Rev. soc.* 1977, p. 286, note C. Atias ; Cass. civ. 1ère, 16 juin 1993, *Bull. civ.* I, n° 222 ; *Rev. soc.* 1994, p. 295, note Y. Chartier ; Cass. civ. 1ère, 14 mars 1995, *Bull. civ.* I, n° 127 ; *RJDA* 1995, p. 584.

l'exclusion du demandeur procède d'un motif légitimant la mesure disciplinaire »[1066]. Pour cette raison, la clause d'exclusion fondée sur le pouvoir disciplinaire s'apparente davantage à une résiliation judiciaire qu'à une clause résolutoire[1067]. En effet, affectée d'un fort caractère comminatoire, la clause résolutoire n'est subordonnée ni à l'existence d'un préjudice subi par le créancier, ni à l'existence d'une inexécution grave[1068]. En revanche, fondée sur le pouvoir disciplinaire, la décision d'exclusion, même motivée, n'échappe pas à l'appréciation judiciaire.

277. L'invalidité d'une exclusion *ad nutum*. De ces conditions supplémentaires il résulte l'invalidité d'une exclusion *ad nutum*[1069]. Contrairement à ce que prétendent certains auteurs[1070], l'exclusion arbitraire semble nécessairement être condamnée par ces deux exigences cumulatives[1071]. Preuve en est que dans le cadre de l'exercice du pouvoir disciplinaire, l'associé qui souffre d'une décision d'exclusion doit pouvoir se défendre. Or, l'admission d'une décision discrétionnaire remettrait sensiblement en cause l'utilité d'une telle faculté[1072]. En outre, le Professeur Michel Germain affirme que « *la légitimité du mécanisme social repose en effet sur le pouvoir de vote conféré à l'ensemble des associés. Comme l'exclusion* ad nutum *pourrait être un moyen d'empêcher le vote de ceux qui déplaisent, l'on peut penser qu'il a semblé anormal que la société puisse manipuler son propre mécanisme régulateur. En conséquence seule l'exclusion pour une faute ou pour un motif objectif précisé dans les statuts est admissible* »[1073].

[1066] Cass. civ. 1ère, 16 mai 1972, *Bull. civ*. I, n° 127, *RTD civ*. 1973, p. 144, note G. Cornu, *JCP G* 1972, II, 17285, note R. Lindon.

[1067] P. Hoang, art. préc., spéc. p. 218-219.

[1068] Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 108, p. 66.

[1069] M. Germain, art. préc., spéc. p. 412 : « *il était de tradition que l'article 1174 du Code civil qui annule l'obligation contractée sous une condition potestative fût écartée si la condition est résolutoire. L'on pouvait donc en déduire la validité d'une exclusion* ad nutum, *qui aurait été l'expression d'une condition résolutoire potestative. Cette solution n'est plus admise* ».

[1070] D. Randoux, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », *JCP N* 1994, doct. p. 69 ; J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc*. 1928, p. 1, spéc. p. 10. A suivre certains auteurs, cette possibilité serait limitée aux seules sociétés à capital variable.

[1071] V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 109, p. 145 ; en ce sens, v. CA Pau, 1er avril 2003, *Bull. des associations et fondations*, 3/04, Inf. 84. La solution est généralisable aux sociétés.

[1072] L'argument n'est cependant pas décisif. En effet, on considère que la révocation *ad nutum* de l'administrateur n'empêche justement pas celui-ci de se prévaloir de son droit de présenter ses observations au nom précisément du respect du principe du contradictoire.

[1073] M. Germain, art. préc., spéc. p. 412 ; en ce sens, v. L. Grosclaude, th. préc., p. 299 : « *L'exclusion* ad nutum *n'est pas plus admissible dans les SAS que dans d'autres types de sociétés* ».

b- Les conditions de forme

278. La processualisation de l'exclusion. Comme en matière de contrat de travail, l'exclusion disciplinaire de l'associé s'inscrit dans le cadre d'une procédure[1074]. Aussi, de la même manière qu'un salarié menacé du licenciement doit connaître les motifs de son licenciement et doit pouvoir s'expliquer, la jurisprudence impose-t-elle que l'associé connaisse les motifs de son exclusion[1075] et puisse s'en justifier. La processualisation de l'exclusion constitue la contrepartie du pouvoir disciplinaire. Si la suprématie de l'intérêt social est affirmée, cela ne peut être au mépris total des droits individuels[1076]. Aussi la jurisprudence a-t-elle déjà montré sa volonté d'imposer le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire lors de la mise en œuvre de l'exclusion[1077]. Il importe peu que les parties aient pris le soin d'organiser cette protection dans les statuts[1078].

279. Les limites de la processualisation. Pour autant, deux limites sont à souligner s'agissant de ce mouvement de processualisation[1079].

D'une part, la jurisprudence ne va pas jusqu'à imposer le respect des garanties qui participent à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Convention européenne des droits

---

[1074] Sur la processualisation du droit des contrats, v. L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », in *Mél. G. Farjat*, éd. F. Roche, 1999, p. 22.

[1075] Cass. civ. 1ère, 19 mars 2002, *Bull. civ*. I, n° 95 ; *Rev. soc*. 2002, p. 333, obs. Y. Guyon. La communication des motifs à l'intéressé constitue également un préalable à la mise en oeuvre de la clause résolutoire mais cette exigence est d'autant plus importante dans le cadre de l'exercice du pouvoir disciplinaire qu'elle va permettre à l'exclu de préparer sa défense.

[1076] P. Hoang, art. préc., spéc. p. 214 : « *Les parties à un contrat-organisation consentent à se soumettre à la discipline commune qu'impose leur participation ordonné à la poursuite de l'objet social, mais elles n'aliènent pas pour autant leur individualité et ne renoncent pas à leurs droits fondamentaux* ».

[1077] Pour une association, v. Cass. civ. 1ère, 16 mai 1972, *Bull. civ*. I, n° 127 ; *RTD civ*. 1973, p. 144, note G. Cornu ; *JCP G* 1972, II, 17285, note R. Lindon ; Cass. civ. 1ère, 13 juin 1979, *Bull. civ*. I, n° 176 ; Cass. civ. 1ère, 29 mars 1989, *Bull. civ*. I, n° 141 ; Cass. civ. 1ère, 16 avril 1996, *Bull. civ*. I, n° 179 ; Cass. civ. 1ère, 22 avril 1997, *Bull. civ*. I, n° 120 ; *Dr. soc*. 1997, comm. 98, note T. Bonneau ; *Rev. soc*. 1997, p. 550, note Y. Guyon ; Cass. civ. 1ère, 19 mars 2002, *Bull. civ*. I, n° 95 ; *Rev. soc*. 2002, p. 333, note Y. Guyon ; Cass. civ. 1ère, 14 décembre 2004, *Bull. civ*. I, n° 308 ; *Dr. soc*. 2005, comm. 43, p. 13, note F.-X. Lucas ; pour un syndicat, v. Cass. civ. 1ère, 22 janvier 1991, *Bull. civ*. I, n° 27 ; *Rev. soc*. 1991, p. 389, obs. Y. Guyon ; pour un GIE : Cass. com., 7 juillet 1992, *Bull. civ*. IV, n° 265 ; pour une société à capital variable, v. Cass. com., 21 octobre 1997, *Bull. civ*. IV, n° 281 ; *Rev. soc*. 1998, p. 99, note B. Saintourens ; *Dr. soc*. 1998, comm. 1, note T. Bonneau ; *Bull. Joly soc.* 1998, p. 40, §10, note P. Le Cannu ; *JCP G* 1998, II, 10047, note D. Velardocchio ; *D. aff.* 1997, p. 1474, note M. Boizard ; *RTD com.* 1998, p. 169, obs. B. Petit et Y. Reinhard.

[1078] Cass. req., 27 avril 1933, *S*. 1933, 1, p. 209, note H. Rousseau : le principe du contradictoire doit être respecté tant du fait d'une stipulation statutaire expresse « *que du principe général des droits de la défense* ».

[1079] J.-P. Sortais, « Le principe du contradictoire en dehors du prétoire ? », in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 246.

de l'homme. En effet, elle a eu l'occasion d'affirmer que les dispositions dudit article « *sont sans application aux conseils d'administration ou aux assemblées générales d'associations examinant la violation d'engagements contractuels* »[1080]. La solution relève de l'évidence[1081]. Il est absurde d'imposer à un organe de la société d'être impartial. Etant partie au contrat d'apport, la société ne peut faire preuve d'impartialité[1082]. L'on peut s'étonner à juste titre d'une décision rendue par la Cour d'appel de Paris en matière d'association qui a exigé que la décision d'exclusion soit prise « *dans des conditions garantissant l'impartialité de l'organe de décision, le respect des intérêts de la défense, l'équité et la loyauté de la procédure* »[1083]. Ainsi a-t-elle admis en l'espèce que la garantie d'impartialité imposait que les organes à l'origine de l'action diffèrent de ceux qui se prononcent sur la sanction. Or, critiquable d'un point de vue théorique, la solution l'est également d'un point de vue pratique. En effet, cette solution aboutit à condamner l'exclusion dans les groupements de taille modeste dans lesquels les organes de poursuite sont nécessairement les organes de décision[1084]. Pour cette raison doit-on saluer la jurisprudence qui, depuis, a régulièrement écarté le droit à l'assistance d'un avocat[1085]. Si certaines dispositions légales

---

[1080] Cass. civ., 14 décembre 2004, *Bull. civ.* I, n° 308 ; *Dr. soc.* 2005, comm. 43, note F.-X. Lucas.

[1081] Pour une intreprétation nuancée, v. N. Decoopman, « Conflits d'intérêts, impartialité, incompatibilités », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 119, spéc. p. 128 : la solution jurisprudentielle « *est à la fois évidente et discutable. Evidente dans la mesure où l'article 6 de la CESDH prônant le droit à un procès équitable ne s'applique qu'en matière processuelle et non en matière contractuelle ; discutable cependant, si à propos des contrats-organisations, on retient la théorie institutionnelle, l'exclusion d'un membre constitue une manifestation de pouvoir disciplinaire ; or la cour de cassation n'a pas hésité à appliquer le principe de l'impartialité aux commissions de discipline. Il est vrai qu'il s'agissait d'impartialité fonctionnelle* ».

[1082] En ce sens, v. M. Buchberger, th. préc., n° 411, p. 342. Pour une vision approchante, v. P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 205, spéc. p. 217 ; M. Germain et R. Vatinet, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397, spéc. p. 409 ; N. Decoopman, art. préc., spéc. p. 128 F.-X. Lucas, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, 2010, p. 741, spéc. p. 757 : « *l'organe qui se prononce sur une exclusion d'associé ou sur une révocation de dirigeant social n'a pas à être impartial. Non seulement il n'a pas à être impartial mais il est le plus souvent tout à fait partial et l'on ne voit pas comment il pourrait en être autrement… Si l'on se convainc de cette partialité de l'organe social compétent pour trancher, il faut conclure que le principe du contradictoire est hors de propos* ».

[1083] CA Paris, 17 mars 2004, Assoc. Nationale d'action sociale des personnels de la police nationale et du ministère de l'Intérieur c/ Brieude, *Juris-Data* n° 2004-242360.

[1084] F.-X. Lucas, note sous CA Paris, 17 mars 2004, Assoc. Nationale d'action sociale des personnels de la police nationale et du ministère de l'Intérieur c/ Brieude, *Dr. des soc.* 2004, n° 165, p. 14.

[1085] Pour une association, v. Cass. civ. 1ère, 16 mars 2004, *Bull. civ.* I, n° 83 ; *Bull. Joly* soc. 2004, p. 1109, § 217, note E. Garaud ; *Dr. soc.* 2004, obs. 121, note F.-X. Lucas, *RDC* 2004, p. 1012, obs. F.-X. Lucas ; Cass. civ. 1ère, 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-14630 ; pour une coopérative : Cass. civ. 1ère, 16 juin 1993, *Bull. civ.* I, n° 222 ; *Rev. soc.* 1994, p. 295, note Y. Chartier ; *Dr. soc.* 1994, comm. 156, note T. Bonneau ; *RTD com.* 1994, p. 71, n° 4, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; pour une société d'exercice libéral à responsabilité limitée, v. Cass. com., 10 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n° 120 ; *Bull. Joly soc.* 2006, p. 1154, note J.-J. Daigre.

semblent semer la confusion[1086], ces décisions jurisprudentielles ont le mérite de conforter la scission opérée entre la procédure disciplinaire de nature contractuelle et la procédure disciplinaire de nature juridictionnelle et légale[1087]. En effet, dénotant là encore de la nature contractuelle du pouvoir disciplinaire, la jurisprudence fonde en réalité le respect des droits de la défense et du principe de la contradiction sur des obligations contractuelles[1088] comme la bonne foi[1089] ou l'équité[1090], qui visent uniquement à renforcer la protection de l'associé cocontractant[1091]. Or, au cours d'un procès, ces principes sont assignés à un objectif différent : trouver la vérité afin que le juge, organe impartial[1092], prenne sa décision. Partant, le détour à de tels principes dans la matière contractuelle est bien inutile. L'exigence de bonne foi dans la prise de décision et le respect des statuts suffisent à assurer une protection satisfaisante à celui qui est l'objet de la mesure répressive[1093]. En effet, si le renforcement de la protection de l'associé est légitime lorsqu'est en jeu la mise en œuvre de la procédure disciplinaire, il apparaît inutile d'instrumentaliser les règles de la procédure dès lors que le droit des contrats permet de pourvoir à cet objectif.

D'autre part, la jurisprudence semble hésiter sur l'application du principe contradictoire. En effet, dans une décision relative à une coopérative, la Cour de cassation a décidé que viole l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et le principe du respect des

---

[1086] L'article L. 124-10 du Code de commerce relatif aux sociétés coopératives de commerçants détaillants autorise en effet tout associé frappé d'une mesure d'exclusion à faire appel de la décision devant l'assemblée générale. Cette disposition contribue donc à faire de l'assemblée générale un organe juridictionnel.

[1087] M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 411 ; Y. Pagnerre, th. préc., n° 892, p. 941 : l'amalgame entre le principe du contradictoire reconnu en droit processuel et celui reconnu en droit des groupements doit être évité car « *l'exclusion n'est que la sanction de la violation de simples engagements contractuels de droit privé prononcée par des organes représentants des intérêts privés* » ; en ce sens, v. P. Neau-Leduc, note sous Cass. 1ère civ., 14 décembre 2004, n° 02-11127, *Bull. Joly soc*. 2005, n° 4, p. 515.

[1088] M. Buchberger, th. préc., n° 410, p. 341 ; F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 761. Pour une appréciation analogue en matière d'association, v. Y. Chartier, « L'association, contrat, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 195, spéc. p. 206 : « *le droit pour chacun de connaître les griefs qui lui sont faits, d'être convoqué à temps pour s'expliquer, en bref d'assurer sa défense en bénéficiant du bénéfice de contradiction, ressort en réalité ici du principe de loyauté qui doit précéder à l'exécution des contrats* ».

[1089] V. le Rapport de la Cour de cassation, 2006 sous Cass. com., 11 juillet 2006, *Bull. civ*. IV, n° 182 ; v. également CA Rennes, 3 juillet 2007, publié par le service de documentation de la Cour de cassation.

[1090] Y. Pagnerre, th. préc., n° 894, p. 943 : que l'on fonde les droits de la défense sur l'article 1134 ou sur l'article 1135 du Code civil, ils se rattachent à la sphère contractuelle.

[1091] Y. Pagnerre, th. préc., n° 893, p. 943 : « *c'est la protection de la dignité du destinataire de l'acte qui est au cœur du développement de ces principes* ».

[1092] M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D*. 1999, chron. p. 53.

[1093] F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 755 : « *L'irruption du contradictoire dans le fonctionnement des organes sociaux est le fruit d'une erreur de perspective sans doute imputable à des juges trop pétris de droit processuel, qui transportent les exigences du procès équitable hors du cadre du procès* » ; M. Buchberger, th. préc., n° 411, p. 342.

droits de la défense la Cour d'appel qui fait application de ce texte et de ce principe, « *alors que n'est pas soumise au principe de la contradiction, la décision du conseil d'administration d'une coopérative qui, appliquant les dispositions des statuts, fixe le montant des pénalités dues par l'associé coopérateur se retirant avant la fin de son engagement* »[1094]. Certes, l'espèce ne concernait pas une décision d'exclusion mais l'analogie peut être opérée. Cette solution laisse cependant cours à plusieurs interprétations.

La première, la plus restrictive, consiste à confiner sa portée aux seules coopératives. Cette interprétation semble difficilement justifiable en raison de la nature identique des groupements. Qu'il soit coopérateur ou non, l'associé est toujours engagé dans une double relation contractuelle. En conséquence, si la société refuse l'application du principe du contradictoire à la coopérative en raison de la nature contractuelle de la procédure disciplinaire, il n'y a pas de raison de limiter la portée de la solution à ces seules sociétés.

La deuxième, la plus radicale, consiste à affirmer l'abandon définitif du principe du contradictoire et des droits de la défense en matière de décision prise par une instance sociale dans l'ensemble des groupements de droit privé. En d'autres termes, la solution aurait vocation à renforcer la scission opérée entre procédure disciplinaire de nature contractuelle et procédure disciplinaire de nature juridictionnelle. Interprétation envisageable, elle postule l'existence suffisante d'un contrôle *a posteriori* du juge pour assurer la protection de l'exclu[1095]. En outre, cette solution est d'autant plus concevable que l'absence du principe du contradictoire ne signifie pas absence de tout débat, particulièrement lorsque l'exclu fait partie de l'organe compétent pour décider l'exclusion[1096]. Toutefois, c'est peut être accorder une portée trop importante à la solution. Aussi est-il possible de concevoir une troisième interprétation plus modérée.

La troisième, enfin, consiste à opérer une distinction selon que la clause indique précisément les motifs d'exclusion ou non. En effet, en l'espèce, la Cour de cassation a rejeté le principe du contradictoire en raison de l'absence de toute arbitraire laissé à l'instance sociale : le principe des pénalités dues par le membre était acquis en vertu du jeu des statuts et l'organe social s'est simplement contenté d'en liquider le montant. En d'autres termes, il conviendrait de distinguer selon que l'on se trouve en présence d'une véritable clause résolutoire pour laquelle le

[1094] Cass. com., 11 juillet 2006, *Bull. civ*. IV, n° 182 ; *Bull. Joly soc.* 2007, p. 138, note J.-F. Barbiéri ; *RTD com.* 2006, p. 846, note C. Champaud et D. Danet.
[1095] Y. Pagnerre, th. préc., n° 894, p. 943 : « *si ces principes étaient d'une d'une absolue nécessité, il incombait au législateur de prévoir une règle spéciale de protection* ».
[1096] F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 760 et 761.

principe n'a pas vocation à jouer ou en présence d'une clause d'exclusion fondée sur le pouvoir disciplinaire légitimant son application. Le rapport de la Cour de cassation semble conforter cette dichotomie.

Cette interprétation médiane semble la plus légitime. En effet, l'intérêt social étant consubstantiel du pouvoir disciplinaire, l'associé doit pouvoir expliquer en quoi son comportement est conforme à cet intérêt[1097]. Ainsi que le soulignent les Professeurs Michel Germain et Raymonde Vatinet, « *les droits de la défense et le principe du contradictoire n'ont pas ici la même fonction que dans le droit du procès où il s'agit de permettre à chacune des deux parties de développer ses arguments devant un tiers impartial* »[1098]. La contradiction permet en matière d'exclusion d'attribuer à la décision « *un caractère réfléchi* »[1099] et de pallier le risque d'arbitraire en s'assurant que la mesure prise est bien conforme à l'intérêt social et proportionnée. Ce contradictoire devient inutile en présence d'une véritable clause résolutoire puisque l'indication précise des manquements sanctionnés réduit le risque d'arbitraire et échappe à toute prise en considération du bien commun[1100].

Quoi qu'il en soit, si la portée de cette solution n'est pas clairement établie, une décision ultérieure de la jurisprudence vient conforter l'affaiblissement du rôle du principe du contradictoire en matière sociétaire. En effet, la Cour de cassation a refusé de considérer que l'impossibilité pour l'exclu de venir s'expliquer devant l'organe décisionnel constitue une cause de nullité de la décision[1101]. Seule peut être engagée la responsabilité de la société[1102].

[1097] En ce sens, v. J. Granotier, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? », *D.* 2009, p. 1067, spéc. p. 1071.

[1098] M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 410.

[1099] S. Dariosecq et N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc.* 1998, p. 908, § 286, spéc. p. 915.

[1100] En ce sens, v. Y. Chartier, art. préc., spéc. p. 206 ; J.-P. Garçon, « L'exclusion d'un associé de société civile », A propos de Cass. com., 20 mars 2012, *JCP N* 2012, n° 1332, p. 43, spéc. p. 47 : « *l'exigence systématique du respect du contradictoire est critiquable : à quoi bon discuter d'un fait indéniable ? … le principe du contradictoire se conçoit en revanche lorsque l'exclusion dépend d'une qualification sujette à discussion* » ; R. Mortier, note sous Cass. com., 20 mars 2012, *JCP E* 2012, 1310 ; M. Germain et P.-L. Périn, « L'exclusion statutaire des associés de SAS », *Bull. Joly soc.* 2010, § 222, p. 1016, spéc. p. 1023 : « *lorsque l'exclusion est prononcée de plein droit, le non-respect des garanties procédurales serait sans incidence* » ; Cass. civ. 1ère, 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-12920, *Dr. soc.* 2009, comm. 25, note R. Mortier.

[1101] Cass. com., 13 juillet 2010, *Bull. civ.* IV, n°129 ; *D.* 2010, p. 1868, obs. A. Lienhard ; *D.* 2010, p. 2280, note B. Dondero ; *Dr. soc.* 2010, comm. 200, note H. Hovasse ; *JCP E* 2011, 1000, note G. Wicker et F. Deboissy ; *Bull. Joly soc.* 2010, p. 990, note P. Le Cannu : « *la nullité des actes ou délibérations des organes d'une société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou des lois qui régissent les contrats et qu'en conséquence l'impossibilité pour l'associé exclu de venir s'expliquer devant l'organe décidant son exclusion n'est pas une cause de nullité de la délibération ayant prononcé l'exclusion* » ; pour une critique juridique de la solution, v. J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1072.

280. En conséquence, l'influence du droit commun des contrats sur la société est indéniable. La société est en droit d'anéantir le contrat d'apport qui la lie à l'associé si celui-ci n'a pas correctement exécuté ses obligations. Cependant et à l'inverse du droit commun, la possibilité de résilier le lien contractuel doit nécessairement avoir été prévue par une clause des statuts. C'est dire que l'influence est imparfaite.

SECTION 2 UNE INFLUENCE PERFECTIBLE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

281. S'il apparaît peu opportun de prononcer la résiliation du contrat de société pour inexécution par un associé de ses obligations contractuelles, la résiliation judiciaire du contrat d'apport (§ 1) et sa résiliation unilatérale (§ 2) se révèlent, en revanche, être des remèdes prometteurs pour garantir la force obligatoire du double lien contractuel dans lequel est engagé l'associé. Partant, l'on ne peut que souhaiter leur consécration imminente.

§1 PLAIDOYER POUR LA RESILIATION JUDICIAIRE DU CONTRAT D'APPORT

282. Solution préférée à la résiliation du contrat de société, la résiliation du lien contractuel entre l'associé et la société n'a pourtant pas fait l'objet d'une consécration légale expresse. Aussi, en l'absence de disposition légale analogue à l'article 1844-7-5° du Code civil autorisant l'exclusion judiciaire de l'associé fautif, la jurisprudence se montre-t-elle réticente à l'admettre. Pourtant, il n'existe aucun obstacle juridique à sa reconnaissance (A) et ce, d'autant que l'opportunité de sa consécration ne fait aucun doute (B).

[1102] J.-P. Garçon, art. préc., spéc. p. 48 ; J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1072 : l'action en responsabilité civile menée sur l'article 1382 du Code civil suppose de démontrer, outre l'existence d'une faute (ici caractérisée par la violation du principe du contradictoire), l'exigence d'un préjudice en principe direct et certain. Or, le préjudice de l'associé lié à la violation du principe du contradictoire est, sinon incertain, assimilable à une perte de chance difficile à évaluer. Il semble préférable que les associés agissent sur le terrain de l'abus de droit pour tenter de remettre en cause la décision sociale.

A- UNE CONSÉCRATION FONDÉE EN DROIT

283. En théorie, tout conduit à légitimer la validité de l'exclusion judiciaire. En effet, le droit commun lui fournit un fondement textuel : l'article 1184 du Code civil (1) dont l'application n'est entravée par aucun obstacle dirimant (2).

1- L'affiliation du contrat d'apport au domaine d'application de l'article 1184 du Code civil

284. Les raisons de l'absence de fondement légal. Si certains auteurs et la jurisprudence se montrent hostiles à la consécration de l'exclusion judiciaire, c'est avant tout en raison de l'absence de fondement textuel explicite[1103]. Pourtant, ce n'est pas parce que le législateur n'a pas pris soin de consacrer explicitement l'exclusion judiciaire qu'il a entendu la prohiber.

En premier lieu, cette absence de fondement explicite peut se justifier d'un point de vue historique. Appréhendée depuis l'époque romaine et médiévale comme un contrat affecté d'un fort *intuitus personae*, la société ne pouvait pas envisager de se séparer de l'un de ses membres. Le départ d'un associé constituait nécessairement une altération intolérable du lien contractuel. Dans la même veine ne concevait-on pas la réalisation d'une cession de droits sociaux ou d'une substitution d'associé[1104]. La disparition d'un contrat d'apport retentissait nécessairement sur le contrat de société dans son entier. Il en résultait une dépendance totale et réciproque entre le contrat d'apport et le contrat de société. Toute dissociation se révélant impossible en pratique, seul le système du tout ou rien était concevable. Partant, le législateur n'a pas estimé opportun de consacrer l'exclusion.

En deuxième lieu, la conception unitaire de l'engagement de l'associé peut dans une certaine mesure justifier cette lacune législative. L'apport étant considéré comme l'obligation

---

[1103] Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 49 : « *Assez curieusement l'exclusion-sanction n'est prévue par aucun texte de portée générale. Bien au contraire elle semble écartée par l'article 1844-7-5° du Code civil qui prévoit que la société peut être judiciairement dissoute en cas d'inexécution de ses obligations par un associé* ».

[1104] V. N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 2. « *La seule atténuation que le droit romain tardif apporta à la rigueur de la discipline, fut la reconnaissance de la validité des pactes de non-dissolution en cas de mort d'un associé* ».

principale, sinon la seule, de l'associé, l'exclusion se rèvèle *a priori* de moindre utilité[1105]. D'une part, l'inexécution de l'apport est souvent inconcevable en raison de l'intervention simultanée de la souscription et de la libération. D'autre part, lorsque tel n'est pas le cas, d'autres sanctions plus effectives peuvent être prononcées, telle l'exécution en bourse pour les sociétés anonymes ou l'exécution forcée en nature plus conforme à l'intérêt social dans les autres sociétés[1106]. Cela permet d'expliquer de façon cohérente que le législateur ait consacré explicitement l'exclusion dans les sociétés à capital variable puisque ces dernières sont souvent des coopératives génératrices d'obligations personnelles positives qui découlent de la qualité de coopérateur superposée à celle d'associé[1107]. Pour autant, l'exclusion-sanction se révèle également opportune dans les autres sociétés puisque, particulièrement dans les sociétés dotées d'un fort *intuitus personae*, les associés sont tenus d'une obligation de bonne foi intense dont l'inexécution peut compromettre le fonctionnement de la personne morale. En outre, les associés peuvent avoir stipulé d'autres obligations que celles prévues par le législateur, telle une obligation de non-concurrence. En somme, dès lors que l'on reconnaît l'existence de ces obligations conventionnelles, la force obligatoire commande de pouvoir les sanctionner par l'exclusion de l'associé qui est susceptible de mettre la société en péril.

En troisième lieu et surtout, sur un plan théorique, l'existence d'un fondement autonome en droit des sociétés se révèle inutile dès lors que le droit commun des contrats permet là encore de conférer un fondement solide à l'exclusion sans avoir à recourir à la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire à la société[1108]. En effet, si l'application du principe de la réparation la plus adéquate peut apparaître comme un fondement fragile, tel n'est pas le cas du recours à l'article 1184 du Code civil qui consacre la résiliation du contrat en droit commun. La jurisprudence n'a d'ailleurs pas hésité à en faire application à plusieurs reprises pour prononcer l'exclusion d'un membre dans plusieurs groupements de droit privé[1109]. En matière d'association, la Cour de cassation a en effet admis que le juge avait la possibilité de prononcer l'exclusion en dehors de toute prévision statutaire[1110]. Egalement, en matière de coopérative, la Cour de cassation a

[1105] En ce sens, v. G. Durant-Lépine, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 7.
[1106] En ce sens, v. L. Grosclaude, th. préc., p. 309 : « *la seule obligation formelle est celle de libération de l'apport, et elle possède déjà une sanction propre* ».
[1107] Y. Guyon, *op. cit.*, n° 49.
[1108] M. Buchberger, th. préc., n° 528, p. 432.
[1109] V. not. CA Rouen, 24 mai 1890, *S*. 1892, 2, 20 ; CA Aix, 23 novembre 1904, *D*. 1905, 2, 121, note M. Planiol.
[1110] T. civ. Seine-Inf., 4 avril 1927, *DP* 1927, 2, p. 164, note R. Beudant.

explicitement reconnu la possibilité de la prononcer sur le fondement de l'article 1184 du Code civil[1111]. Il n'y a alors aucune raison d'en restreindre l'application à ces seuls groupements de droit privé. Si la solution n'a pas encore suffisamment convaincu[1112], elle a pourtant bien vocation à être généralisée à toutes les sociétés de personnes ou de capitaux[1113].

285. L'application de l'article 1184 du Code civil au contrat d'apport. Toutefois, si l'on considère que seul le contrat de société existe, il semble impossible sur le plan théorique de fonder l'exclusion-sanction sur l'article 1184 du Code civil[1114]. D'une part, la résiliation a pour effet de mettre fin au contrat. Or, en principe, l'exclusion ne met pas fin au contrat de société. Pour cette raison, certains objectent qu'en présence d'un contrat pluripartite, la résolution fondée sur 1184 du Code civil ne peut être prononcée qu'à l'égard de la partie qui a violé ses engagements[1115]. Cependant et bien que commode, cette justification souffre de l'absence de fondement solide[1116]. Le principe d'une résolution seulement partielle d'un contrat pluripartite ne figure nulle part dans la loi. Cette justification n'est donc que pure supposition doctrinale. D'autre part et surtout, la disposition est inapplicable en raison de l'absence de rapport synallagmatique entre les associés[1117]. La nature contrat-organisation du contrat de société

[1111] Cass. civ., 11 mars 1925, *S*. 1926, 1, p. 101 : la compétence statutaire n'est pas « *exclusive de celle des tribunaux de droit commun* » ; Cass. civ. 1ère, 8 mars 1967, *Bull. civ*., I, n° 93, p. 68 : la Cour de cassation affirme que les tribunaux peuvent « *statuer sur la demande de la société coopérative tendant à la résolution judiciaire du contrat, par application de l'article 1184 du Code civil* » ; en ce sens, v. Cass. civ. 1ère, 13 décembre 2005, *Bull. civ*. I, n° 502 ; *Rev. soc*. 2006, p. 555, note B. Saintourens.

[1112] Les arrêts qui ont admis l'exclusion judiciaire en matière de société sont rares. V. cependant CA Reims, 24 avril 1989, *Gaz. Pal*. 1989, 2, somm., p. 431, note P. de Fontbressin ; *RTD com*. 1989, p. 683, obs. Y. Reinhard ; *JCP E* 1990, II, 15677, note A. Viandier et J.-J. Causssain ; CA Caen, 11 avril 1927, *D*. 1928, 2, p. 65 ; TGI Poitiers, 29 juin 1975, *RTD com*. 1976, p. 795, obs. C. Champaud ; CA Grenoble, 16 septembre 2010, *Juris-Data* n° 2010-030228 ; *Dr. soc*. 2011, comm. p. 125, note M.-L. Coquelet ; *JCP E* 2011, 1267, note P. Mousseron ; *Contra* : CA Aix, 26 juin 1984, *D*. 1985, p. 372 ; CA Versailles, 17 octobre 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 283 ; CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc*. 1989, p. 247 ; Cass. com., 12 mars 1996, *Bull. civ*. IV, n° 86 ; *JCP E* 1996, II, 831, note Y. Paclot. Cet arrêt de la Cour de cassation n'est toutefois pas significatif dans la mesure où il s'agissait pour la Cour de cassation de se prononcer sur l'exclusion-remède et non sur l'exclusion-sanction de l'associé, ce qui relève d'une autre problématique. V. P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 205, spéc. p. 213 : « *La contradiction entre ces deux positions n'est qu'apparente. Dans le cas de la mésentente, aucun manquement grave et injustifié à ses obligations n'est reproché à cet associé. Il est même, par définition, celui qui n'est pas à l'origine du blocage de la société, en vertu d'une jurisprudence constante qui en fait la condition de recevabilité de l'action* ».

[1113] *Contra* : Rép. Min. Question écrite n° 18263, JO Déb. Ass. Nat. 25 octobre 1979, p. 8915 ; *JCP G* 1980, IV, p. 141-142.

[1114] J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1070.

[1115] J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc*. 1928, p. 1, spéc. p. 13.

[1116] M. Buchberger, th. préc., n° 529, p. 434.

[1117] L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 374, p. 242 ; en ce sens, v. T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 405 ; *Contra* :

empêche son application. En revanche, le recours au droit commun devient légitime dès lors qu'est considéré non plus le contrat de société mais le contrat d'apport. Société et associé sont tenus d'obligations réciproques[1118] et l'inexécution de l'une d'elles, à condition de revêtir une gravité suffisante appréciée souverainement par le juge, peut donc conduire à l'anéantissement du contrat d'apport par application de l'article 1184 du Code civil[1119].

286. La précision des modalités de mise en œuvre. Si l'article 1184 du Code civil dispense la consécration d'une disposition autonome, il n'en demeure pas moins que certaines modalités doivent être précisées par la jurisprudence eu égard aux spécificités du contrat d'apport. Certes, l'absence de précision légale sur l'évaluation des droits sociaux, l'organe compétent pour solliciter l'exclusion judiciaire ou encore les effets de l'exclusion ne fait pas obstacle à son application[1120]. Toutefois, la détermination de ces modalités se révèle nécessaire pour éviter le développement du contentieux. Les solutions retenues en matière d'exclusion conventionnelle semblent pouvoir être transposées.

En premier lieu, le juge doit définir les modalités d'évaluation de l'indemnité qui doit être versée à l'associé. A l'instar de ce qu'il en est dans les sociétés à capital variable, il est possible

---

J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 12 et s. : l'auteur justifie l'application de l'article 1184 du Code civil au contrat de société lui-même par le caractère synallagmatique qu'il lui octroie.

[1118] R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 155, p. 130 ; en ce sens, v. Cass. civ., 23 juillet 1935, *DP* 1938, 1, p. 16, note A. C. ; *Journ. soc*. 1936, 544, note H. Lecompte : « *le contrat qui lie l'actionnaire à la société leur impose des obligations réciproques… le droit de l'actionnaire de toucher périodiquement des dividendes et de recevoir une part de l'actif à la dissolution à la société est corrélatif de l'obligation qu'il assume de verser intégralement le montant de son apport* » ; v. note de J. Noirel sur cet arrêt, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 1962, p. 244, spéc. p. 245 : « *Pour la Cour de cassation, et d'une manière générale pour toute la jurisprudence, la nature de la souscription d'actions ne fait pas de doute : c'est un contrat synallagmatique* ».

[1119] F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 143 ; M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 615, p. 256, note de bas de page n° 8 ; T. Bonneau, note sous Cass. civ. 1ère, 4 janvier 1995, *Dr. soc*. 1995, comm. 70 ; J. Julien, « Observations sur l'évolution jurisprudentielle du sort des associés dans les sociétés civiles », *RTD com*. 2001, p. 841, spéc. p. 861 ; G. Wicker, v° La personne morale, in *Rép. soc*., Dalloz, 2008, n° 93 ; A. Couret, Bull. Joly soc. 1999, p. 1117, § 261, spéc. p. 1118 ; *Contra* : L. Grosclaude, th. préc., p. 311 : l'auteur considère néanmoins qu'il est impossible d'appliquer l'article 1184 du Code civil en raison de l'unicité du contrat de société ainsi que semble l'indiquer l'article 1832 du Code civil ; Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 49.

[1120] J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 14-15 : l'auteur relève que dans les législations qui prévoient la possibilité d'une exclusion judiciaire, certaines d'entre elles n'ont justement pas précisé les modalités de règlement des droits de l'exclu, ce qui ne remet pas pour autant en cause leur validité, tels les droits suisse ou japonais. De la même manière, en matière de société à capital variable, le législateur, s'il a expressément autorisé les clauses statutaires d'exclusion, n'en a pas non plus prévu les modalités ; N. Perez, th. préc., p. 8.

d'admettre que, dans les sociétés à capital fixe, l'associé « *a droit, non seulement à la reprise de son apport, mais aussi à la part qui revient dans l'actif social* »[1121]. En outre, l'évaluation peut être facilitée par le recours à un expert[1122].

En deuxième lieu, le juge doit préciser la date d'extinction du contrat d'apport. Par analogie à la solution admise en matière de résiliation conventionnelle, on peut considérer que l'extinction du contrat d'apport se réalise non pas au moment du prononcé judiciaire de l'exclusion mais au moment de l'indemnisation effective de l'associé afin de renforcer la protection de l'exclu.

En troisième lieu, le juge doit spécifier les effets de l'exclusion. Il semble possible d'admettre que l'exclusion de l'associé conduise, comme en matière d'exclusion conventionnelle, à une annulation de ses parts et non à leur cession à un tiers ou aux autres associés. La réduction du capital social consécutive à l'annulation des parts sociales n'étant qu'une conséquence mécanique de l'exclusion judiciaire, elle doit non seulement être permise quelle que soit la société, à responsabilité illimitée ou non, mais également être soustraite à l'application des règles existantes en matière de réduction du capital non motivée par des pertes.

En quatrième et dernier lieu, le juge doit déterminer l'organe compétent pour ester en justice. Davantage encore que pour ce qu'il en est en matière de résiliation conventionnelle, il importe peu que l'organe à l'origine de la demande soit collectif ou non. Puisqu'il revient au juge d'apprécier l'opportunité de la résolution et que l'associé conserve l'intégralité de ses droits au sein de la société jusqu'au prononcé de la décision judiciaire, il n'y a pas de danger à admettre qu'un gérant unique puisse requérir l'exclusion judiciaire. L'urgence de la situation peut d'autant plus légitimer le recours à un organe individuel.

287. Par conséquent, appartenant au domaine de l'article 1184 du Code civil, le contrat d'apport peut être anéanti pour inexécution contractuelle, peu important que les modalités d'application ne soient pas encore clairement définies. L'application de la disposition de droit

---

[1121] J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 17.

[1122] Le recours à l'expert est explicitement prévu en matière de cession d'actions par l'article L. 227-18, alinéa 1er, du Code de commerce dans les sociétés par actions simplifiées lorsque les parties n'en ont pas décidé autrement dans les statuts. Par une interprétation extensive, on peut considérer que l'article 1843-4 du Code civil relatif au recours à l'expert qui limite en principe son application aux « *cas où sont prévus la cession de droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société* » peut s'appliquer dans l'hypothèse de l'exclusion. V. M. Buchberger, th. préc., n° 529, p. 433.

commun est d'autant plus légitime qu'elle se révèle conforme à tous les principes de droit privé classiquement évoqués pour l'enrayer.

2- L'absence d'obstacle théorique à l'application de l'article 1184 du Code civil

288. Une fois la légitimité de l'application de l'article 1184 du Code civil au contrat d'apport reconnue, encore faut-il justifier sa conciliation avec le droit de l'associé de demeurer dans la société (a) et avec l'adage *specialia generalibus derogant* (b).

a- La conformité au droit de demeurer associé

289. Le droit de l'associé de demeurer dans la société repose sur un double fondement, le droit commun des contrats et le droit des biens, qui semble condamner de prime abord la possibilité d'exclure un associé. Pourtant, à bien y regarder, l'exclusion se conforme tant au principe d'irrévocabilité qu'au droit de propriété.

290. Conformité au principe d'irrévocabilité. En premier lieu, le droit de rester associé, considéré comme droit intangible de l'associé, est souvent invoqué par la doctrine pour interdire l'exclusion de l'associé. Ce droit a pour fondement le droit commun des contrats. L'article 1134, alinéa 2, du Code civil interdit qu'une partie puisse par sa volonté unilatérale éteindre le contrat. Pour autant, on admet que ce principe d'irrévocabilité cesse de recevoir application dès lors qu'une partie au contrat a commis une faute grave dans l'exécution de son contrat. En effet, le principe d'irrévocabilité constitue le corollaire de la force obligatoire du contrat. Dès lors, si une partie a manqué gravement à ses obligations contractuelles, elle porte irrémédiablement atteinte à la force obligatoire du contrat et, par voie de conséquence, remet en cause l'application du principe d'irrévocabilité à l'égard de l'autre partie. La résiliation du contrat permet de restituer au contrat sa force obligatoire. Partant, si droit de rester associé il y a, celui-ci est subordonné, à l'instar de tout contrat, à l'absence d'inexécution contractuelle grave. L'exclusion-sanction ne heurte donc pas de front le principe de la force obligatoire mais en constitue un instrument de préservation.

291. Conformité au droit de propriété. En second lieu, le droit des biens refuse qu'un associé puisse être exproprié contre son gré. Or, à la différence de la clause d'exclusion, l'associé n'a pas donné son accord à l'éventualité d'être exclu[1123]. Pour cette raison, pour certains auteurs, l'inconstitutionnalité de l'exclusion judiciaire ne fait aucun doute : il s'agit d'une privation de la propriété de l'actionnaire contre son gré intolérable au regard des articles 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 545 du Code civil[1124]. Cependant, pas davantage que la résolution d'un contrat de vente, la résolution du contrat d'apport ne constitue une atteinte à l'article 545 du Code civil[1125]. En effet, s'il est inconcevable que l'exclusion se produise *ad nutum* au regard du principe d'irrévocabilité contractuelle[1126] et du droit de propriété, l'article 545 du Code civil ne s'oppose pas à l'exclusion judiciaire pour faute. L'associé est avant tout un contractant avant d'être un propriétaire[1127]. En effet, il ne faut pas perdre de vue que la propriété des droits sociaux résulte de l'acquisition de sa qualité de partie au contrat de société et au contrat d'apport. De sorte que de la même manière qu'un acquéreur s'expose à la perte de propriété de la chose objet du contrat de vente en cas d'inexécution de ses obligations (non paiement ou paiement partiel de la chose par exemple), l'associé s'expose à la perte de la propriété de ses droits sociaux en cas d'inexécution contractuelle grave[1128].

[1123] V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 326, p. 289.

[1124] N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, préf. M. Gobert, n° 530 et s., p. 420 et s. ; Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 557, p. 627.

[1125] M. Buchberger, th. préc., n° 528, p. 432 : l'article 1184 du Code civil « *ne réalise pas davantage une expropriation qu'en ce qui concerne tout autre contrat qu'un contrat d'apport* ».

[1126] J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 10-11 : « *il est évident qu'une rupture du contrat ne peut être imposée à un associé qui n'a pas commis de faute, alors que ses coassociés ont pris envers lui un engagement ferme jusqu'à une date déterminée* ». Cependant, si l'affirmation est pertinente, il semble que ce soit d'abord et surtout la société qui ait pris cet engagement d'irrévocabilité à l'égard de l'associé par la conclusion du contrat d'apport.

[1127] M. Germain et P.-L. Périn, « L'exclusion statutaire des associés de SAS », *Bull. Joly soc.* 2010, § 222, p. 1016, spéc. p. 1017 : « *L'on peut penser après d'autres que l'associé est vu moins comme le propriétaire ou le titulaire de l'action, mais comme une partie au contrat de société* ». Pour une contestation radicale de l'attribution de la qualité de propriétaire à l'associé, v. R. Poésy, « Bref retour sur une question controversée : l'exclusion judiciaire de l'associé d'une société non cotée », *RJC* 2001, p. 159, spéc. p. 162 : « *Parler ici de droit de propriété peut être discuté. En effet, l'associé est bénéficiaire d'un droit de créance sur la société. Or, le titulaire d'une créance n'a qu'un droit indirect sur la chose, il n'a pas de droit réel, donc il n'a pas la propriété de celle-ci. Mais comme le législateur qui utilise une acceptation large de la propriété, les juges évoquent ici le droit de propriété* » ; v. également G. Durant-Lépine, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 7 : « *On doit reconnaître en effet à l'actionnaire un droit de propriété sur son titre. Cependant l'emploi d'une telle formule constitue un abus de langage dans la mesure dans la mesure où la dématérialisation des valeurs mobilières a imposé la représentation des titres par de simples inscriptions en compte. Par la même, la nature du droit des associés sur les nouvelles valeurs scripturales a subi une profonde altération. Toutefois, ceux-ci conservent sur leurs actions, un droit qui se rattache à la catégorie des droits réels* » ;

[1128] J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 535, spéc. p. 543 : « *La qualité d'actionnaire ne se définit pas et ne se réduit pas à celle de titulaire d'actions. Quand il est exclu de la société, il*

Le droit européen conforte d'ailleurs la validité de l'exclusion-sanction judiciaire[1129]. En effet, l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales subordonne la privation de propriété à quatre conditions : l'existence d'une loi, un but d'utilité publique, une proportionnalité entre la mesure et son objectif et, enfin, une compensation pécuniaire. En ce qui concerne l'existence d'une loi, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg l'apprécie souplement. Pour cette raison, on peut considérer l'exigence remplie dès lors que le droit français admet que le juge peut y procéder. Pour ce qui est d'un but d'utilité publique, la condition semble, là encore, satisfaite puisque le prononcé de l'exclusion peut permettre de préserver les nombreux intérêts mis en péril par le maintien de l'associé fautif au sein de la société[1130]. Ce n'est pas seulement l'intérêt des autres créanciers mais également l'intérêt général qui se trouvent sauvegardés par la mesure d'exclusion. Pour ce qui est de la proportionnalité, l'exigence peut être considérée comme respectée dès lors que le prononcé de la sanction permet de sauver la société d'une issue fatale[1131]. En d'autres termes, l'exclusion doit se justifier à l'aune de l'intérêt social. Il en résulte que seule l'inexécution d'une obligation principale peut en principe permettre le retrait forcé de l'associé[1132]. Enfin, on l'a vu, l'indemnisation est une condition également requise par le droit français quelle que soit la nature de l'exclusion. L'exclusion judiciaire, comme l'exclusion conventionnelle, ne devient légitime au regard du droit de propriété qu'à la condition d'une indemnisation effective de l'associé. Le fait qu'il soit fautif ne lui fait pas perdre ce droit.

292. Néanmoins, après avoir légitimé l'atteinte portée au droit de rester associé, il faut encore s'assurer de la possible conciliation entre l'article 1184 du Code civil et l'article 1844-7-5° du même Code.

---

n'est exproprié de ses titres que par voie de conséquence ; il perd la qualité d'actionnaire avant celle de propriétaire ».

[1129] J.-J. Daigre, art. préc., spéc. p. 544.

[1130] *Ibid.* : « *la société est le plus souvent le réceptacle d'une série d'intérêts collectifs chacun digne de protection, qu'il s'agisse de celui des actionnaires, de celui des salariés, de celui des fournisseurs, de celui des clients et de celui de la Nation au travers de l'économie nationale, de l'emploi et des finances publiques* » ; *Contra* : M. Buchberger, th. préc., n° 387, p. 321.

[1131] En ce sens, v. N. Perez, th. préc., p. 62-63.

[1132] *Ibid.*

b- La conformité à l'adage *specialia generalibus derogant*

293. Complémentarité des dispositions. Certains auteurs ont fait valoir que l'article 1844-7-5° du Code civil n'étant que l'application spécifique de l'article 1184 du Code civil aux sociétés, le principe *Specialia generalibus derogant* aboutit à écarter ce dernier[1133]. Pourtant, bien qu'animées d'un même esprit, la finalité de ces deux dispositions est distincte. Alors que l'application de l'article 1844-7-5° du Code civil a pour effet d'anéantir le contrat de société dans son entier, la mise en œuvre de l'article 1184 du même Code ne génère que sa résiliation partielle[1134]. En réalité et plus encore, l'objet même de ces deux dispositions diffère[1135]. Si l'article 1844-7-5° du Code civil porte sur la résiliation du contrat de société, l'article 1184 du même Code a vocation à s'appliquer au contrat d'apport. Au vrai, le principe *Specialia generalibus derogant* ne constitue un obstacle à la mise en oeuvre de l'article 1184 du Code civil en matière sociétaire que si l'on souhaite appliquer la disposition au contrat de société[1136]. La reconnaissance d'un contrat d'apport entre l'associé et la société rend inopérante l'invocation dudit principe. En somme, le droit commun ne vient qu'en complément du droit des sociétés[1137].

294. Articulation des dispositions. Surgit alors la question de l'articulation des deux dispositions. La société et les associés peuvent-ils à leur guise choisir de se fonder sur le droit commun ou sont-ils contraints par la disposition spéciale ? Si c'est la société qui n'exécute pas ses obligations à l'égard de l'associé, le conflit de normes est alors inexistant puisque la société

[1133] R. Poésy, art. préc., spéc. p. 163 ; J. Granotier, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? », *D.* 2009, p. 1067, spéc. p. 1070.

[1134] J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 14 : « *Ces deux articles malgré l'idée commune qui les inspire, sont, en réalité, indépendants* ». L'auteur s'inspire de la comparaison avec le contrat de mariage pour lequel on admet tout autant la séparation de corps que le divorce ; N. Perez, th. préc., p. 129 : *« Les effets de l'exclusion et de la disparition totale sont opposés et les assimiler constitue une grave erreur* ».

[1135] M. Buchberger, th. préc., n° 530, p. 435 : « *L'existence de l'article 1844-7-5° du Code civil ne peut en aucun cas être un obstacle, car il concerne le contrat de société, et non le contrat d'apport. L'adage* specialia generalibus derogant *est par conséquent sans objet, puisque l'article 1184, appliqué au seul contrat d'apport, n'entre pas en conflit avec cette disposition* ».

[1136] A supposer néanmoins que l'adage soit applicable. La doctrine s'accorde en effet à exclure la règle *Specialia generalibus derogant* de la résolution des concours d'actions. V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, v° *Specialia generalibus derogant* ; F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, Dalloz, 12e éd., 2008, n° 267-268 ; P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Contrats spéciaux*, Litec, 7e éd., 2013, n° 203 ; J. Carbonnier, note sous Cass. civ. 1re, 19 juill. 1960, *RTD civ.* 1961. p. 332. « *Lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul. Si le législateur a agi délibérément, que sa volonté soit faite* ».

[1137] M. Buchberger, th. préc., n° 527, p. 431.

n'est partie qu'aux seuls contrats d'apport. Dans ce cas, seule l'application de l'article 1184 du Code civil est envisageable et permettra à l'associé de résilier son contrat d'apport. En revanche, le conflit de normes existe dès lors que c'est un associé qui n'exécute pas ses obligations puisque celui-ci est partie tant au contrat de société qu'au contrat d'apport et que ces deux contrats connaissent un même contenu obligationnel. Dans ce cas, chacun des deux contrats est susceptible d'être résilié respectivement sur les fondements des articles 1844-7-5° et 1184 du Code civil. Certes, les demandeurs à l'action ne seront pas les mêmes selon l'action envisagée. Alors que l'article 1844-7-5° du Code civil devra impérativement être mis en œuvre par les associés, l'article 1184 du Code civil devra en principe être invoqué par la société. Toutefois, étant donné l'identité du fait générateur pour les deux actions en résiliation judiciaire (l'inexécution d'une obligation présente dans les deux contrats), aucun fondement ne semble *a priori* l'emporter sur l'autre.

De prime abord, cependant, en raison de la pluralité des intérêts mis en jeu par le contrat de société, il conviendrait de privilégier la résiliation du contrat d'apport[1138]. Toutefois, l'anéantissement du contrat de société apparaît parfois inévitable. En réalité, le choix du fondement va dépendre de l'importance de l'obligation inexécutée et des conséquencences de l'inexécution sur la société[1139]. Si l'on est en présence d'une inexécution de prestation substantielle pour la réalisation de son objet, le contrat de société doit être intégralement anéanti[1140]. Il doit en être de même lorsque la perturbation est d'origine collective ou impersonnelle ou lorsqu'il existe une véritable mésentente suite à l'inexécution contractuelle[1141]. En revanche, si l'inexécution contractuelle n'empêche pas la société de continuer à fonctionner normalement, seul le contrat d'apport doit être anéanti. Il n'y a alors aucune raison de faire peser les conséquences de l'inexécution d'une obligation contractuelle par un associé sur l'ensemble de

[1138] En ce sens, v. M. Buchberger, th. préc., n° 540, p. 443 : « *il est tout aussi souhaitable que logique d'estimer que le juge pourrait refuser de faire droit à la demande de dissolution et imposer la résolution du contrat d'apport* ».
[1139] T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 405.
[1140] *Ibid.* : ces auteurs donnent en exemple plusieurs prestations qui peuvent être considérées comme substantielles telles que la compétence particulière de la partie dans le domaine faisant l'objet du contrat, les lignes de crédit dont elle dispose et la détention par elle d'une autorisation, d'une agrégation de brevet nécessaire à la réalisation de l'opération faisant objet du contrat.
[1141] N. Perez, th. préc., p. 63.

ses coassociés. Cependant, simple en théorie, la distinction se révèle délicate en pratique puisqu'il n'est pas toujours aisé d'identifier le caractère substantiel ou non de la prestation[1142].

Quoi qu'il en soit, le principe doit être celui de la résiliation du contrat d'apport et l'exception celle de la résiliation du contrat de société[1143]. L'infime probabilité de sauver la société doit permettre de sacrifier l'intérêt individuel et confiner la portée de la sanction au seul associé fautif. Partant, concevable sur le plan juridique, l'exclusion judiciaire doit d'autant plus être consacrée qu'elle se révèle opportune en pratique.

B- UNE CONSÉCRATION FONDÉE EN PRATIQUE

295. Une sanction plus effective que les remèdes légaux. Loin d'être une « *monstruosité juridique* »[1144], l'exclusion-sanction présente une double utilité par rapport aux remèdes légaux.

En premier lieu, l'exclusion-sanction constitue un remède préventif effectif. D'une part, les enjeux sont souvent tels que la menace de verser des dommages et intérêts ne dissuade pas l'associé de commettre un manquement[1145]. D'autre part, si la société est prospère, l'associé ne sera pas non plus intimidé par la menace d'une dissolution pour inexécution eu égard aux inconvénients majeurs que génère la reconstitution d'une société entre les autres associés. En définitive, insuffisamment comminatoires, les sanctions légales existantes ne préservent qu'imparfaitement la force obligatoire du contrat. Seule la conscience de pouvoir être exclu de la société peut réellement empêcher l'associé d'adopter un comportement fautif.

En second lieu, l'exclusion-sanction constitue un remède curatif efficace. L'exclusion-sanction conduit seulement à l'anéantissement du contrat d'apport qui lie l'associé à la société laissant subsister le contrat de société lui-même. Si l'associé exclu peut être enclin dans un esprit de vengeance à entamer des actions en justice contre la société, la société évite cependant un

---

[1142] T. Tilquin et V. Simonart, *op. cit*., n° 405 : « *L'analyse de la volonté des parties et du caractère substantiel ou non de la prestation de la partie défaillante peut assurément donner lieu à des contestations, mais ces difficultés pratiques sont inhérentes à la résolution tacite et peuvent d'ailleurs être prévenues dans une large mesure par une rédaction judicieuse du contrat pluripartite* ».

[1143] N. Perez, th. préc., p. 75 : *« L'exclusion sera l'effet normal de l'inexécution car une telle solution permet aux associés diligents la continuation du contrat et de l'entreprise et l'exclu obtiendra la liquidation de ses droits* ».

[1144] Terminologie employée par R. Rodière, note sous CA Rouen, 8 février 1974, *Rev. soc*. 1974, p. 507.

[1145] T. Bonneau, note sous Cass. 1ère civ., 4 janvier 1995, *Dr. soc*. 1995, comm. 70.

trouble certain de le maintenir en son sein[1146]. L'exclusion-sanction doit pour cette raison être privilégiée dès lors qu'elle concourt à la préservation de l'intérêt de la société elle-même[1147].

296. Une sanction complémentaire de l'exclusion conventionnelle. A l'instar de la clause résolutoire, le caractère automatique de la clause d'exclusion lui confère une efficacité certaine. Néanmoins, là est sa faiblesse, l'exclusion ne peut être prononcée que si les parties en ont prévu au moins le principe dans les statuts. En effet, si en raison de la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire les parties ne doivent pas nécessairement mentionner avec précision les manquements objet de l'exclusion, elles doivent toutefois expressément stipuler la possibilité d'exclure. Or, si la clause ne figure pas *ab initio* dans les statuts, son introduction ultérieure se révèle compromise puisque suppose de réunir l'unanimité ou du moins la majorité qualifiée des voix. Partant, dans les sociétés de grande taille, il devient impossible en pratique de pallier cette omission. Seule l'admission de l'exclusion judiciaire peut alors assurer la protection de la force obligatoire du contrat de société et des autres contrats d'apport[1148]. Pour autant, à l'inverse de ce qu'il en est en matière de clause résolutoire, le prononcé de l'exclusion est conditionné par la gravité de l'inexécution appréciée souverainement par le juge, ce qui contribue à la rapprocher de l'exclusion prononcée à titre de sanction disciplinaire. En somme, l'exclusion judiciaire et l'exclusion conventionnelle sont complémentaires.

[1146] J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc*. 1999, p. 535, spéc. p. 542 : « *en cas de crise grave entre les actionnaires, l'unique solution résiderait dans la dissolution de la société, ce qui conduirait à une exclusion de tous les actionnaires, pour le plus grand dommage de chacun, de la société et de l'entreprise à laquelle elle donne corps. Face à cela, l'exclusion judiciaire est un moindre mal* » ; M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 618, p. 258.

[1147] CA Rouen, 8 février 1974, *Rev. soc*. 1974, p. 507, obs. R. Rodière ; *RTD com*. 1974, p. 290, obs. R. Houin et R. Saint-Alary : « *si la pérennité d'une société exige que l'introduction de nouveaux actionnaires soit soumise à l'agrément, il est incontestable qu'elle peut également exiger que la société puisse exclure les associés dont la présence apporte, par suite d'une modification importante de leur situation économique ou juridique, un risque sérieux de voir la société détournée de son but ou placée dans l'incapacité de le poursuivre* ». J.-J. Daigre, art. préc., spéc. 544 : l'auteur affirme néanmoins que l'exclusion ne doit être ordonnée que s'il y va de la pérennité de la société.

[1148] J. Julien, « Observations sur l'évolution jurisprudentielle du sort des associés dans les sociétés civiles », *RTD com*. 2001, p. 841, spéc. p. 861 : « *Il ne faudrait pas que la société fût contrainte de conserver en son sein un associé n'étant visiblement plus animé des mêmes sentiments vis-à-vis du groupement sous prétexte de l'absence d'une clause statutaire le prévoyant* » et p. 860 « *l'attitude de celui-ci est susceptible de jeter le discrédit sur le groupement ou plus simplement de lui être défavorable* ».

297. L'admission de l'exclusion judiciaire s'inscrirait dans l'évolution actuelle du rôle du juge qui devient véritablement le serviteur de la pérennité du contrat[1149] et légitime son immixtion dans la sphère contractuelle[1150]. Il n'est donc pas étonnant que beaucoup de législations étrangères l'aient déjà consacrée[1151]. Remède effectif, sa consécration est souhaitable, d'autant que le droit commun lui fournit un fondement solide et que les arguments érigés à sans encontre ne sont pas rédhibitoires. Pour autant, la longueur et le coût de la procédure judiciaire tendent à affaiblir son efficacité. En conséquence, par-delà la résolution judiciaire, c'est la consécration de la résolution unilatérale du contrat d'apport qui est espérée.

§2 PLAIDOYER POUR LA RÉSILIATION EXTRA-JUDICIAIRE DU CONTRAT D'APPORT

298. Davantage encore que la consécration de la résiliation judiciaire du contrat, se pose la question de l'opportunité de la reconnaissance d'une résiliation extra-judiciaire, c'est-à-dire unilatérale, en droit des sociétés. Procédure pragmatique qui pallie les lenteurs du système judiciaire, elle s'est définitivement imposée récemment en droit commun des contrats comme concurrente de la résiliation judiciaire. Pour cette même raison, elle doit pouvoir être admise concernant le contrat d'apport (A) et être subordonnée au régime de droit commun des contrats (B).

A- LE CHAMP D'APPLICATION : LES CONTRATS D'APPORT

299. De par sa mise en œuvre rapide et peu onéreuse, la résiliation extra-judiciaire du lien contractuel qui unit un associé à la société peut permettre de sauver le contrat de société d'un péril imminent. Son application doit, pour cette raison, être généralisée à tous les contrats d'apport (1). Toutefois, la dangerosité de la sanction tenant à son caractère unilatéral conduit, en revanche, à en refuser l'application au contrat de société lui-même (2).

[1149] J.-J. Daigre, art. préc., spéc. p. 542 : pour l'auteur, l'admission de l'exclusion judiciaire ne ferait que conforter l'évolution du rôle du juge en droit des sociétés comme en droit des contrats. V. *infra*, n° 534 et s.

[1150] P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 205, spéc. p. 213 : l'intervention du juge dans les affaires privées demeure une question controversée en doctrine.

[1151] J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc*. 1928, p. 1, spéc. p. 11 : l'auteur cite notamment les droits allemand, suisse, italien, espagnol, autrichien, hongrois, roumain, mexicain, chinois, japonais ou encore argentin.

1- La généralisation de la résiliation extra-judiciaire à tous les contrats d'apport

300. Consécration légale de la résiliation extra-judiciaire en droit des sociétés. De manière surprenante, si le législateur n'a pas admis en droit des sociétés la possibilité pour le juge de prononcer l'exclusion judiciaire de l'associé, il a consacré dans certaines sociétés la faculté pour la société d'exclure un de ses membres pour inexécution contractuelle sans passer préalablement par le juge et sans que la sanction n'ait été prévue par les statuts. Plus exactement dénommée « exécution en bourse »[1152], cette technique consiste à autoriser la société cocontractante, après mise en demeure de l'associé, à vendre ses titres en bourse ou aux enchères publiques (respectivement si les titres sont cotés ou non). Le procédé s'apparente bien à une « résiliation » puisque, par la vente des titres à une tierce personne[1153], la société met fin pour l'avenir au lien contractuel qui l'unit à l'associé[1154]. Pourtant, tout bien considéré, il ne s'agit pas d'un anéantissement *stricto sensu* mais d'une cession puisque le contrat d'apport se perpétue avec l'acquéreur futur des titres. Il n'en demeure pas moins que peut être constatée une rupture des liens contractuels entre l'exclu et la société, ce qui permet de retenir la dénomination, bien qu'impropre, de résiliation.

Le procédé s'apparente en outre bien à une résiliation « unilatérale » puisque la société procède à la mise en vente des titres sans intervention préalable du juge[1155]. L'exclusion n'est subordonnée qu'à la seule mise en demeure de l'associé défaillant par la société. A l'origine, sa

---

[1152] M. Bernard, « Etudes sur l'exécution en bourse d'actions ou d'obligations non libérées », *Annales de droit commercial*, 1904, p. 145 ; C. Houpin, « De la nature de la clause d'exécution en bourse d'actions non libérées et de ses effets en cas de faillite de l'actionnaire défaillant », *Journ. soc*. 1931, p. 385 ; C. Houpin et Bouvieux, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, T. 1, Sirey, 7e éd., 1935, n° 423 ; M. Pallu, *De l'exécution en bourse pour non-versé sur des actions ou des obligations non libérées*, thèse Bordeaux, 1907, p. 94 ; A. Foncin, *De l'exécution en bouse des actions ou obligations non encore libérées*, thèse Dijon, 1907, p. 80.

[1153] La résiliation ne prend effet qu'au moment de la vente. V. J. Noirel, note sous Civ., 23 juillet 1935, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 1962, p. 244, spéc. p. 247.

[1154] N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 173 : B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p. 126 : l'exécution en bourse « *apparaîtrait donc comme une application du principe général édicté par l'article 1184 du Code civil et comme la résolution des obligations réciproques de la société et de l'actionnaire, si elle n'était pas totalement dépourvue de procédure judiciaire* » ; *Contra* : A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 39, p. 40 : l'auteur rattache davantage l'exécution en bourse à une voie privée d'exécution, « *une sorte de saisie et de vente de titres sans intervention de justice* », qu'à une résolution ; A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, p. 214 : pour ces auteurs, l'exécution en bourse doit s'analyser en « *une mesure administrative d'ordre intérieur destinée à assurer la bonne marche de l'institution* » ; M. Bernard, « Etudes sur l'exécution en bourse d'actions ou d'obligations non libérées », *Annales de droit commercial*, 1904, p. 134-135.

[1155] La mise en œuvre de l'exécution en bourse n'est subordonnée ni à une autorisation judiciaire ni à l'accomplissement de formalités de saisie. V. A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 39, p. 39.

mise en œuvre supposait d'avoir été expressément prévue par les associés, ce qui apparentait davantage la technique de l'exécution en bourse à une clause résolutoire[1156]. Devenu progressivement une clause de style[1157], ce remède de justice privée a été consacré finalement par le législateur et n'a donc plus besoin d'être stipulé dans les statuts.

Partant, par la consécration de l'exécution en bourse, le droit des sociétés cotées connaît, comme le droit commun, la résiliation extra-judiciaire.

301. Dichotomie entre droit commun et droit des sociétés. En revanche, à la différence du droit commun des contrats, la résiliation extra-judiciaire en droit des sociétés connaît un domaine plus limité sur un double plan.

En premier lieu, elle est cantonnée à certaines sociétés seulement. En effet, alors qu'en droit commun la jurisprudence semble faire de la résiliation unilatérale un mode général d'extinction du contrat, en droit des sociétés, le législateur ne l'admet que pour certains contrats d'apport seulement. Il en est ainsi tout d'abord en matière de société de construction[1158], il en est également ainsi en matière de société anonyme[1159].

En second lieu, la résiliation extra-judiciaire est subordonnée à l'inexécution de l'obligation principale du contrat d'apport. Alors qu'en droit commun la résolution unilatérale peut être mise en œuvre par le créancier quelle que soit l'obligation inéxécutée, dès lors que l'inexécution revêt une gravité suffisante[1160], le droit des sociétés cantonne la technique de l'exécution en bourse à l'inexécution de l'obligation d'apport. Si la solution satisfait le principe de prévisibilité contractuelle et, donc, sauvegarde mieux l'intérêt individuel de l'associé, la solution n'est pas suffisamment protectrice de l'intérêt social. D'autres manquements contractuels sont en effet susceptibles d'entraver le bon fonctionnement de la société, en particulier l'inexécution de l'obligation de coopération. En réalité, circonscrite à l'inexécution de l'obligation d'apport, la résiliation unilatérale se révèle peu utile. En effet, pour que cette dernière soit efficace, le titre doit avoir conservé sa valeur. Or, si tel est justement le cas, l'actionnaire sera

---

[1156] J. Noirel, note préc., spéc. p. 247.

[1157] V. par exemple Cass. civ., 23 juillet 1935, *DP* 1938, 1, p. 16, note A. C. ; *Journ. soc*. 1936, 544, note H. Lecompte : « *Est licite, même à l'égard de la faillite du souscripteur d'actions, la clause des statuts d'une société stipulant que le contrat intervenu entre la société et le souscripteur sera résolu de plein droit si celui-ci ne satisfait pas, quand il en sera requis, à l'obligation de libérer ses titres* ».

[1158] Articles L. 211-3 et L. 212-3 du Code de la construction et de l'habitation.

[1159] Article L. 228-27 du Code de commerce.

[1160] V. *infra*, n° 308.

plus enclin à procéder lui-même à sa vente. A l'inverse, si le titre ne vaut plus sa valeur nominale, il y a fort à penser que sa vente ne se réalisera pas et donc que la société n'agira pas[1161]. Par conséquent, la consécration sélective de la résolution unilatérale est loin d'être satisfaisante et demanderait à être généralisée non seulement à toutes les sociétés mais surtout à d'autres manquements que l'obligation d'apport.

302. L'intérêt d'une généralisation. Davantage que pour les autres contrats, la reconnaissance de la résolution unilatérale se révèlerait opportune en matière sociétaire. En effet, si les contrats d'apport sont nécessaires au bon fonctionnement du contrat de société, leur mauvaise exécution peut tout aussi contribuer au dépérissement de ce dernier. Pour cette raison, mieux vaut sacrifier une branche de l'arbre plutôt que de risquer la contagion ! Il faut couper la mauvaise branche tant qu'il en est encore temps, rompre le contrat d'apport défaillant tant que l'associé n'a pas encore répandu la léthargie de son *affectio societatis* sur le contrat de société[1162]. Si tant soit peu l'on puisse considérer la mesure comme humiliante, elle est nécessaire pour préserver l'intérêt de la société et par-delà tous les intérêts extérieurs connexes. Si l'associé subit un préjudice certain par la décision d'exclusion, lequel se trouve privé ultérieurement des bénéfices que continueront à se partager les membres restants, le préjudice de la société serait bien plus grand à laisser en son sein un membre défaillant. Par conséquent, dès lors que l'intérêt social est en jeu, la société doit avoir la possibilité de mettre un terme au contrat d'apport mal exécuté avant que la situation ne dégénère et ne devienne irréversible[1163]. En raison de son efficacité économique, la résiliation unilatérale doit donc être consacrée en matière de contrat d'apport[1164].

303. La voie ouverte par la jurisprudence. De premier sentiment, cependant, une telle généralisation semble être condamnée. Si l'absence de fondement légal constitue un obstacle à

[1161] A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 39-40, p. 39-40.
[1162] En ce sens, v. V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 328, p. 290-291.
[1163] P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 205, spéc. p. 212 : « *bien qu'une exclusion non expressément prévue dans les statuts puisse apparaître comme une sorte d'acte d'exécution privée du contrat-organisation, cet acte, à la fois fondé et légitime, contribuerait au respect par les parties de leurs obligations essentielles découlant de leur appartenance volontaire à l'organisation* ».
[1164] D. Bakouche, « Observations relatives à la résiliation unilatérale des contrats », *Lexbase Hebdo, éd. Affaires*, 2002, n° 29.

l'admission de la résiliation judiciaire du contrat d'apport, *a fortiori*, elle empêche la consécration de la résiliation unilatérale dudit contrat. En effet, le caractère dangereux de la résiliation unilatérale ne plaide pas en faveur de sa généralisation. Pourtant, en droit commun des contrats, l'absence de fondement textuel[1165] n'a pas empêché la jurisprudence d'affirmer à plusieurs reprises que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin unilatéralement, à ses risques et périls, sans intervention judiciaire préalable*[1166]. Or, étant donné la généralité des termes employés, rien ne justifie *a priori* de l'exclure du champ de cette émancipation jurisprudentielle[1167]. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà fait preuve d'audace et reconnu son application en matière sociétaire. En l'espèce, trois masseurs kinésithérapeutes ont constitué une société civile de moyens dont les statuts proscrivent l'exercice de l'activité professionnelle en dehors de la société. Or, l'un des associés a violé cette obligation. Aussi les autres ont-ils décidé son exclusion. Si l'interprétation stricte de la clause suffisait à légitimer la sanction prononcée, la Cour de cassation a cependant profité de l'occasion pour affirmer que l'exclusion d'un associé d'une société civile de moyens était licite « *que M. Weil, en exerçant dans un cabinet extérieur, avait commis une infraction grave de nature à justifier son exclusion et ce indépendamment même de la clause des statuts prévoyant cette sanction* »[1168]. En outre, sensible aux avantages de la solution, le Rapport annuel de la Cour de cassation a corroboré cette possibilité de résiliation unilatérale[1169]. La Cour de cassation avait

---

[1165] Davantage encore qu'une absence de fondement textuel, ce serait pour certains auteurs la contrariété avec l'article 1184 du Code civil qui en empêcherait l'admission. V. P. Ancel, « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 103, spéc. p. 112 ; *Contra* : C. Jamin, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot pourri introductif », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 3, spéc. p. 8 : l'auteur affirme une erreur d'interprétation de l'article 1184 du Code civil. L'intervention du juge ne serait nécessaire que lorsque l'octroi d'un délai est encore possible et utile.

[1166] V. par exemple Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1998, *Bull. civ*. I, n° 300 ; *D*. 1999, 197, note C. Jamin ; *D*. 1999, somm. p. 115, obs. P. Delebecque ; *Defr*. 1999, 374, obs. D. Mazeaud ; *RTD. civ*. 1999, 394, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2001, *Bull. civ*. I, n° 40 ; D. 2001, 1568, note C. Jamin ; *D*. 2001, somm. p. 3239, obs. *D*. Mazeaud ; *Defr*. 2001, 705, obs. E. Savaux ; *RTD civ*. 2001, 363, obs. J. Mestre et B. Fages : la Cour de cassation précise dans cet arrêt que la résolution unilatérale peut s'appliquer peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non.

[1167] En ce sens, v. F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 143.

[1168] Cass. civ. 1ère, 4 janvier 1995, *Bull. civ*. I, n° 12; *Rev. soc*. 1995, p. 525, note M. Jeantin ; *Dr. soc*. 1995, comm. 70, obs. T. Bonneau.

[1169] Rapport annuel de la Cour de cassation, 1995, p. 282.

également admis l'exclusion d'un membre d'une association en raison du caractère unanime de la décision[1170].

304. Une généralisation propice aux sociétés de personnes. Cependant, si la résiliation unilatérale doit être généralisée quel que soit le contrat d'apport, il semble que les sociétés de personnes en constituent sa terre d'élection. En effet, la résiliation quelle soit unilatérale ou judiciaire ne doit être prononcée que pour inexécution grave, lorsque l'inexécution rend impossible la collaboration et génère un risque d'anéantissement de la société. Une telle hypothèse suppose donc que la collaboration soit essentielle à l'exécution du contrat de société. Or, l'obligation de collaboration étant largement atténuée en principe dans les sociétés de capitaux[1171], il est rare que le manquement d'un associé (autre que le défaut d'apport) soit suffisamment grave pour mettre en péril la société. L'exclusion n'étant alors pas nécessaire pour sauvegarder l'intérêt social, d'autres sanctions doivent être favorisées (l'exécution forcée ou les dommages et intérêts). Par conséquent, paradoxalement, ce sont dans les sociétés de personnes dont l'*intuitus personae* est le plus marqué que la résiliation unilatérale a vocation à s'épanouir. Alors qu'initialement c'est l'*intuitus personae* qui empêchait le développement de l'exclusion, le nécessaire rétablissement du lien de confiance entre les autres associés légitime désormais son application. Certes, la considération de la personne conduit à restreindre les cas de substitution d'associé. Pour autant, l'exclusion se révèle bénéfique puisque la séparation de la société, noyau dur, de l'un de ses atomes défectueux favorise la consolidation des autres liens sociaux. Il ne semble toutefois pas opportun de restreindre la consécration de la résiliation unilatérale aux seules sociétés de personnes[1172]. L'inexécution répétée de l'obligation de coopération peut

---

[1170] Cass. req., 22 décembre 1920, *S*. 1922, 1, p. 369, note R. Morel.

[1171] N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 119 : « *l'obligation de collaboration est atténuée, même si elle ne disparaît pas totalement, dans la société de capital. Positivement, elle se traduit par l'obligation d'intervenir aux assemblées sociales, et elle est sanctionnée par le fait que l'associé n'exerce pas son influence sur l'action sociale et reste soumis à la décision prise ; négativement, elle se traduit par l'obligation de ne pas poursuivre des intérêts extrasociaux dans la délibération, devoir sanctionné par la responsabilité ordinaire et la possibilité d'annuler la délibération avec laquelle les buts extrasociaux ou antisociaux ont été poursuivis* ». Cela justifie que l'inexécution de l'obligation de collaboration ne donne pas droit à l'exclusion dans le Code de Panama et cela justifie au moins pour partie que le droit français ait lui aussi limité la résiliation unilatérale à l'obligation d'apport considérée comme principale dans les sociétés anonymes.

[1172] L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 303 : « *une idée reçue veut que dans les sociétés dotées d'une forte dose d'*intuitus personae *cette sanction (exclusion) soit admissible, même sans clause particulière (civ. 1ère 4 janvier 1995). Ce poncif juridique est tout à fait contestable d'après nous. Pourquoi le principe général énonçant l'intangibilité du droit de rester associé, pourquoi l'article 544 du Code civil n'auraient-ils pas vocation à s'appliquer à l'égard de toute société, fût-elle civile ? La résistance est*

également aboutir à fragiliser le fonctionnement d'une société de capitaux. L'exclusion devrait par exemple être prononcée lorsque l'actionnaire vote systématiquement à l'encontre de l'intérêt social.

305. Si la résiliation unilatérale doit ainsi être admise quel que soit le contrat d'apport, il n'apparaît pour autant pas opportun d'étendre son application au contrat de société lui-même.

2- Une consécration circonscrite au seul contrat d'apport

306. Le rejet de la résiliation unilatérale du contrat de société. Alors qu'elle poursuit son ascension et concurrence fortement la résiliation judiciaire en droit commun, la résiliation unilatérale ne doit pas pouvoir être appliquée au contrat de société lui-même. Deux raisons justifient de maintenir le prononcé judiciaire de la résolution.

En premier lieu, l'intervention *a priori* du juge permet de garantir l'opportunité du choix de la sanction. En effet, la pluralité des intérêts mis en cause par la société justifie de ne prononcer qu'exceptionnellement sa dissolution[1173]. L'impératif de pérennité contractuelle définit la ligne de conduite du juge. Dès lors que le contrat de société peut être sauvé, le juge écarte la résiliation au profit d'autres sanctions[1174]. Ce n'est que lorsque le fonctionnement de la société est trop fortement altéré, qu'il opte pour la dissolution[1175]. L'extension jurisprudentielle de l'exigence d'une paralysie de la société à tous les justes motifs de dissolution en constitue la preuve. Or, admettre la résiliation extra-judiciaire du contrat de société, c'est prendre le rique que, du fait d'une mauvaise appréciation du créancier, la personne morale disparaisse pour des raisons illégitimes, soit que le manquement évoqué n'existe pas, soit que l'inexécution avérée soit

---

manifestement ailleurs que dans ces principes, et tient vraissemblablement au caractère spécifique des sociétés de capitaux ? »

[1173] En ce sens, v. A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 855, p. 574 : « *Outre les intérêts des différents associés au fonctionnement de la société, et l'intérêt autonome de la personne morale, l'activité de la société peut être source de dynamisme, d'innovation et d'emploi, et participer à la satisfaction des besoins des consommateurs. La société peut aussi constituer un partenaire économique indispensable pour d'autres entreprises. La protection du lien sociétaire revêt à ce titre une importance particulière* » ; C. Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré, n° 688, p. 370.

[1174] C. Popineau-Dehaullon, th. préc., p. 375 : « *le recours préalable du juge permet de faire intervenir un tiers neutre pour arbitrer le différend qui oppose les associés afin d'apprécier l'opportunité de la résolution. Le juge pourra alors obliger les associés à exécuter leurs obligations* ».

[1175] A. Brès, th. préc., n° 855, p. 574 : le contrôle *a priori* du juge offre « *une garantie d'impartialité dans la détermination de la gravité de l'inexécution* ».

dérisoire et, donc, qu'il existe un décalage manifeste entre le manquement dénoncé et la sanction adoptée. En effet, l'intérêt social et l'intérêt général commandent de prendre en considération les conséquences de la destruction du contrat[1176] et de sacrifier au besoin les intérêts individuels[1177]. Seul le juge, acteur impartial, est donc à même d'arbitrer les différents intérêts. Admettre qu'une partie puisse mettre fin à un contrat à la fois à exécution successive de longue durée[1178] et pluripartite[1179], c'est multiplier les risques d'excès de pouvoir. Ce point de vue est conforté par la disparition de l'ancien article 1869 du Code civil qui consacrait d'antan la dénonciation unilatérale du contrat de société. L'intervention en amont du juge est d'autant plus nécessaire qu'un contrôle *a posteriori* ne permettrait pas de réparer les conséquences néfastes générées par la disparition de l'être moral[1180].

En second lieu, même si la résolution se révèle inévitable, l'intervention judiciaire *a priori* est indispensable plus que dans tout autre contrat pour organiser les conséquences de la dissolution, non seulement dans les rapports entre associés, mais, surtout, dans ceux des tiers[1181].

Ces deux séries de raisons justifient que même dans les systèmes juridiques étrangers qui ont légalement consacré le principe de la résolution unilatérale le contrat de société se trouve soustrait de son champ[1182]. Cependant, même appliquée au contrat d'apport, la résiliation extra-judiciaire doit respecter les conditions exigées par le droit commun des contrats afin de protéger l'associé d'une exclusion abusive.

[1176] En ce sens, v. T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur, n° 247 et s., p. 184 et s., spéc. n° 250, p. 186.

[1177] A. Brès, th. préc., Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 856, p. 575 : « *La dissolution de la société constituerait effectivement une mesure excessive lorsque les manquements reprochés à un associé portent atteinte uniquement aux intérêts particuliers d'un ou plusiuers coassociés* ».

[1178] C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 697, p. 376 et n° 696, p. 375 : « *Le contrat de société est fondé sur une certaine stabilité : l'éventuelle inexécution d'un associé ne doit pas servir de prétexte à la résiliation d'un contrat dont l'exécution est, par hypothèse, largement successive et s'étire sur une longue durée, afin de réaliser l'objet social prévu dans les statuts* ».

[1179] A. Brès, th. préc., n° 857, p. 575.

[1180] C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 696, p. 375 : « « *Le contrôle judiciaire* a posteriori *ne permettrait sans doute pas de faire renaître la société, de réembaucher des salariés ou de renouer des relations contractuelles avec des fournisseurs. En ce sens, la modalité unilatérale de la résolution serait trop brutale pour les tiers. L'intervention du juge* a priori *permet au contraire de préserver leurs intérêts, dans la mesure du possible, sans que la simple décision unialtérale d'un associé n'ait d'effets irréparables sur leur situation* ».

[1181] C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 696, p. 375.

[1182] C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 689 et s., p. 370 : l'auteur cite notamment les droits néerlandais et anglo-saxon.

B- LA TRANSPOSITION SOUHAITABLE DES CONDITIONS DE DROIT COMMUN DES CONTRATS

307. Outre les modalités spécifiques que législateur et jurisprudence seraient, là encore, amenés à déterminer comme en matière d'exclusion judiciaire ou conventionnelle concernant le montant de l'indemnisation, le choix de l'organe ou encore le rachat consécutif à l'exclusion[1183], il convient d'encadrer la résiliation unilatérale pour éviter la commission d'abus.

En effet, même cantonnée aux contrats d'apport, la consécration de la résiliation unilatérale ne doit pas se réaliser au détriment de l'intérêt individuel. Aussi convient-il de soumettre le contrat d'apport aux conditions de droit commun des contrats.

A l'aune du droit commun, deux conditions se révèlent nécessaires pour légitimer la résiliation extra-judiciaire : un comportement grave (1) et le contrôle *a posteriori* du juge sur l'opportunité de la mesure (2). Garantes d'une utilisation raisonnable dudit remède, ces deux conditions méritent d'être transposées en matière de société.

1- Un manquement grave

308. En droit commun et à l'instar de la résolution judiciaire, la jurisprudence subordonne expressément la résolution unilatérale au critère de gravité[1184]. Pour autant, à la différence de la résolution judiciaire, la première chambre civile de la Cour de cassation ne fait pas référence à la gravité du manquement mais à la gravité du comportement[1185]. La notion n'est donc pas dépourvue d'équivoque. Deux interprétations sont alors possibles.

La première consiste à examiner la gravité par rapport au comportement du débiteur. Là encore l'incertitude persiste. Comment apprécier cette gravité ? En fonction de la durée de

---

[1183] Les modalités proposées dans le cadre de la résolution judiciaire sont susceptibles également d'être retranscrites en la matière.

[1184] Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 198, p. 280 : « *Condition accidentelle, l'exigence d'un manquement suffisamment grave est légitime car respectueuse de la politique juridique favorable à la préservation du lien contractuel utile, ce qui, nous l'avons vu, est le moyen de concilier la résolution unilatérale avec les dispositions de l'article 1184 du Code civil* » ; v. Cass. civ. 1ère, 28 octobre 2003, *Bull. civ*. I, n° 211 ; *JCP G* 2004, II, 10108, note C. Lachièze, *Def*. 2004, p. 378, obs. R. Libchaber, *Defr*. 2004, p. 381, obs. J.-L. Aubert, *RTD civ*. 2004, p. 89, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 273, obs. L. Aynès ; *RDC* 2004, p. 277, obs. D. Mazeaud : la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond au motif qu'ils n'avaient pas recherché si le comportement du débiteur revêtait une gravité suffisante pour justifier la rupture unilatérale.

[1185] V.-D. Do et M. Chang, « La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation », *LPA*, 9 avril 2004, n° 72, p. 3 et s.

l'inexécution ? En fonction du caractère principal ou accessoire de l'obligation ? Doit-on adopter une appréciation *in concreto* ou *in abstracto* ? Partant, l'incertitude qui affecte cette première interprétation la rend peu souhaitable.

La seconde consiste à examiner la gravité du comportement par rapport aux conséquences de l'inexécution sur le créancier. Cela revient à se demander si le contrat conserve une utilité pour lui. Plus que la promesse d'une prestation, le contrat implique « *une promesse d'un comportement en lien avec la réalisation du projet constituant le champ contractuel* » [1186]. L'attente du créancier ruinée doit pouvoir être sanctionnée par une rupture unilatérale.

En droit commun des contrats, la jurisprudence ne semble pas définitivement fixée et semble exploiter alternativement ou cumulativement ces deux conceptions. Tout dépend de la nature du contrat et du contexte de l'inexécution.

Pour autant, concernant le contrat d'apport, il semble plus opportun de favoriser la deuxième conception. En effet, plus que dans tout autre contrat, la société cocontractante attend de l'associé un comportement de bonne foi pour réaliser l'objet du contrat d'apport et celui du contrat de société. Dès lors que l'attitude de l'associé compromet la réalisation de l'objectif contractuel commun, il doit être mis fin le plus rapidement possible à la relation pour limiter les séquelles de l'inexécution. Au final, l'appréciation de la gravité se révèle analogue à celle utilisée dans le cadre de la résolution judiciaire. Cela n'étonne pas. Pourquoi ne pas admettre que le créancier puisse mettre fin dans une situation où le juge aurait fait de même ?

Partant, quelle que soit la matière, en droit commun des contrats ou en droit des sociétés, l'appréciation de la gravité devrait être uniforme[1187]. La gravité devrait être caractérisée dès lors que le comportement de l'associé défaillant aboutit à perturber trop gravement la relation de confiance entre les associés empêchant par suite la société de fonctionner normalement. Si la jurisprudence avait déjà admis que la présence de la clause n'était pas nécessaire pour prononcer l'exclusion de l'associé, c'est qu'en réalité, par delà la violation de l'obligation d'exercer l'activité, existait une violation de l'obligation de bonne foi qui paralysait la poursuite de la

---

[1186] L. Aynès, « Rupture unilatérale du contrat », note sous Cass. 1ère, 28 octobre 2003, *RDC* 2004, p. 273.

[1187] D. Mazeaud, « Rupture unilatérale du contrat », note sous Cass. 1ère, 28 octobre 2003, *RDC* 2004, p. 273 ; *Contra* : C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 375, p. 314 : « *les termes employés par la Cour de cassation gravité du comportement montrent que les conditions de la résolution unilatérale ne sauraient être identiques à celles de la résolution judiciaire ce qui, dans le cas contraire, reviendrait à vider de sens la règle de l'article 1184 al. 3 du Code civil. Dès lors, un degré supplémentaire doit être atteint… L'expression gravité du comportement doit être entendue de manière purement subjective en tant que manquement à l'obligation de bonne foi* ».

coopération entre les autres associés[1188] et donc mettait en péril la société. C'est donc bien en considération des conséquences de l'inexécution sur la société créancière que la jurisprudence serait amenée à se prononcer.

Plus que dans tout autre contrat, les conséquences d'une mauvaise exécution du contrat d'apport peuvent se révéler graves puisque susceptibles de rejaillir sur le contrat de société lui-même. Il faut donc permettre au créancier d'agir au plus vite en lui offrant la faculté d'évaluer lui-même la gravité. L'exclu sera cependant protégé d'une mauvaise évaluation grâce au contrôle *a posteriori* du juge.

2- Un contrôle *a posteriori* du juge

309. La nécessité du maintien d'un contrôle judiciaire. La rupture est certes unilatérale, c'est-à-dire prononcée par le créancier lui-même, elle n'échappe pour autant pas au contrôle du juge. Opérant le passage d'une intervention *a priori* à une intervention *a posteriori*, la formule « *à ses risques et périls* » indique bien la potentielle désapprobation ultérieure de la décision d'exclusion par le juge. Le maintien de ce contrôle en aval met à l'abri l'exclu d'une décision arbitraire de sa cocontractante et permet de s'assurer aussi bien de la finalité de l'exclusion, sanctionner l'associé fautif, que de son opportunité, sauvegarder l'intérêt social. En conséquence, cette condition est indissociable de la première et constitue sa résultante : exiger la gravité du manquement implique qu'un acteur impartial en vérifie la teneur. Le pouvoir du juge est donc comparable à celui qu'il a dans la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire : l'appréciation de la proportionnalité de la mesure prise à la faute commise et la nécessité de la prononcer au regard de l'intérêt social. Cela remet au goût du jour l'obligation de motivation qui est consubtantielle de l'essor de l'unilatéralisme dans le contrat.

310. Les inconvénients d'un contrôle *a posteriori*. Si la question de la nécessité d'un maintien du contrôle judiciaire n'appelle aucune difficulté, en revanche, celle des conséquences de ce contrôle se révèle plus complexe. Quelles sanctions doivent être adoptées en cas de rupture abusive ? En droit commun des contrats, la réponse suscite encore la polémique. Lorsque le

[1188] Pour une vision approchante, v. M. Germain et R. Vatinet, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397, spéc. p. 408 : « *il s'agit en premier d'une faute au regard des exigences de solidarité qu'impose la notion même de groupement* ».

défaut de proportionnalité entre la mesure prise et la faute est avéré, autrement dit lorsque la gravité du comportement n'est pas caractérisée, deux mesures sont envisageables. La première qui ne génère aucune difficulté tant sur le plan théorique que pratique consiste dans l'octroi de dommages et intérêts à l'associé exclu abusivement. Toutefois, davantage sujette à controverse, la question porte sur un éventuel maintien forcé du contrat rompu abusivement par le juge[1189]. Le maintien forcé du contrat implique la prolongation du contrat, soit jusqu'à la fin du terme pour les contrats à durée déterminée, soit pour un temps préservant toutefois la faculté de résiliation unilatérale moyennant respect du préavis pour les contrats à durée indéterminée[1190]. Mesure plus conforme à la force obligatoire dans sa conception traditionnelle[1191] et sans aucun doute plus équitable pour l'exclu, elle pallie également les inconvénients d'une évaluation discrétionnaire du préjudice[1192]. Pour cette raison, elle doit *a priori* être favorisée comme en matière de clause résolutoire[1193]. Pour autant, cette solution n'est cependant pas sans poser d'importants inconvénients pratiques. En effet, hormis les hypothèses dans lesquelles le maintien forcé se rèvèle matériellement ou physiquement impossible, le maintien forcé du contrat se révèle la plupart du temps peu concevable en pratique. En effet, la rupture a pour conséquence d'ébranler

---

[1189] D. Mazeaud, *D*. 2001, somm. comm. p. 3240 ; D. Mazeaud, obs. sous Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2000, *D*. 2001, p. 1137 ; S. Amarani-Mekki, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defr*. 2003, p. 369, spéc. p. 390 ; M. Herail, « L'influence du droit européen sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 63, spéc. p. 73.

[1190] C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 985, p. 519.

[1191] L. Weiller, « Processualisation et force obligatoire du contrat », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 157, spéc. p. 162 ; C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 991, p. 524 : « *l'exécution forcée en nature assure la sécurité juridique alors que les dommages et intérêts sont conçus comme une simple exécution par équivalent qui ne peut satisfaire pleinement le créancier. Or, si les dommages et intérêts sont le seul remède possible de l'abus du droit de rompre unilatéralement le contrat, ils permettent au créancier de se soustraire facilement à la force obligatoire du contrat* ». Toutefois, l'auteur nuance sa position, n° 992, p. 524 : « *les dommages et intérêts peuvent tout aussi efficacement assurer la sanction du créancier. Tout dépend de l'intérêt que la victime de l'inexécution* (de la rupture abusive) *conserve à l'exécution* ».

[1192] C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 990, p. 523.

[1193] F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 661 ; D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1ère, 20 février 2001, *D*. 2001, p. 3239 : « *Pour dissuader le créancier de se faire trop systématiquement justice à lui-même, il semblerait particulièrement opportun d'accorder au juge, lorsque cela n'est pas contraire à l'intérêt du débiteur et à un certain réalisme dont le juge ne peut faire abstraction, le droit de décider, comme dans l'exercice de son contrôle sur la mise en œuvre d'une clause résolutoire expresse, le maintien du contrat abusivement résolu, plutôt que de lui reconnaître le seul pouvoir de réparer le dommage subi par le débiteur* » ; M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, n° 267 et s., p. 226 et s., spéc. n° 267 ; P. Ancel, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E*, *Cah. dr. ent*. 1998/6, p. 30, spéc. p. 36 : « *l'exercice abusif d'un droit équivaut à un comportement sans droit, qui devrait à ce titre être privé des effets juridiques qu'il devrait normalement produire* » ; A. Marais, « Le maintien forcé du contrat », *LPA*, 2 octobre 2002, n° 197, p. 7.

le lien de confiance nécessaire à la poursuite de la relation contractuelle et, pour cette raison, ne semble pas pouvoir être prononcée s'agissant des contrats à exécution successive[1194].

En droit des sociétés, de prime abord et par analogie au droit commun des contrats, cette réintégration de l'associé dans la société est impossible si les parts ou actions ont été cédées à un tiers de bonne foi. Dans cette hypothèse, seule la sanction par équivalent est alors concevable. En revanche, la cession à un tiers de mauvaise foi ou l'absence de toute cession rend envisageable en théorie la mesure de réparation en nature[1195]. Toutefois, elle pose de toute évidence d'importants inconvénients en pratique.

D'une part, maintenir l'associé dans la société contre la volonté des autres peut perturber le fonctionnement de la personne morale. En effet, d'une manière générale, la société est considérée comme un contrat pourvu d'un fort *intuitus personae*. Il s'ensuit que sa pérennité suppose, plus que tout autre contrat, une collaboration intense des parties. Or, cette volonté de collaborer sera nécessairement affectée par la réintégration du maillon exclu et donc susceptible d'entraver le succès de l'objectif commun poursuivi. Pour cette raison, il apparaît fort difficile de concevoir la réintégration de l'associé comme du salarié en cas d'exclusion abusive[1196]. Eventuellement peut-on alors envisager la réintégration de l'associé dans les sociétés affectées d'un faible *intuitus personae*. C'est ainsi que la mesure trouverait davantage à s'appliquer dans les sociétés de capitaux que dans les sociétés de personnes.

D'autre part, la nature pluripartite du contrat de société complexifie encore davantage les conséquences de la réintégration ultérieure de l'associé. En effet, la qualité d'associé étant restituée à l'exclu, qu'advient-il des éventuelles décisions prises en son absence ? En toute logique, le prononcé de la nullité impose en principe une remise en l'état initial de la situation : l'associé est considéré ne jamais avoir quitté la société, par voie de conséquence, toutes les délibérations prises en son absence doivent être annulées[1197]. En effet, l'associé n'ayant pas eu la possibilité de participer à la délibération, son consentement fait défaut. Il en résulte qu'une

---

[1194] E. Bazin, « La résolution unilatérale du contrat », *RRJ* 2000-4, p. 1381.

[1195] S. de Verdeuil, « Les clauses d'exclusion strictement conventionnelles, stipulées dans les statuts d'une société anonyme à capital fixe, ne vont pas de soi… », *JCP E* 1993, pan. 326.

[1196] C. Jamin, note sous Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1998, *D*. 1999, jurisp. p. 197 ; C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 988, p. 521 : si le législateur a prévu expressément la possibilité de réintégrer le salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (art. L. 122-14-4 du Code du travail), « *le fort* intuitus personae *du contrat de travail empêche en pratique la poursuite d'un contrat après le litige qu'ont traversé les parties* ».

[1197] Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 99. La jurisprudence est constante. V. Cass. req., 23 novembre 1926, *DH* 1926, p. 561 ; *S*. 1927, p. 81 ; *Gaz. Pal*. 1927, 1, p. 226 ; Cass. civ., 17 janvier 1933, *S*. 1933, p. 124.

disposition impérative du droit des contrats n'a pas été respectée et donc justifie l'annulation de la délibération. Or, la remise en cause des décisions collectives risque de fragiliser le fonctionnement normal de la société et de provoquer à terme sa dissolution. Partant, afin de pallier de tels inconvénients, plusieurs solutions peuvent être envisagées.

311. Les solutions envisageables. Il est d'abord possible de concevoir, outre une mise en demeure et notification de l'associé comme cela est suggéré en droit commun des contrats[1198], un préalable à l'exclusion qui consisterait en une suspension des droits de l'associé. En d'autres termes, la société exercerait une sorte d'exception d'inexécution en attendant la décision définitive du juge. Si cette mesure préalable présente l'avantage d'être facile de mise en œuvre puisque n'exige aucune attitude positive de l'associé[1199], elle ne semble pas résoudre le problème. En effet, qu'advient-il des délibérations prises pendant la suspension qualifiée postérieurement par le juge d'abusive ? Là encore, l'associé dont la suspension a été considérée comme abusive par le juge pourrait se prévaloir du défaut de son consentement aux assemblées.

Une autre solution préconisée en droit commun des contrats consisterait à recourir au juge des référés afin d'ordonner le maintien provisoire du contrat. Toutefois, bien qu'efficace pour contrer les inconvénients d'un contrôle *a posteriori*[1200], cette mesure reviendrait en réalité à annihiler l'utilité de la résolution unilatérale. En effet, le prononcé du maintien provisoire du contrat d'apport a pour conséquence de neutraliser les effets de l'exclusion jusqu'à ce qu'une décision sur le fond soit rendue. C'est pour cette raison que le droit commun subordonne la décision de maintien forcé temporaire non seulement à la condition d'un dommage imminent mais également et, surtout, à une contestation sérieuse de la licéité de la rupture unilatérale[1201]. Cette dernière condition semble également devoir être requise en matière sociétaire. En effet, il est à craindre qu'en l'absence de cette exigence les demandes de maintien forcé du contrat

---

[1198] Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 205 et s., p. 287 et s.

[1199] L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 300.

[1200] S. Amarani-Mekki, art. préc., spéc. p. 390 ; T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur, n° 621, p. 444.

[1201] C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 1012 et s., p. 536 et s., spéc. n° 1013, p. 537 : « *Les articles 808 et 872 posent le principe d'une contestation sérieuse ou l'existence d'un différend pour fonder en principe la compétence du juge des référés. Le doute sérieux sur la licéité de la dénonciation du contrat paraît, en effet, être un élément constitutif du dommage imminent au sens des articles 809 et 873 du NCPC, l'une des conditions de l'intervention du juge des référés* ».

d'apport soient accordées quasi automatiquement et remettent de la sorte en cause l'efficacité de la rupture unilatérale.

En définitive, la seule solution acceptable au regard de l'intérêt individuel de l'associé, tout en donnant plein effet à la résolution unilatérale, serait de limiter les nullités des délibérations subséquentes à la réintégration de l'associé. Devraient être soustraites à la nullité les délibérations pour lesquelles le vote de l'associé n'aurait de toute façon exercé aucune influence sur leur issue. *A contrario*, toutes les fois où le vote de l'associé aurait pu affecter le résultat de la délibération, soit que la décision aurait été adoptée soit qu'elle ne l'aurait pas été, la nullité devrait être prononcée. Il en résulte que toutes les décisions qui exigent un consentement unanime de l'associé devraient, quel que soit le statut de l'associé (minoritaire ou majoritaire), être annulées. Tel serait le cas des décisions ayant pour conséquence d'augmenter les engagements des associés. En revanche, la décision de ne pas augmenter les engagements suite à l'opposition d'un ou plusieurs autres associés ne serait quant à elle pas remise en cause puisque le vote de l'associé exclu absusivement n'aurait en tout état de cause exercé aucune influence sur l'issue de la délibération. Egalement, devraient être annulées les décisions qui exigent une majorité simple ou qualifiée dès lors que l'associé exclu aurait pu empêcher la prise de décision (en constituant une minorité de blocage) ou aurait pu permettre la prise de décision (en constituant la majorité requise). Il ne devrait y alors pas avoir de distinction selon que la majorité exigée soit d'origine légale ou statutaire. Cette solution n'est toutefois pas satisfaisante. Bon nombre de délibérations devront en principe être remises en cause suite à la réintégration de la société, ce qui perturbera nécessairement le fonctionnement de la société et entraînera des complications certaines concernant les relations de la société avec l'extérieur.

312. Dès lors, compte tenu des inconvénients inhérents à l'éventuelle réintégration de l'associé dans la société, il apparaît plus judicieux de se contenter d'une sanction par équivalent en cas d'exclusion abusive. Toutefois, afin de préserver les intérêts individuels de l'exclu, il appartient au juge d'octroyer des indemnités suffisamment importantes à l'associé pour

compenser son préjudice et dissuader les autres et la société de recourir abusivement à l'exclusion[1202].

[1202] P. Ancel, art. préc., spéc. p. 114 : de manière générale, pour dissuader les parties de commettre une rupture unilatérale abusive, il faut non seulement élaborer des conditions strictes de forme et de délai, mais, également, prononcer des dommages et intérêts suffisamment conséquents.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

313. Bien que consacrée explicitement par le législateur, la résiliation judiciaire du contrat de société se révèle en pratique peu utile et remet d'autant plus en cause l'opportunité de l'avoir prévue par une disposition spéciale. La résiliation du contrat de société étant peu sollicitée par les parties et peu prononcée par le juge qui cherche par tous moyens à préserver l'existence de la société, la jurisprudence s'est orientée vers une autre voie pour renforcer la protection de la force obligatoire du contrat de société et celle du contrat d'apport.

En effet, devant l'inertie du législateur, la jurisprudence a progressivement généralisé l'admission des clauses d'exclusion dans les statuts. Légitimées à la fois par la liberté contractuelle et la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire à la société, les clauses d'exclusion bénéficient d'un succès incontesté. Cette dualité de fondements garantit aux associés une plus grande liberté de rédaction de la clause. Toutefois, à l'instar du droit commun des contrats, les clauses d'exclusion ne sont valables que si le principe même de la sanction a été stipulé dans le contrat. Cela justifie qu'en l'absence de toute prévision contractuelle, le juge soit peu enclin à prononcer l'exclusion quand bien même il y va de l'intérêt de la société.

Partant, afin de préserver davantage la force obligatoire du contrat de société et du contrat d'apport, il conviendrait d'élargir les possibilités d'exclusion.

D'une part, il serait opportun de consacrer l'exclusion judiciaire. En effet, d'une utilité pratique incontestable car non subordonnée au principe de prévisibilité contractuelle, elle se trouve fondée sur le plan juridique. L'article 1184 du Code civil a sans aucun doute vocation à s'appliquer au contrat d'apport d'autant qu'aucun obtacle théorique n'entrave sa mise en œuvre. Ni le droit de rester associé ni la règle *specialia generalibus derogant* n'empêche l'admission de la résiliation judiciaire du contrat d'apport.

D'autre part et plus encore, il serait souhaitable de généraliser l'exclusion extra-judiciaire. Admise désormais en droit commun des contrats, la résiliation unilatérale devrait en effet pouvoir être admise pour tout contrat d'apport. Parfois nécessaire pour la survie du contrat de société, elle suppose néanmoins de respecter l'intérêt individuel de l'exclu. Pour cette raison, il conviendrait de soumettre l'exclusion de l'associé aux conditions de droit commun, ce qui n'est cependant pas sans générer certaines difficultés et incertitudes. En effet, non seulement il conviendrait de fixer

le mode d’appréciation de la gravité du comportement susceptible de légitimer l’exclusion mais également de déterminer avec précision les conséquences d’une exclusion abusive. Si la réintégration de l’associé serait de toute évidence la solution la plus équitable, elle engendrerait d’importants inconvénients pratiques qui conduiraient à lui préférer une sanction par équivalent.

CONCLUSION DU TITRE 2

314. Conférer force obligatoire au contrat, c'est garantir qu'en cas d'inexécution du contrat par un associé, les autres ou la société puissent le sanctionner efficacement. En droit commun des contrats, couplé à l'article 1134 du Code civil, l'article 1184 du même code institue deux remèdes effectifs et définitifs : l'exécution forcée et la résolution du contrat.

Concernant le premier, l'exécution forcée, il consiste à contraindre en justice le débiteur à exécuter la prestation promise dans le contrat. Il en résulte que l'exécution forcée en nature doit primer sur l'exécution par équivalent. Ce n'est que lorsque la sanction en nature conduit à porter atteinte à la liberté individuelle du débiteur que celle-ci doit être écartée. C'est dans cette voie que s'est engagé le droit commun des contrats.

Pourtant, en droit des sociétés, une dichotomie s'est opérée selon la nature des obligations. En effet, si les obligations légales peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en nature, la jurisprudence a témoigné davantage d'hostilité à l'égard des obligations conventionnelles. Elle paraît toutefois aujourd'hui accorder plus de place à l'exécution forcée en nature en acceptant de prononcer plus aisément la nullité ou la substitution.

Concernant le second, la résolution, il consiste à mettre fin au contrat après requête judiciaire ou après simple mise en demeure du débiteur. Si le créancier a en principe le choix du remède entre l'exécution forcée et la résolution, la première est préférée à la seconde en tant qu'elle permet de sauvegarder la relation contractuelle.

Or, en matière sociétaire, l'anéantissement du lien contractuel qui unit l'associé à la société permet la plupart du temps de garantir la pérennité du pacte social qui unit les associés entre eux. En d'autres termes, l'anéantissement d'un contrat d'apport qui se traduit par l'exclusion de l'associé permet le maintien de la force obligatoire du contrat de société lui-même. Il apparaît dès lors surprenant que le législateur n'ait consacré que la faculté de résiliation du contrat de société et se soit en revanche montré indifférent à la reconnaissance de la résiliation du contrat d'apport. Aussi peut-on se réjouir que la jurisprudence ait admis la validité des clauses d'exclusion dans toutes les sociétés.

Plus encore, il convient d'espérer que la jurisprudence aille au-delà et consacre à l'avenir la résiliation judiciaire et la résiliation unilatérale du contrat d'apport. En effet, non seulement leur opportunité ne fait aucun doute en pratique mais également le droit commun des contrats offre des fondements adéquats pour asseoir leur légitimité. Dès lors, à condition d'appliquer rigoureusement le régime instauré respectivement par le législateur et la jurisprudence en droit commun des contrats, les droits individuels de l'associé demeurent préservés.

Par conséquent, qu'il s'agisse de l'exécution forcée ou de la résolution, le droit des sociétés s'inspire indéniablement des principes du droit commun des contrats. Pour autant, l'on s'attend en la matière à une influence plus conséquente pour renforcer la force obligatoire du contrat de société[1203].

[1203] M. Azavant, « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Rev. soc.* 2003, p. 442 : « *le recours au droit commun se place dans le sillage du droit spécial. Instrumentalisée, la sanction civile perd de sa nature impérialiste pour œuvrer à la consolidation de l'édifice sociétaire* », ce faisant, « *loin d'apparaître hostile au droit des sociétés, la sanction civile se présente comme un complément utile pour parfaire l'ordonnancement sociétaire* ».

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

315. Partisans de la philosophie volontariste, les rédacteurs du Code civil ont fait du tryptique intangibilité, prévisibilité contractuelle et sécurité juridique leur devise pour l'élaboration de la définition de la force obligatoire. La rigueur du lien contractuel s'impose aux parties qui ne peuvent ni révoquer ni modifier le contrat unilatéralement. Or, la société, en tant que contrat, n'échappe pas à l'emprise du droit commun des contrats. Toutefois, les spécificités dont elle fait l'objet affectent dans une certaine mesure l'application de ces principes.

Concernant l'irrévocabilité contractuelle, si la dualité des relations contractuelles rend certes plus complexe son application, elle souffre en réalité de peu de dérogations. En tant que contrat à durée à déterminée, les associés ne peuvent unilatéralement requérir la dissolution de la société. Toutefois, législateur et jurisprudence ont été contraints de prévoir des moyens de sortie anticipée, cession et plus rarement retrait, au bénéfice des associés. En effet, la liberté individuelle des contractants justifie la prohibition des engagements à vie ou à durée excessive et la supériorité de l'intérêt de la société ne suffit pas à légitimer l'annihilation de cette liberté. Ce n'est que de façon très exceptionnelle que les associés sont tenus de requérir le consentement de leurs coassociés pour mettre un terme à leur contrat d'apport.

Concernant l'immutabilité contractuelle, l'originalité du contrat de société résultant de la multiplicité de ses effets juridiques altère davantage son application. Si les obligations des associés ne peuvent être augmentées sans leur consentement individuel, le fonctionnement de la personne morale est quant à lui gouverné par la loi de la majorité en raison de son pragmatisme. Toutefois, sous l'impulsion de la jurisprudence, le droit commun des contrats semble accroître son influence *via* l'extension du domaine de la notion d'augmentation des engagements dont la frontière demeure cependant difficile à dessiner.

Garantir l'intangibilité contractuelle, c'est aussi et surtout instaurer des sanctions efficaces en cas de défaillance d'une partie. Là encore, le droit des sociétés s'inspire amplement du droit commun des contrats. Toutefois, un renforcement de son influence est à espérer.

En premier lieu, si en droit commun des contrats l'exécution forcée en nature se présente comme la sanction la plus conforme à la force obligatoire du contrat, le droit des sociétés exprime

ses réticences à la généraliser. Indéniablement favorisée concernant les obligations légales, elle est, en revanche, souvent délaissée concernant les obligations conventionnelles au profit de l'exécution forcée par équivalent. Toutefois, la jurisprudence semble progressivement effacer cette divergence de régimes entre ces deux types d'obligations et accroître le domaine de l'exécution forcée en nature par la généralisation de la nullité et la consécration de la substitution.

En second lieu, si en droit commun des contrats la résolution, judiciaire ou unilatérale, constitue paradoxalement le second remède de préservation de la force obligatoire, le droit des sociétés l'a cependant confinée. Certes, en raison de la pluralité des intérets qu'il met en jeu, l'on comprend aisément que cette sanction soit peu favorisée concernant le contrat de société lui-même. En revanche, elle mérite sans aucun doute d'être consacrée et généralisée concernant le contrat d'apport. Non seulement aucun obstacle théorique ne s'y oppose, mais son intérêt pratique est indéniable puisqu'elle apparaît souvent comme un moyen salvateur de la société elle-même et, par delà, de l'ensemble des intérêts placés sous sa dépendance.

En résumé, il ne peut être contesté que le droit des sociétés s'inspire de la conception volontariste de la force obligatoire façonnée par le droit commun des contrats. Pour autant, l'application des principes du droit commun par le contrat de société n'est que relative. Il est vrai que les singularités de ce contrat conduisent nécessairement à adopter certaines dérogations, il n'en demeure pas moins que la société pourrait davantage exploiter le droit commun des contrats.

Cependant, se cantonner à l'analyse de l'influence du droit commun sur le droit des sociétés n'apparaît pas suffisant. Cette première partie de l'étude ne permet pas de rendre compte de toute la richesse de la relation qui existe entre le droit des sociétés et le droit commun des contrats. La comparaison entre le droit des sociétés et le droit commun ne peut être considérée comme achevée qu'à l'issue de l'étude de l'influence réciproque de ces deux droits. Il convient donc d'étudier cette influence bilatérale et de voir de quelle manière le droit des sociétés contribue à faire évoluer la conception volontariste de la force obligatoire forgée par le droit commun des contrats.

PARTIE 2

LA CONCEPTION VOLONTARISTE DE LA FORCE OBLIGATOIRE RENOVEE PAR LE DROIT DES SOCIETES

316. Traditionnellement inspiré par le dogme de l'autonomie de la volonté, le droit commun a longtemps promu une conception stricte de la force obligatoire, aliénant les parties à leur volonté initiale et limitant l'immixtion du juge dans la sphère contractuelle. Or, une telle conception n'est en réalité adaptée qu'à un certain type de contrat, le contrat-échange, que les rédacteurs de 1804 ont incontestablement érigé en modèle pour l'élaboration de règles contractuelles communes. Aussi la densification des relations et la multiplication des contrats de longue durée ont-elles fait prendre conscience de l'inadaptation de sa rigueur et invite à un renouvellement de la théorie générale des contrats[1204]. Plutôt que d'une crise du contrat[1205], il s'agit en effet d'une crise de la théorie générale construite autour d'un modèle qui ne bénéficie plus aujourd'hui d'une légitimité suffisante. Le constat est sans appel. La théorie classique s'essouffle et n'est plus apte à rendre compte de la réalité contractuelle contemporaine. En vérité et plus encore, si crise du contrat il y a, c'est une crise d'identité dont il s'agit[1206], de sorte qu'une nouvelle réflexion sur son essence s'impose[1207]. C'est dire si l'on assiste à une diversification des contrats qui rend difficile la recherche d'un dénominateur contractuel commun[1208].

[1204] S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner, n° 202, p. 575, p. 476 : « *En dépit de sa remarquable longévité, la théorie générale des contrats montre des signes d'essoufflement et de vieillissement qui appelle un renouveau* » ; P. Le Tourneau, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 349 ; P.-Y. Gautier, « Crise du contrat… ou crise du juge et de la doctrine ? », *RDC* 2003, n° 1, p. 277.

[1205] J.-P. Chazal, « G. Ripert et le déclin du contrat », *RDC* 2004, n° 2, p. 244 ; *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003 ; H. Batiffol, « La crise du contrat et sa portée », *Archives de Philosophie du Droit*, T. XVIII, Sirey, 1968, p. 13 ; A. Barreyre, « L'évolution et la crise du contrat », *Imprimerie Bière*, 1937 ; E. De Gaudin de Lagrange, *La crise de contrat et le rôle du juge*, Sirey, 1937, préf. G. Marty.

[1206] C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997, p. 357, spéc. p. 360 : « *en cette fin de XXe siècle, c'est l'image du contrat lui-même qui s'est métamorphosée ; Troplong ne le démentirait pas ! Le contrat n'est plus vraiment ce qu'il était* » ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 5, p. 7 : « *Il n'y a ni crise du contrat, ni crise de vieillesse mais plutôt un nouvel essor contractuel* ».

[1207] P. Jestaz, « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. p. 244 : « *Il faut recomposer la figure du contrat en nous disant positivement ce qu'il est, par delà les traits qui ne suffisent plus à le définir* ».

[1208] M. Cabrillac, art. préc. ; M. De Juglart, « La vente : un modèle en voie d'extinction au profit de l'entreprise », in *Mél. J. Derrupé, Les activités et les biens de l'entreprise*, Litec, 1991, p. 63 ; L. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ*. 1937, p. 1, spéc. p. 6 et s. ; P. Le Tourneau, « L'évolution

Mais de là à y voir une métamorphose du contrat, il y a un pas qui ne peut être franchi[1209]. Davantage que le contrat lui-même, c'est la perception que l'on a de lui qui a changé[1210]. A une vision conflictuelle et fugitive du contrat se substitue une conception plus fraternelle et durable qui appelle une modification des principes qui le gouvernent. De cette conception renouvelée du contrat, dont le contrat de société semble bien être le pionnier, il résulte nécessairement une conception rénovée de la force obligatoire. Plus précisément, aux notions de prévisibilité et de sécurité juridique qui participent de sa définition traditionnelle, l'on voit progressivement s'y adjoindre[1211] celles de solidarisme (Titre 1) et de pérennité (Titre 2) contractuels qui favorisent son infléchissement.

---

des rapports contractuels dans les transferts de technologie », in *Mél. P. Azard, Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise*, Paris, Cujas, 1981, p. 153, spéc. p. 158-159.

[1209] P. Malaurie, « Mutations du droit des contrats », Rapport de synthèse du colloque organisé sur les mutations du droit des contrats à l'université de Tunis III, le 12 avril 2008, *LPA*, 28 août 2008, n° 173, p. 4, spéc. p. 4 : « *je n'ai pas pas changé de peau et le contrat non plus. J'ai changé mais je suis resté moi-même. Le contrat a changé, mais il est resté le contrat* ».

[1210] En ce sens, v. F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de Philosophie du Droit* 1999, p. 259, spéc. p. 299 : « *plutôt qu'une crise* (du contrat), *il s'agit en vérité d'une toilette, désinfection ou thérapie juridiques du contrat* » ; L. Josserand, art. préc., spéc. p. 5 : « *nous sommes de ceux qui pensent qu'on se hâte un peu trop de reconduire le contrat jusqu'à sa demeure dernière : aujourd'hui encore, et malgré les avatars qu'il subit, il figure encore au nombre de ces morts qui se portent assez bien ; et peut-être que ce n'est pas de déclin, de crépuscule qu'il est question pour lui, mais bien de transformation et de renouveau* ».

[1211] F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 45 : « *Le renouvellement du droit des contrats s'opérerait ainsi non par voie d'exception aux principes traditionnels mais par l'adjonction de principes nouveaux, latents dans le droit positif et complémentaires des anciens, leur combinaison dialectique permettant de donner à chacun sa juste place* ».

TITRE 1

LE SOLIDARISME CONTRACTUEL

317. Si l'on a coutume de présenter le contrat de société comme la terre d'élection du solidarisme contractuel, un vent d'altruisme tend depuis quelques années à se propager hors de la sphère sociétaire et souffler sur le droit commun. A un sentiment d'indifférence du contractant à l'égard de l'autre se substitue un sentiment de cohésion contractuelle qui semble conforter la nouvelle devise « loyauté, solidarité, fraternité » proposée par le Professeur Denis Mazeaud[1212]. On prend en effet conscience que les parties, loin d'être des adversaires animés par des intérêts divergents, doivent se comporter en véritables partenaires pour mener à bien l'aventure contractuelle. Cette rénovation de la perception de la relation contractuelle générée par le contrat de société concourt au rayonnement du solidarisme contractuel (Chapitre 1) lequel favorise la flexibilité de la force obligatoire du contrat (Chapitre 2).

[1212] D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, 1999, p. 603.

CHAPITRE 1

LES MANIFESTATIONS DU SOLIDARISME CONTRACTUEL

318. L'influence solidariste du droit des sociétés sur le droit commun se manifeste par une approche renouvelée du contrat. Traditionnellement pensé en termes d'intérêts antagonistes, le contrat de droit commun renouvelle sa définition désormais articulée autour de la notion d'intérêt commun (Section 1). De cette conception plus fédératrice du contrat en résulte une appréhension renouvelée du comportement de parties tenues de coopérer pendant la durée de la relation contractuelle pour leur bien commun (Section 2).

SECTION 1 UNE APPREHENSION DU CONTRAT RENOUVELEE PAR L'INTERET COMMUN

319. Marginalisée dans la conception classique du contrat conçu comme une terre de conflits, la notion d'intérêt commun, qui caractérise et singularise le contrat de société depuis sa naissance (§1), tend aujourd'hui à se répandre et participe d'une rénovation de la définition du contrat de droit commun au profit d'une conception plus fraternelle (§2).

§1 L'INTERET COMMUN : UNE NOTION TRADITIONNELLEMENT INHERENTE AU CONTRAT DE SOCIETE

320. Si l'intérêt commun constitue une indéniable particularité de la société (A), la nature contractuelle de cette dernière a nourri d'importantes controverses (B).

A- L'INTERET COMMUN : UN CRITERE CONSTITUTIF DE LA SOCIETE

321. Une notion consubstantielle de la société. Loin de s'inscrire dans la conception classique du contrat qui se caractérise par un antagonisme d'intérêts, la société s'en différencie par la reconnaissance incontestée d'un intérêt commun aux associés[1213] entendu comme

[1213] B. Bouloc et M.-H. Girard, « Le modèle du contrat de société dans le code civil », in *Code civil et modèles, Des modèles du code au code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 321, spéc. p. 322 : « *A la différence de nombreux contrats où les partenaires se trouvent en opposition d'intérêts, comme c'est le cas de la*

« *l'intérêt de chacun poursuivi par tous* »[1214]. Expressément visé par l'article 1833 du Code civil, l'intérêt commun constitue dès l'époque romaine un critère décisif du contrat de société[1215]. En droit romain, cette particularité se traduisait par le *jus fraternitatis* qui désignait à proprement parler la communauté d'intérêts. L'étymologie même de la société illustre le caractère indissociable des notions de société et d'intérêt commun. La société provient du mot latin *societas* qui renvoie à une pluralité de personnes, une réunion, une communauté. Ce mot est lui-même associé à celui de *socio* qui signifie faire partager, mettre en commun, allié, adjoint au mot *socius* qui renvoie au compagnon, à l'associé, à l'allié. On le voit, la notion d'intérêt commun est, dés l'origine, consubstantielle du contrat de société[1216]. Aussi apparaît-il regrettable que le législateur ne l'ait pas mentionné à l'article 1832 du Code civil[1217]. Cette lacune a contribué à se désintéresser de cette notion[1218] qui confine à l'évidence[1219] et fait l'objet d'un quasi consensus.

322. Une notion univoque en société. En effet, la notion d'intérêt commun n'appelle pas de difficulté. C'est « *ce que les différents partenaires ont eu en vue lorsqu'ils ont décidé de créer une société, c'est-à-dire de développer une activité dans l'intérêt des uns et des autres* »[1220]. Plus précisément, à l'aune de l'article 1832 du Code civil, l'intérêt commun consiste dans le partage

---

vente ou du louage, en matière de société, les partenaires sont animés des mêmes intentions » ; T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 71 ; D. Schmidt, « De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, I, 48, p. 535, spéc. p. 535 ; V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 248, p. 216 ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 430, p. 335 ; G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe, La loyauté*, 1997, p. 191, spéc. p. 193.

[1214] M. Germain, « L'intérêt commun des actionnaires, Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ? », *JCP E* 1996, suppl. n° 4, p. 13, spéc. p. 13.

[1215] T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 612 et 613 : l'intérêt commun qui trouve son origine dans le droit romain constituait également dans l'ancien droit un des quatre éléments constitutifs du contrat de société ; R. Monier, *Manuel de droit romain, Les obligations*, 5e éd., 1954, n° 133 ; G. May, *Droit romain*, T. 2, 1890, n° 326.

[1216] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 1162, p. 717 : « *cet intérêt commun typique, nommé ou réel est le propre du contrat de société* » ; *Contra* : C. Ducouloux-Favard, « Actionnariat et pouvoir », *D*. 1995, chron., p. 178 : selon l'auteur, « *la notion d'intérêt commun est propre aux sociétés de personnes et non aux sociétés de capitaux* ». Or, cette affirmation peut difficilement être soutenue en raison de la portée générale de l'article 1833 du Code civil. L'intérêt commun n'est pas moins présent dans les sociétés de capitaux dans lesquelles les associés recherchent également tous le même intérêt, celui de s'enrichir. En ce sens, v. V. Cuisinier, th. préc., n° 275, p. 244, note de bas de page n° 1078.

[1217] V. Cuisinier, th. préc., n° 259, p. 226.

[1218] V. Cuisinier, th. préc., n° 253 et s., p. 219 et s. La première véritable étude consacrée à la notion n'a été menée qu'en 1974. V. T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com*. 1984, p. 581.

[1219] D. Schmidt, art. préc. : « *l'intérêt commun des associés constitue l'un des fondements essentiels du contrat de société tant il est évident qu'une société ne peut être créée et gouvernée dans l'intérêt de certains associés seulement* » ; V. Cuisinier, th. préc., n° 255, p. 221.

[1220] B. Bouloc et M.-H. Girard, art. préc., spéc. p. 325.

des bénéfices ou la réalisation d'une économie : il est dans l'intérêt de chacun des associés, quelle que soit la forme sociale envisagée, de retirer un profit ou de réaliser une économie. Au-delà, tous entendent retirer de l'enrichissement collectif un enrichissement individuel[1221].

Si l'intérêt commun s'apparente en cela à l'objectif commun, il ne se confond pas pour autant avec lui. En effet, l'objectif commun s'identifie à la réalisation de l'entreprise commune, c'est-à-dire à la réalisation de l'objet social. Et alors que l'objet social désigne l'activité de la société et varie donc d'une société à l'autre, l'intérêt commun correspond à la cause objective du contrat de société qui ne varie pas selon la société envisagée. Par conséquent, l'intérêt commun est « *un concept à contenu strict* » et s'oppose par là même également à l'intérêt social, « *concept à contenu variable qui indique ce qui est bon pour la société* »[1222]. De surcroît, si l'intérêt social concerne la relation entre l'associé et la personne morale, l'intérêt commun concerne la relation entre les associés[1223]. Mais le choix d'unir les notions d'intérêt commun et d'objet social n'est pas anodin. En effet, la réalisation de l'intérêt commun dépend de la réalisation de l'objet social, du succès de l'entreprise commune[1224]. Il n'est dés lors pas étonnant que les notions d'objectif commun et d'intérêt commun souffrent parfois d'un amalgame[1225].

323. Une notion inclusive des intérêts divergents. L'intérêt commun n'induit cependant pas une identité absolue des intérêts des parties au contrat de société[1226]. « *Ils ont beau être tous capitalistes, leurs intérêts sont souvent divergents, la recherche de l'intérêt commun ne les anime*

[1221] T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 61 : « *Dans un sens restrictif, l'expression intérêt commun traduit la proposition selon laquelle chacun des associés espère avoir une part dans la réalisation du profit réalisé par la société en raison de son apport* » ; D. Schmidt, art. préc. ; D. Schmidt, « Les associés et les dirigeants sociaux », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 11, spéc. p. 15 : l'intérêt commun est « *défini comme étant la volonté de s'enrichir par l'effet d'enrichissement social* ».

[1222] *Contra* : J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis, n° 157 et s., p. 109 et s. : pour l'auteur, la notion d'intérêt social est le nom que porte l'intérêt commun dans le contrat de société.

[1223] D. Schmidt, art. préc., spéc. p. 536.

[1224] V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 261, p. 230.

[1225] V. par exemple J.-F. Hamelin, th. préc., n° 154, p. 116 : pour l'auteur, l'intérêt commun ou la cause de l'obligation des associés réside dans l'activité commune.

[1226] T. Hassler, art. préc., spéc. p. 585 : « *Le terme commun ne signifie pas que les intérêts des deux parties sont semblables ou qu'ils se confondent jusqu'à ne faire plus qu'un ; en réalité, chacun poursuit son intérêt propre, mais il se trouve que celui-ci coïncide avec l'intérêt de l'autre partie* » ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 1159, p. 714 : « *le contrat, même lorsqu'il est à la base d'un ordre juridique dérivé censé poursuivre un intérêt commun, n'exclut pas l'idée d'antagonisme et de conflit d'intérêts. On contracte d'abord dans son intérêt personnel. Il ne faut pas confondre charité et solidarité* ».

pas en permanence »[1227]. Plus encore, comme l'expose Madame Suzanne Lequette, deux phases sont à distinguer s'agissant du contrat de société. Dans la première, les associés « *agissent en effet dans un intérêt économique unique, celui de la concentration* ». En d'autres termes, les intérêts des associés sont similaires au point de se confondre. Dans la seconde, dès lors que des bénéfices sont réalisés, on aboutit à l'opération de distribution, « *c'est-à-dire un partage entre les associés* », qui implique que chaque associé agisse non plus dans l'intérêt de la concentration mais dans leur intérêt propre[1228]. Alors que certains associés peuvent avoir intérêt à une distribution immédiate des bénéfices, d'autres peuvent souhaiter une mise en réserve[1229]. Partant, l'intérêt commun s'accommode d'une certaine divergence d'intérêts.

324. Pour autant, si l'existence d'un intérêt commun aux associés est indéniable et constitue bien un critère essentiel de la société, il contribue à obscurcir la nature contractuelle de cette dernière.

B- L'INTERET COMMUN : UNE NOTION PRETENDUMENT EXCLUSIVE DE LA NOTION DE CONTRAT

325. Stigmatisée dans une perception traditionnelle du contrat, la notion d'intérêt commun a fait naître la controverse sur la nature de la société et favorisé l'élaboration de théories concurrentes (1). Pourtant, en réalité, l'intérêt commun n'empêche pas la qualification contractuelle de la société (2).

[1227] P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, 2e éd., Montchrestien 2003, n° 138 ; en ce sens, v. D. Schmidt, « De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, I, 48, p. 535 ; T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 610 ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 430, p. 348 ; A. Bennini, « L'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 155, spéc. p. 157 : « *la volonté de faire prospérer la société et de s'enrichir individuellement anime chaque associé, mais ce sentiment commun ne suffit pas à apaiser les tensions et les divergences d'intérêts* ».

[1228] S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner, n° 85, p. 69 et s., spéc. n° 85, p. 70 : « *l'acte sociétaire, tout en liant les intérêts individuels des associés au sein d'un intérêt commun unique, n'en préserve pas moins, au final, leur caractère distinct. Mais au-delà et surtout, il importe de remarquer que, lors de la répartition, le sort individuel de chaque associé est subordonné à celui des autres. Et de ce fait, l'acte opère bien la liaison entre des intérêts économiques distincts. Simplement au lieu de s'opérer directement et frontalement, cette liaison s'opère par le truchement d'un intérêt collectif unique* ».

[1229] Y. Guyon, *Droit des affaires, Droit commercial et des sociétés*, T. 1, 12e éd., Economica, 2003, n° 124.

1- Les qualifications concurrentes

326. Le rejet de la théorie contractuelle. L'éviction de l'intérêt commun de la définition du contrat coïncide avec l'individualisme du Code civil. Classiquement, on considère que les parties à un contrat s'inscrivent dans une relation antagoniste qui exclut toute convergence d'intérêts[1230]. En 1804, seul le contrat de société semble échapper à cette idée selon laquelle les contractants ne peuvent partager d'intérêts convergents. En conséquence, l'existence des contrats d'intérêt commun est réprouvée[1231] et nombreux sont les auteurs qui s'emparent de l'argument pour nier la dimension contractuelle de la société[1232].

327. La théorie institutionnelle. L'existence d'un intérêt commun dans le contrat de société a d'abord conforté le succès des institutionnalistes[1233]. A les suivre, pas davantage que le mariage, la société ne présente de caractère contractuel. Deux situations juridiques s'opposent : celle du contrat, dominée par la théorie de l'autonomie de la volonté et celle de l'institution, articulée autour de la poursuite d'un intérêt commun[1234]. La jurisprudence n'est d'ailleurs pas restée indifférente à l'émergence de la théorie institutionnelle pour l'appliquer à la société[1235].

[1230] G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, p. 13 : le contrat se caractérise par « *un compromis entre des intérêts antagonistes ou tout du moins différents ; et le contrat n'est que l'établissement d'un certain équilibre voulu entre les aspirations opposées ou dissemblables de chacun des contractants* » ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, thèse Toulouse, 1949, n° 33, p. 42.

[1231] V. Cuisinier, th. préc., n° 255, p. 221.

[1232] A. Eschmann, *La constitution des sociétés et le droit commun des contrats*, thèse Nancy II, 1979, n° 16, p. 12 : « *sauf à enlever tout sens précis à la notion de contrat, ce qui est pour le moins discutable, la première qualité d'un bon vocabulaire juridique étant justement la précision, qualifier de contrat l'acte de société se révèle insoutenable, quel que soit le type de société considéré, du fait du particularisme de la structure des volontés des associés* ».

[1233] M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in *La cité moderne et les transformations du droit*, Cahiers de la nouvelle journée, T. IV, Bloud et Gay, Paris, 1925, p. 2 et s. ; J.-A. Broderick, « La notion d'institution de M. Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Archives de Philosophie du Droit* 1968, p. 143 et s. ; J. Brèthe de la Gressaye, v° Institution, in *Rép. civ*., Dalloz, 1952, n° 28 ; J. Brèthe de la Gressaye et M. Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, n° 392 et s. ; E. Gaillard, *La société anonyme de demain : la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Paris, 1933 ; P. de Sola Canizares, « Le caractère institutionnel de la société de capitaux », *RIDC* 1953, p. 416 et s.

[1234] S. Vaisse, *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, Contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967, p. 8.

[1235] CA Paris, 26 mars 1966, *Gaz. Pal*. 1966, 1, p. 400 ; *RTD* com. 1996, p. 349, obs B. Houin ; CA Reims, 24 avril 1989, *Gaz. Pal*. 1989, 2, p. 431, note P. de Fonbressin, *Rev. soc*. 1990, p. 77, obs. Y. Guyon ; *RTD com*. 1989, p. 684, obs. Y. Reinhard ; *JCP E* 1990, II, 15677, note A. Viandier et J.-J. Caussin.

328. La théorie de l'acte juridique collectif. Toutefois, si le débat « contrat ou institution » n'est pas épuisé, l'imprécision du régime juridique de l'institution[1236] a conduit certains auteurs à privilégier la notion d'acte juridique collectif[1237] pour désigner « *un accord de volontés semblables ayant toutes le même contenu et orientées vers la réalisation d'un but commun* »[1238]. Quant au Professeur Gabriel Roujou de Boubée, il y décèle trois éléments : un concours de volonté, des volontés identiques dans leur contenu et des volontés liées entre elles. En d'autres termes, par opposition à un contrat, qui est le fruit de volontés antagonistes sinon divergentes, l'acte juridique collectif met en exergue des volontés aux contenus identiques tendant vers un même but[1239]. Dès lors, dans la mesure où la volonté de chaque associé réside dans la création de la société en vue de partager des bénéfices ou de profiter d'économies, la société prend la nature d'un acte collectif.

329. Acte unilatéral collectif et acte unilatéral individuel. La réforme du 11 juillet 1985 instituant la société unipersonnelle a, pour certains auteurs, abondé en ce sens[1240]. A les suivre, la consécration de la société unipersonnelle aux côtés de la société pluripersonnelle confirme la

---

[1236] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 1176, p. 730 : « *A dire vrai, l'institution est effectivement plus une image qu'une véritable théorie* ».

[1237] V. not. L. Duguit, *Traité du droit constitutionnel*, T. 1, La règle de droit, Le problème de l'Etat, de Bocard, 3e éd., 1927, § 37 et s., p. 374 et s., R. Demogue, *Traité des obligations en général*, T. 1, Les sources de l'obligation, Rousseau, 1923, n° 16 et s., p. 34 et s. ; G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, préf. G. Marty ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, T. 1, Les sources, Dalloz, 2e éd., 1988, n° 368 à 370, p. 379 à 381 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, thèse Toulouse, 1951, Sirey, n° 33 et 44, p. 43 et 52 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Defrénois, 2007, préf. Y. Lequette, Recherches sur les sources de l'obligation, n° 616, p. 265-266 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 505 et 507 ; J. P. Bertrel, « Le débat sur la nature de la société », in Mél. A. Sayag, Litec, 1997, p. 131, spéc. p. 133 ; J.-P. Bertrel, « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com.* 1996, p. 595, spéc. p. 612 ; J. Brèthe de la Gressaye, art. préc., n° 43.

[1238] G. Roujou de Boubée, th. préc., p. 209.

[1239] G. Roujou de Boubée, th. préc., p. 57.

[1240] C. Champaud, « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Economica, 1987, p. 125, spéc. p. 133 ; C. Champaud, « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », in *Mél. J. Paillusseau*, Dalloz, 2004, p. 152 ; C. Grimaldi, th. préc., n° 616, p. 264 ; S. Lequette, th. préc., n° 81, p. 66 : « *Parce qu'elle peut désormais résulter de la volonté d'une seule personne, la société ne pourrait plus être qualifiée de contrat et devrait rejoindre la sphère de l'acte juridique unilatéral* » ; Y. Chartier, « L'association, contrat, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 195, spéc. p. 195 : « *Le caractère contractuel de l'association est même plus accentué que celui des sociétés, puisque, alors qu'il existe des sociétés unipersonnelles, une situation analogue n'est pas envisagée en droit des associations…* ». L'existence de la société unipersonnelle n'est cependant pas suffisante à remettre en cause la nature contractuelle de la société. S'il est vrai que la société unipersonnelle est bien exclusive en elle-même de la notion de contrat, elle demeure l'exception. Elle n'est admise que pour certaines formes sociales seulement (EURL, SASU). Au demeurant, même dans ce cas, un engagement de nature contractuelle peut être identifié entre la personne morale et l'associé.

volonté législative de substituer à la qualification contractuelle de l'acte constitutif de la société celle d'acte unilatéral[1241]. Qu'elle soit constituée d'un seul ou d'une pluralité d'associés, la société recèle toujours l'existence d'un intérêt unique[1242].

La théorie de l'acte juridique est pour le moins séduisante puisqu'elle sous-tend la consécration d'une nature unitaire de la société. Mais selon que la société est instituée par une ou plusieurs personnes, elle adopte respectivement la qualification d'acte unilatéral individuel ou d'acte unilatéral collectif.

330. Si, de prime abord, l'existence d'un intérêt commun semble donc invalider la qualification contractuelle, cette conclusion se révèle en réalité erronée.

2- Le rejet des qualifications concurrentes

331. Si les notions d'institution ou d'acte juridique collectif ont le mérite de sortir de l'ombre la notion d'intérêt commun, il faut se garder de commettre tout amalgame. L'intérêt commun n'est pas incompatible avec la notion de contrat. Preuve en est que législateur et jurisprudence ont expressément rejeté ces qualifications concernant la société au profit de la qualification contractuelle (a), laquelle se révèle légitime au regard de l'analyse des critères essentiels du contrat (b).

a- La consécration de la qualification contractuelle par le droit positif

332. Suivant la formule du Professeur François Collart-Dutilleul, « *le contrat est un accord de volontés que la loi et/ou le juge reconnaissent autoritairement comme tel* »[1243], de sorte qu'il suffit a *priori* de voir successivement comment le législateur et la jurisprudence qualifient la société pour en déterminer la nature.

[1241] J.-F. Hamelin, th. préc., n° 88, p. 65 : « *il serait pour le moins curieux qu'une même notion juridique, la société, puisse revêtir une nature différente selon que celle-ci est unipersonnelle ou pluripersonnelle* ».

[1242] G. Wicker, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Mél. B. Oppetit*, Litec, 2009, n° 42, p. 691; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 136.

[1243] F. Collart-Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 225, spéc. p. 230.

333. Consécration légale. En droit romain, le législateur faisait de la société un des quatre grands contrats qu'il qualifiait de « *consensuel, synallagmatique, parfait et de bonne foi* »[1244]. Et personne ne contestait la nature contractuelle de son acte constitutif[1245]. Tous considéraient la société comme un contrat synallagmatique ordinaire. Déniant de la sorte les particularités de la société relatives à l'absence de transfert de valeurs entre associés et à l'existence d'un intérêt commun, l'on comprend que sa nature contractuelle ait pu être contestée ultérieurement par une partie de la doctrine.

Pour autant, même conscient de l'originalité qui anime la société, le législateur de 1804 a souhaité réitérer sa volonté de considérer la société comme un contrat[1246]. Certes, le législateur a substitué à la dénomination de « contrat de société » celle de « société »[1247] et précisé au sein de l'article 1832 du Code civil que la société était « instituée » par un contrat[1248]. Mais, il ne faut pas accorder à ces remarques terminologiques plus de portée qu'elles n'en ont. Elles doivent en effet être mises en corrélation avec la consécration des sociétés unipersonnelles qui cohabitent désormais avec les sociétés-contrat[1249]. En témoigne au demeurant le maintien de la dénomination de « contrat » après la réforme du 4 janvier 1978 relatives aux sociétés pluripersonnelles[1250] qui conforte indéniablement la volonté législative de dissocier la nature de la société pluripersonnelle de celle de la société unipersonnelle[1251]. Si le législateur ne s'en explique pas, cette distinction se trouve en réalité justifiée par leur fonction différente. Alors que la société pluripersonnelle a pour objectif d'opérer le partage des bénéfices entre les associés, la société unipersonnelle a pour seul but de séparer le patrimoine personnel et le patrimoine affecté

[1244] C. Champaud, art. préc. ; J.-P. Delville, G. Guiheux, M. Herail, T. Noel, L. Nurit et E. Richard, *Droit des affaires, Questions actuelles et perspectives historiques*, sous la dir. de E. Richard, Presses Universitaires de Rennes, 2005, n° 600.

[1245] J.-P. Delville, G. Guiheux, M. Herail, T. Noel, L. Nurit et E. Richard, *op. cit.*, n° 624 : en droit romain, trois éléments constituaient la société : le consentement, l'apport et l'intérêt commun.

[1246] Preuve en est que la société s'inscrit dans le titre IX du livre III du Code civil relatif aux contrats : J.-C. May, « La société : contrat ou institution », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122, spéc. p. 125.

[1247] Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985.

[1248] B. Losfed, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille II, 2003, n° 416, p. 337 ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 202, p. 175.

[1249] J.-P. Bertrel, « Le débat sur la nature de la société », in *Mél. A. Sayag*, Litec, 1997, p. 131, spéc. p. 134 ; A. Benoit-Moury, « De l'article du code civil au concept belge de société depuis juillet 1996 », in *Mél. C. Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1997, p. 33, spéc. p. 40.

[1250] Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du libre III du Code civil.

[1251] S. Lequette, th. préc., n° 82, p. 67.

à l'entreprise[1252]. Par conséquent, la dénomination de « contrat » ne laisse aucun doute quant à la nature conférée par le législateur à l'acte constitutif d'une société pluripersonnelle[1253].

334. Consécration prétorienne. La qualification légale retenue semble être corroborée par la jurisprudence. Si certaines Cours d'appel ont semblé entretenir la confusion en décidant que la société constituait « *bien plus qu'un contrat, une institution* »[1254], la Cour de justice des communautés européennes et la Cour de cassation, se sont prononcées en faveur de la nature contractuelle de la société.

La première a en effet affirmé que les statuts de société avaient la nature d'un contrat « *régissant à la fois les rapports entre actionnaires et les rapports entre ceux-ci et la société qu'ils créent* »[1255]. Ce faisant, elle semble bien reconnaître l'existence d'une relation contractuelle non seulement entre les associés entre eux mais également entre chaque associé et la société.

Quant à la seconde, elle a estimé que « *le contrat de coopération étant un contrat de droit privé, les statuts d'une coopérative, auxquels il se réfère, même s'ils reproduisent les dispositions impératives des statuts types ou s'ils en adoptent certaines clauses facultatives, ont valeur contractuelle dans les rapports entre la coopérative et chacun de ses adhérents* »[1256]. Cette décision appelle cependant deux remarques. La première, d'ordre terminologique : la Cour de cassation n'indique pas que la société est un contrat mais simplement que ses statuts ont une « valeur contractuelle », ce qui entretient l'équivoque sur la volonté réelle de lui reconnaître une véritable nature contractuelle[1257]. La seconde observation a trait à l'objet du contrat en cause. La Cour de cassation fait en effet mention de statuts à valeur contractuelle entre « le coopérateur et la coopérative » et semble donc davantage faire référence à l'existence du contrat d'apport qu'à

[1252] S. Lequette, th. préc., n° 87, p. 71.

[1253] Un raisonnement analogue a été exposé en matière d'association : « *Parler de l'association comme un contrat peut paraître traiter de l'évidence, dès lors que sa définition même, telle qu'elle est énoncée à l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901, la qualifie de convention, et qu'elle est régie quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations* » : Y. Chartier, « L'association, contrat, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 195, spéc. p. 195.

[1254] CA Paris, 26 mars 1966, *Gaz. Pal*. 1966, 1, p. 400 ; en ce sens, v. CA Reims, 24 avril 1989, *Gaz. Pal*. 1989, 2, somm. p. 431, note P. de Fontbressin ; *JCP E*, 1990, II, 15677, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. soc*. 1990, somm. p. 77, obs. Y. Guyon ; *RTD com*. 1989, 684, obs. Y. Reinhard ; *LPA*, 31 mai 1991, n° 65, p. 26, note S. Majerowicz.

[1255] CJCE, 10 mars 1992, *Bull. Joly soc*. 1992, p. 768, § 247, note J.-B. Blaise ; *Defr*. 1992, 1367, obs ; P. Le Cannu ; *JCP E* 1994, I, 369, obs. Y. Reinhard, n° 11.

[1256] Cass. civ. 1ère, 15 juillet 1999, *Bull. Joly soc.* , 1999, § 261, note A. Couret.

[1257] P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, 2e éd., Montchrestien 2003, n° 142.

celle du contrat de société. Dans la même veine et plus récemment, la chambre commerciale a d'ailleurs jugé que les statuts d'une société en nom collectif constituaient le contrat accepté par les parties qui fixent leurs droits et obligations[1258]. La formulation recèle ainsi la même ambivalence que celle employée par la décision précédente. La simple référence « aux parties » laisse cours à deux interprétations. Soit il est fait référence aux seuls associés et, dans ce cas, c'est bien la nature contractuelle de la société qui est exprimée. Soit il est fait référence à l'associé et à la société et c'est alors l'existence du contrat d'apport qui est confortée. A dire vrai, la lecture de l'arrêt semble davantage corroborer cette seconde interprétation. En effet, le litige portait sur la validité d'une clause statutaire prévoyant le rachat des titres de l'associé par la société dans l'hypothèse où il ferait l'objet d'un redressement judiciaire. C'est donc bien la société qui s'était engagée à racheter les parts sociales et n'exécutait pas ses obligations envers l'associé. L'action était d'ailleurs dirigée contre elle. En conséquence, il est probable que le contrat visé par la Cour de cassation ne soit pas le contrat de société mais, là encore, le contrat d'apport liant l'associé et la société.

335. Il est en définitive difficile d'interpréter la position de la Cour de cassation et de dégager la nature jurisprudentielle de l'acte constitutif de la société. Pour autant, la comparaison opérée entre l'acte constitutif de la société et les critères essentiels assignés au contrat semble confirmer la nature contractuelle de la société.

b- L'adéquation de la qualification retenue avec les critères essentiels du contrat

336. L'identification des critères essentiels du contrat. Dire que la société est un contrat parce que législateur et jurisprudence la considèrent comme tel pourrait sembler suffire. Toutefois, les ambiguïtés jurisprudentielles nous conduisent à pousser la réflexion et à analyser les critères essentiels du contrat pour les confronter à l'acte constitutif de la société. En outre, si la volonté du législateur semble quant à elle dépourvue d'équivoque, la qualification contractuelle ne devient réellement légitime qu'en recherchant les raisons qui l'ont conduit à adopter ce choix.

[1258] Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ*. IV, n° 47 ; *D*. 2005, p. 839, obs. A. Lienhard ; *Rev. soc*. 2005, p. 618, note D. Randoux ; *RTD com*. 2005, p. 599, obs. A. Martin-Serf ; *Bull Joly soc*. 2005, p. 995, note P. Le Cannu.

Le contrat est une notion complexe dont on peine à définir les contours[1259]. Sa diversification croissante a durci la tâche et certains n'hésitent pas à dénoncer une « *crise du contrat* »[1260]. Il n'est toutefois pas impossible d'en déceler les dénominateurs communs [1261] : le contrat est une convention, c'est-à-dire un accord de volonté[1262], lequel est générateur d'effets de droit particuliers, c'est-à-dire d'obligations juridiques[1263].

S'agissant de l'accord de volonté, il paraît pouvoir facilement être décelé : la société procède d'une manifestation volontaire des associés, lesquels conviennent librement de la constituer et s'accordent sur les modalités de fonctionnement[1264]. C'est d'ailleurs l'accord de

---

[1259] F. Collart-Dutilleul, art. préc., spéc. p. 225 : « *On se heurte alors à la difficulté, malgré tous les efforts de la doctrine, de donner une définition unique et satisfaisante qui embrasse l'ensemble des manifestations contractuelles* » ; en ce sens, v. *Le contrat, usages et abus d'une notion*, sous la dir. de S. Erbès-Seguin, Desclée de Brouwer, 1999 ; G. Busseuil, *La notion de contrat en droit privé européen*, thèse Paris X, 2008 : l'auteur affirme que la difficulté est d'autant plus grande de définir le contrat que « *chaque droit national considéré, droit allemand, droit anglais, droit français, a forgé une notion de contrat dotée d'une forte identité* » ; C. Atias, « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, chron. p. 137 et s. La difficulté n'est au demeurant pas propre à la discipline juridique. V. O. Favereau, « Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie », in *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 21.

[1260] H. Batiffol, « La crise du contrat et sa portée », *Archives de Philosophie du Droit*, T. XVIII, Sirey, 1968, p. 13 ; E. Savaux, « La dilution des catégories », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, sous la dir. de G. Pignarre, Dalloz, 2005, p. 33, spéc. p. 37 : « *Le sentiment général est qu'on ne sait plus ce qu'est un contrat* » ; D. Mazeaud et T. Revet, « Editorial », *RDC* 2007, p. 219, spéc. p. 219 : « *Les frontières du contrat deviennent incertaines, sinon incontrôlées, un peu comme l'étaient celles de l'Empire romain dans ses derniers moments* » ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 5, p. 5 : « *Le contrat est conçu comme une notion relative et protéiforme… Ce que le contrat gagne en extension, il le perd en compréhension* ».

[1261] V. par exemple B. Fages, *Droit des obligations*, 4e éd., LGDJ, 2013, n° 18 : « *La définition du contrat a fait et continue à faire l'objet de maintes discussions doctrinales. Disons pour nous en tenir à l'essentiel qu'il est un accord de volontés par lequel les parties créent elles-mêmes, à la charge d'une ou plusieurs d'entre elles, des obligations* » ; *Terminologie contractuelle commune*, Association H. Capitant des amis de la culture juridique française, Sociétés de législation comparée, 2008, sous la dir. de B. Fauvarque Cosson, p. 24.

[1262] J. Ghestin, « L'utile et le juste dans le contrat », *D.* 1982, chron. p. 1, spéc. p. 1 : « *ce qui est commun à tous les contrats et seulement à ceux-ci, c'est leur mode de formation, leur procédure selon la formule de Kelsen. Il s'agit d'un accord de volonté* » ; C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD civ*. 1997, p. 357, spéc. p. 360 ; M. Villey, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », *Archives de Philosophie du Droit*, T. XVIII, Sirey, 1968, p. 1 et s.

[1263] J. Ghestin, art. préc., spéc. p. 1 : « *L'effet principal du contrat est de faire naître, de transmettre ou d'éteindre des obligations* » ; L. Boy, « Les utilités du contrat », *LPA*, 10 septembre 1997, n° 109, p. 3 spéc. p. 3 ; B. Rudden, « Le domaine du contrat », « Rapport anglais », in *Le contrat aujourd'hui* sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, LGDJ, 1987, p. 125, spéc. p. 126 ; R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. p. 215 : « *Il est d'abord clair que l'effet spécifique du contrat*, stricto sensu, *réside dans la production d'obligations : l'article 1101 C. civ. est là pour nous le rappeler* ».

[1264] J. P. Bertrel, « Le débat sur la nature de la société », in *Mél. A. Sayag*, Litec, 1997, p. 131, spéc. p. 133 : « *il est incontestable que la société est d'abord une manifestation de volonté* » ; R. Libchaber, « La société, contrat spécial », in *Mél. M. Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 281, spéc. p. 286 : « *les manifestations de volonté se rencontrent bien sûr pour former le contrat, mais elles convergent ensuite, sans s'épauler les unes aux autres* » ; L. Boy, art. préc., spéc. p. 7 : « *Au-delà des querelles sur le caractère contractuel ou institutionnel des groupements de droit privé, il convient de reconnaître qu'à l'origine de ces groupements, il y a*

volonté qui fondait traditionnellement le critère de distinction avec l'indivision qui, à l'inverse, avait son origine dans un fait accidentel[1265]. Même dans les sociétés créées de fait, il est possible de déceler, au travers du comportement des parties, une volonté tacite d'être liées[1266]. Cela n'a pas empêché certains auteurs d'affirmer que le contrat de société n'était pas le produit d'un accord de volonté entendu comme un échange de consentements, mais le produit d'un concours de consentements propice à conforter sa nature d'acte collectif[1267]. En effet, la distinction tiendrait dans le fait que, dans la société, les consentements ne se rencontreraient pas mais convergeraient dans la poursuite d'un même but[1268]. Pour cette raison, les manifestations de volonté des associés prendraient davantage la forme d'un faisceau de déclarations unilatérales de volonté. Cette distinction apparaît cependant bien fragile. En effet, il est possible de considérer que dans un contrat de vente, les volontés convergent vers un même but, à savoir la réalisation de l'opération économique envisagée. A l'inverse, il est possible de considérer que les associés poursuivent des buts différents, à savoir que chacun veut sa part dans les bénéfices[1269]. Plus exactement, deux phases peuvent être distinguées dans la manifestation des consentements des associés. La première, dans laquelle justement « *les volontés s'affrontent et s'accordent pour résoudre leurs conflits en déterminant les règles de fonctionnement de leur coopération* ». La

---

l'expression de volontés concordantes. L'institution de droit privé repose au départ sur des phénomènes de consentement ».

[1265] C. Saint-Alary-Houin, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *RTD com*. 1979, p. 691 ; F. Caporale, « Société et indivision », *Rev. soc*. 1979, p. 265.

[1266] En ce sens, v. S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de théorisation*, LGDJ, 2003, préf. H. Lécuyer ; A. Danis-Fatome, *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney, n° 508, p. 309 ; L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990, préf. M. Gobert, n° 299, p. 366 ; K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français*, LGDJ, 2003, préf. J.-B. Blaise, n° 151 et s., p. 88 et s. ; *Contra* : F. Chénedé, th. préc., n° 79, p. 80-81 : pour auteur, parce que la société créée de fait de fait ne résulte pas d'une manifestation, même tacite, de volonté, elle n'est pas un contrat mais un fait juridique. Preuve en est l'impossibilité de lui appliquer la théorie des vices du consentement.

[1267] G. Roujou de Boubée, th. préc., p. 242-243 ; P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 635, spéc. p. 641 : pour l'auteur, cependant, l'existence d'un concours de consentements n'ôte pas à la société son caractère contractuel mais contribue à la différencier du contrat-échange.

[1268] M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ*. 1995, p. 573, spéc. p. 575 : l'échange des consentements suppose l'existence d'intérêts antagonistes. Il en résulte que le contrat de société, reposant sur l'existence d'un intérêt commun, ne procède pas d'un échange de consentements mais d'un concours de volontés lequel favorise la qualification d'acte collectif ; M.-A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », *Archives de Philosophie du Droit* 2000, n° 39, p. 137 : « *Peut-on encore parler de contrat lorsque les volontés ne se croisent plus comme deux lames mais s'écoulent ainsi angéliquement vers le même horizon d'intérêt commun ?* »

[1269] J.-F. Hamelin, th. préc., n° 92, p. 67 ; P. Didier, art. préc., spéc. p. 641 : l'auteur souligne le caractère délicat de la distinction entre concours de consentements et échange des consentements.

seconde, ensuite, dans laquelle « *les volontés convergent, elles concourent à faire fonctionner le contrat et l'organisation mise en place afin de garantir la réalisation de l'activité* »[1270].

S'agissant de la naissance d'obligations juridiques, on a dit que si le contrat de société avait pour spécificité de donner naissance à une personne morale, il n'en demeurait pas moins qu'il générait également des obligations juridiques à la charge des associés. Certes, les associés ne sont pas tenus réciproquement les uns envers les autres mais envers la société. Pour autant, les obligations sont inscrites aussi bien dans le contrat d'apport que dans le contrat de société puisque l'intégralité des obligations se révèle nécessaire au fonctionnement de la personne morale[1271].

En conséquence, au regard de ces deux critères essentiels, la société revêt bien l'habit du contrat.

337. L'identité d'intérêts, critère illégitime. Cependant, à ces deux éléments constitutifs du contrat, nombre d'auteurs en ajoutent un troisième : l'antagonisme d'intérêts. Dès lors, l'existence d'un intérêt commun au sein de la société fait obstacle à la qualification de contrat[1272]. Il est vrai que la société ne trouve pas bien sa place au sein des classifications établies par le Code civil. En témoigne l'article 1101 du Code civil qui dispose que « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». Les rédacteurs du Code civil n'ont clairement envisagé que les contrats synallagmatiques ou unilatéraux[1273]. Or, les associés ne sont justement pas

---

[1270] C. Lapeyre, « La nature de la société depuis les nouvelles régulations économiques », *Bull. Joly soc*. 2004, p. 21, spéc. p. 29.

[1271] V. *supra*, n° 156.

[1272] J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 507 ; J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, Droit privé, 2001, p. 89 ; R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé*, LGDJ, 1990, préf. P. Catala, n° 261, p. 144 ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, 1995, préf. J. Mestre, n° 251, p. 175 ; A. Frison-Roche, art. préc. ; G. Wicker, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997, préf. J. Amiel-Donat, n° 244, p. 234-235.

[1273] R. Libchaber, « La société, contrat spécial », in *Mél. M. Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 281, spéc. p. 284-285 ; J.-P. Legros, *Fasc. 32-10 : Nullité des sociétés*, in *J.-Cl. soc*., 2005, n° 27 : « *Les rédacteurs du Code civil ont raisonné sur un contrat bilatéral dans lequel les parties ont des intérêts antagonistes alors que le contrat de société est un contrat d'intérêt commun le plus souvent multilatéral* » et n° 41 : « *Dans ses articles 1101 et suivants, le Code civil présente une classification des contrats. Or, ces définitions ne semblent pas s'appliquer au contrat d'intérêt commun en général ni au contrat de société en particulier… Le contrat de société est pour le moins un contrat synallagmatique d'un genre original* » ; J.-B. Seube, « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », in *Société et contrat, Journ. soc. avril* 2008, p. 38, spéc. p. 38.

engagés les uns envers les autres mais envers la personne morale en vertu d'un contrat d'apport placé sous la dépendance du contrat de société. Partant, si les associés sont bien tenus d'obligations, celles-ci sont convergentes et non réciproques[1274]. Cela suffit-il à lui faire perdre la qualification de contrat ? Certainement pas. Contrairement à une idée reçue[1275], l'opposition d'intérêts n'appartient pas à l'essence du contrat[1276]. Au vrai, « *considérer le contrat comme l'expression juridique d'un conflit d'intérêts, c'est méconnaître le rôle fédérateur qu'assure le contrat entre les intérêts respectifs des parties* »[1277]. L'existence incontestée des contrats conclus à titre gratuit corrobore l'affirmation[1278]. Dans ces derniers, si les intérêts recherchés sont de nature distincte[1279], ils n'en sont pour autant pas opposés.

En réalité, l'exclusion de la notion d'intérêt commun, voire d'intérêts convergents, dans la définition du contrat procède d'un amalgame entre les notions de contrat-échange et de contrat. Deux causes en sont à l'origine.

En premier lieu, cette confusion est historique et procède d'une altération de la pensée aristotélicienne qui a inspiré la conception traditionnelle du contrat. En effet, dans son ouvrage « Ethique à Nicomaque », Aristote opère la distinction entre les *synallagma* (entendu comme les échanges) volontaires et involontaires[1280]. Or, ce qui les distingue, c'est l'existence d'un accord de volonté que l'on s'accorde justement à reconnaître comme le critère fondamental du contrat. Aussi n'y a-t-il eu qu'un pas à franchir pour assimiler le contrat au *synallagma* volontaire : puisque le *synallagma* volontaire résulte d'un accord de volontés, il s'identifie au contrat. Ainsi s'est diffusée une définition réductrice du contrat assimilée au contrat-échange[1281]. Cette

---

[1274] J.-P. Legros, art. préc., n° 47.

[1275] B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 410, p. 334 : « *l'idée demeure fermement ancrée dans la pensée juridique que le contrat, produit d'un rapport de force, ne résulte que de la confrontation d'intérêts contradictoires, divergents et opposés* ».

[1276] J.-C. May, « La société : contrat ou institution », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122, spéc. p. 148 ; F. Chénedé, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi, n° 99, p. 93 : « *En introduisant le critère de l'antagonisme d'intérêts, les modernes commettent une erreur que les classiques avaient quant à eux soigneusement évitée* » ; B. Losfeld, th. préc., n° 416, p. 337.

[1277] F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de Philosophie du Droit* 1999, p. 259, spéc. p. 275.

[1278] F. Chénedé, th. préc., n° 92, p. 87-88.

[1279] L'un poursuivant un intérêt d'ordre patrimonial et l'autre poursuivant un intérêt d'ordre extra-patrimonial.

[1280] Aristote, Ethique à Nicomaque, traduit par J. Tricot, Vrin, 1997.

[1281] M. Villey, art. préc., spéc. p. 5 à 11 ; v. également K. Stoyanovitch, « La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis », *Archives de Philosophie du Droit*, T. XVIII, Sirey, 1968, p. 89, spéc. p. 91 : le contrat est « *un accord de faire ou de ne pas faire quelque chose… Qu'est ce qu'un accord de faire ou de ne pas faire, de donner ou de recevoir quelque chose ? C'est de toute évidence, un accord en vue de procéder à un échange de biens ou de*

conception a eu d'autant moins de mal à s'imposer en droit romain que le seul contrat à être qualifié comme tel était la société dont on niait justement la spécificité pour l'intégrer dans les contrats synallagmatiques. Et cette assimilation d'être d'autant plus confortée par l'amalgame réalisé entre contrat et obligation. L'obligation étant faussement assimilée à un échange de bien, monnaie ou service entre un créancier et un débiteur, le contrat ne peut être lui aussi qu'échange. Or, l'affirmation se révèle doublement erronée. D'une part, assimiler contrat et obligation revient à confondre la source et les effets. D'autre part, à aucun moment le Code civil ne laisse penser que l'obligation ne peut résider dans une mise en commun et doit nécessairement s'entendre d'un échange[1282].

En second lieu, le contrat de vente, stéréotype du contrat-échange, constitue le contrat le plus usuel et le plus familier[1283]. Dès lors, il n'est donc pas surprenant que le législateur de 1804 l'ait érigé en modèle du droit commun. Preuve en est la quasi-parfaite coincidence entre les règles relatives à la vente et les règles communes[1284]. En éludant l'existence des autres contrats ou, tout du moins, en la minimisant, le législateur a entretenu la confusion.

Or, cette assimilation entre contrat-échange et contrat constitue bien la cause du rejet de l'intérêt commun dans la définition du contrat. En effet, le contrat-échange est conçu traditionnellement comme la terre d'opposition entre deux séries d'intérêts, ceux du créancier et ceux du débiteur, exclusive de tout confluent. La notion de contrat synallagmatique ou de contrat-échange semble nécessairement induire l'existence d'intérêts antagonistes : « *quiconque prend part à une opération synallagmatique s'inscrit dans l'ordre de la dualité, non dans celui de la*

---

marchandises » ; R. Martin, « Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux », *D*. 1983, doct. n° 3100 : « *Le contrat n'est donc que la traduction de l'échange* ».

[1282] J.-F. Hamelin, th. préc., n° 22 et s., p. 19 et s. ; F. Chénedé, th. préc., n° 90, p. 86 : « *le contrat, véritable bonne à tout faire de la vie économique peut tout aussi bien être la source d'un transfert de valeurs que d'un partage de valeurs* ».

[1283] M.-E. Ancel, « La vente dans le code civil, raisons et déraisons d'un modèle contractuel », in *Code civil et modèles, Des modèles du code au code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 285, spéc. p. 300.

[1284] M.-E. Ancel, art. préc., spéc. p. 286 ; C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 447 et s., p. 369 et s. et spéc. n° 449, p. 370 : « *Les interprètes du Code Napoléon renvoyaient aux dispositions sur la vente pour expliquer le régime d'autres contrats. La jurisprudence n'est pas en reste* ». L'auteur s'appuie sur de nombreux exemples précis, notamment l'extension de l'exception d'inexécution à tous les contrats synallagmatiques, l'extension de la règle de l'article 1591 du Code civil relatif à l'exigence d'un prix déterminé dans le contrat de vente aux contrats-cadre, ou encore l'extension du bref délai de l'action en garantie des vices cachés aux contrats d'entreprise. L'auteur opère ainsi la comparaison avec le droit administratif qui a pris comme modèle de référence pour l'élaboration d'un droit commun le contrat de concession de service public alors que certaines particularités bien marquées de ce contrat ne se retrouvent guère dans les autres contrats administratifs. Aussi, souligne l'auteur, ces deux droits communs présentent-ils le même défaut : ils ont été élaborés à partir d'un contrat spécial issu respectivement de chacune de ces deux disciplines alors qu' « *ils ne représentent pas réellement la catégorie qu'ils sont censés incarner* ».

mutualité »[1285]. Chacun des contractants conclut le contrat pour une cause objective propre à chacun d'eux. Dans le contrat de vente, par exemple, la cause de l'obligation du vendeur réside dans le paiement du prix et celle de l'acquéreur dans le transfert de la chose. Il n'y a pas comme dans la société une cause objective commune aux parties contractantes. C'est donc l'échange de prestations qu'implique le contrat de vente qui semble empêcher l'émergence de la notion d'intérêt commun et favorise l'idée d'un antagonisme d'intérêts dans la définition du contrat[1286]. Or, le contrat étant faussement réduit à celui de la vente par une partie de la doctrine, l'on comprend que la société ait pu alimenter la polémique et renforcer les réticences à lui permettre d'être considérée comme un contrat[1287].

338. La pluralité d'intérêts, critère légitime. Affirmer que la société constitue un acte juridique collectif en raison de l'intérêt commun qui la caractérise revient donc à se méprendre sur le véritable critère de distinction de l'acte juridique collectif et du contrat. En effet, le seul critère à prendre en considération est le nombre d'intérêts que met en jeu l'acte juridique envisagé. Ce n'est pas l'antagonisme d'intérêts qui caractérise le contrat mais l'existence d'une pluralité d'intérêts ou de parties[1288]. Or, l'existence d'un intérêt commun dans le contrat n'annihile justement pas l'existence d'intérêts individuels multiples. C'est précisément ce critère de pluralité de parties ou d'intérêts qui permet de différencier le contrat de l'acte juridique collectif et de l'acte juridique conjonctif[1289].

[1285] A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 777, spéc. p. 787.

[1286] V. par exemple R. Cabrillac, th. préc., n° 261, p. 144 ; J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, Droit privé, 2001, p. 89.

[1287] B. Losfeld, th. préc., n° 459, p. 372 : « *Dans la mesure où la vente a implicitement été reconnue comme le modèle cognitif du contrat, l'antagonisme d'intérêts des contractants, inhérent à ce contrat spécial, s'est nécessairement imposé, par un phénomène d'induction, comme une donnée consubstantielle du contrat en général* ».

[1288] G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, p. 14 : « *On parle de partie à un contrat. Or, qu'est-ce qu'une partie ? C'est tout simplement un intérêt représenté par un individu et antagoniste ou différent des intérêts des autres personnes qui prennent part au même contrat* ». En d'autres termes, à une partie correspond un intérêt et non une personne.

[1289] Préf. P. Catala de la thèse de R. Cabrillac, th. préc., XIV : pour le Professeur Rémy Cabrillac, trois éléments nécessaires et invariables identifient l'acte juridique conjonctif : « *l'unité de partie, l'unité d'acte et la pluralité de participants. Autrement dit, plusieurs contractants, au lieu d'agir en ordre dispersé, s'assemblent pour former une partie unique à un acte déterminé (un seul vendeur en plusieurs personnes). L'élément fédérateur est l'intérêt commun qui unit les membres… Cependant, la communauté d'intérêts ne permet pas d'affirmer avec certitude l'unité de l'acte* ». L'auteur semble ainsi confirmer l'idée que l'intérêt commun ne constitue pas en lui seul un élément suffisant pour faire perdre à l'acte sa qualification de contrat.

Si un seul intérêt est décelé, on se trouve alors en présence d'un acte juridique collectif. En revanche, si une pluralité d'intérêts est en jeu, la qualification de contrat doit être retenue. En somme, déterminer la nature de la société revient à déterminer si les volontés expriment un ou plusieurs intérêts ou encore si l'on est en présence d'une seule ou de plusieurs parties [1290]. Or, à l'aune de ce critère, c'est bien la qualification contractuelle qui doit être retenue. En effet, si les associés n'ont pas des intérêts opposés, ils n'en demeurent pas moins distincts. Aussi faut-il se garder de confondre identité d'intérêt et unicité d'intérêt[1291]. Chaque associé exprime un intérêt personnel sans pour autant s'opposer à celui-ci des autres. Bien qu'évasive[1292], la notion d'intérêt peut en effet se définir comme « *un avantage, un profit, une utilité, une satisfaction des besoins, une amélioration de bien être, un évitement d'inconvénients* »[1293]. Or, si les associés recherchent tous l'enrichissement de la société, et recherchent en cela un avantage commun, chacun cherche à satisfaire des avantages personnels[1294] et obtenir sa part dans les bénéfices. Coexiste en ce sens un profit commun et un profit particulier à chacun des associés. Par conséquent, l'intérêt commun cohabite avec des intérêts privés pluraux distincts.

339. En somme, l'intérêt commun n'est pas un critère exclusif de la notion de contrat. Dès lors, plutôt que de rejeter la qualification contractuelle, mieux vaut exporter la notion d'intérêt commun hors de la sphère sociétaire. La perception contractuelle traditionnelle s'en trouve alors bouleversée.

[1290] F. Chénedé, th. préc., n° 89, p. 86.

[1291] S. Lequette, th. préc., n° 105, p. 83 : « *En disant que les intérêts des associés sont identiques, on veut simplement signifier qu'ils présentent une nature semblable* » ; J.-F. Hamelin, th. préc., n° 94, p. 69 : « *des intérêts différents ne sont pas nécessairement des intérêts opposés ou divergents* » et n° 74, p. 78 : « *il ne saurait y avoir d'intérêts convergents sans une pluralité d'intérêts* » ; T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581, spéc. p. 585.

[1292] En ce sens, v. F. Ost, « Droit et intérêt », sous la dir. de P. Gerard, F. Ost, M. Van de Kerchove, vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt, Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publ. Fac. Univ. Saint-Louis, 1990, n° 3, p. 12 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n° 73, p. 63.

[1293] V.-D. Do, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, PUAM, 2004, préf. J. Mestre, spéc. p. 15 ; J.-F. Hamelin, th. préc., n° 151, p. 105 : « *l'intérêt d'un contractant correspond à l'avantage que ce dernier attend de la conclusion du contrat* ».

[1294] V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 261, p. 129 : « *l'intérêt de l'associé est ce qu'il attend du contrat de société et, plus précisément, l'utilité particulière qu'il entend en retirer. Cette utilité est particulière à chaque associé puisque leur intérêt dans le contrat de société leur est personnel. Elle vise par conséquent les mobiles pour lesquels un associé a donné son consentement au contrat de société* ».

§2 L'INTÉGRATION DE LA NOTION D'INTÉRÊT COMMUN DANS LA DEFINITION DU CONTRAT DE DROIT COMMUN

340. D'abord marginale, la notion d'intérêt commun se mue progressivement en une notion familière qui intègre et parfait la définition du contrat. Inhérente à la catégorie des contrats-organisation (A), elle a également conforté sa place au sein de la catégorie des contrats-échange (B).

A- LA NOTION D'INTÉRÊT COMMUN CIRCONSCRITE AUX CONTRATS-ORGANISATION

341. Proposition d'une nouvelle classification bipartite. Dès l'instant où l'on prend conscience que la qualification de société-contrat n'est pas incompatible avec l'article 1101 du Code civil, il devient nécessaire de remédier à l'amalgame entre le contrat-échange et le contrat. « *Si la vente, de 1804 ou de 1980 reste un modèle contractuel, elle partage aujourd'hui ce rôle avec d'autres figures* »[1295] de sorte que, plutôt que d'évincer la société de la famille des contrats, il importe de légitimer la nouvelle classification[1296] de contrat défendue par le Professeur Paul Didier[1297]. Renouant les liens entre société et contrat, l'auteur propose de résoudre la « crise » contractuelle en distinguant, d'un côté, les contrats-échange et de l'autre, les contrats-organisation. Cette nouvelle catégorie de contrat avait déjà été mise en lumière par les doctrines italienne et allemande, l'une faisant référence au contrat plurilatéral, l'autre ayant directement recours au contrat-organisation[1298]. Les premiers, auxquels appartient la vente, réalisent une permutation de biens ou de services. Les seconds, encore dénommés « contrats-partage »[1299],

[1295] M.-E. Ancel, art. préc., spéc. p. 302 ; P. Puig, *La qualification du contrat d'entreprise*, éd. Panthéon-Assas, 2002, préf. B. Teyssié, n° 4, p. 16.
[1296] P. Esmein, « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », in *Mél. H. Capitant*, Vaduz et Duchemin, 1977, p. 235, spéc. p. 235 : « *A juste titre, comme les autres sciences, la science du droit se complaît dans les classifications qui permettent de gouverner par l'esprit l'infinie variété des faits. Mais comme les choses, les idées ressentent l'usure du temps. Aux classifications reçues et démodées, on propose d'en ajouter ou substituer d'autres* ».
[1297] P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 635 ; P. Didier, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements*, *RJC* 1995, n° spécial, p. 74.
[1298] C. Ducouloux-Favard, « Nature juridique du contrat de société, un exemple d'écueil possible pour le comparatiste », *Rev. soc.* 1966, p. 1.
[1299] F. Chénedé, th. préc.

« contrats collaboration »[1300], « contrats-alliance »[1301] ou bien encore « contrat-concentration »[1302], auxquels appartient la société, organisent une agrégation de biens et de services au service d'un projet commun. Bien qu'initialement modelé pour permettre la réhabilitation de la société parmi les contrats[1303], le contrat-organisation n'est pas réductible à la société. Preuve en est que la mise en commun de biens pour la satisfaction d'un intérêt commun se retrouve également dans bien d'autres contrats comme le mariage, l'association, l'indivision conventionnelle, le consortium, le groupement d'intérêt économique ou encore le syndicat professionnel[1304]. Dans l'ensemble de ces contrats, l'accord de volonté ne porte pas sur un échange mais sur une mise en commun qui peut impliquer la mise en place d'une réelle organisation et la naissance d'une personne morale. Cette famille de contrats se caractérise donc par l'existence d'un intérêt identique recherché par l'ensemble des contractants.

342. Assimilation de la notion d'intérêt commun à l'identité d'intérêts. Dans les contrats-organisation, les parties recherchent toujours la satisfaction d'un intérêt qui leur est commun. Ils gagnent donc tous ensemble et se partagent alors les bénéfices, ou perdent tous ensemble et contribuent ensuite aux pertes[1305]. Tel est bien le cas du contrat de société dans lequel les parties s'engagent toutes à accomplir la même prestation pour obtenir le même avantage. Les associés s'engagent ensemble et non les uns envers les autres. Chaque associé tire directement avantage de son propre engagement comme de celui de ses coassociés. Il n'existe donc pas dans cette catégorie de contrats de rapport de créancier à débiteur : « *l'objet de l'obligation d'un associé (l'apport) n'est pas la cause de l'obligation des autres* »[1306]. Ce lien réciproque d'obligation ne s'établit qu'à l'intérieur du contrat d'apport passé entre l'associé et la société et qui se superpose au contrat-organisation passé entre les associés. Il est en conséquence

---

[1300] A. Couret et J.-J. Barbiéri, *Droit commercial*, 13e éd., 1996, p. 107.
[1301] J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis, n° 94, p. 70.
[1302] S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner.
[1303] J.-B. Seube, « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », in *Société et contrat*, *Journ. soc.* 2008, p. 38, spéc. p. 38.
[1304] J.-F. Hamelin, th. préc.
[1305] F. Chénedé, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi, n° 53, p. 61 : « *lorsque l'activité est bénéficiaire, tous les associés profitent d'une part des profits ; lorsque l'entreprise est déficitaire, chacun est tenu d'assumer sa part des pertes* ».
[1306] F. Chénedé, th. préc., n° 299, p. 281 : « *ce qu'un associé reçoit en contrepartie de son apport, ce n'est pas l'apport des autres associés. Ce qu'il reçoit en contrepartie de sa participation dans la société, c'est une place dans la collectivité* ».

tout à fait inexact d'inclure le contrat de société dans la catégorie des contrats synallagmatiques ou contrats-échange. Par ailleurs, l'engagement des associés a le même objet et la même cause. En effet, d'une part, chacun des associés s'engage à verser un apport, quelle que soit sa nature. D'autre part, chacun exécute son apport dans la perspective de l'enrichissement de la société. Aussi l'engagement des associés a-t-il une cause objective identique[1307]. Au final, il est parfaitement exact d'affirmer que la notion d'intérêt commun est indissociable des contrats-organisation[1308].

Dans le contrat-échange, en revanche, si l'un gagne c'est nécessairement au détriment de l'autre : « *si l'acheteur fait une bonne affaire en acquérant un bien à un prix inférieur à sa valeur marchande, c'est au détriment du vendeur qui obtient une contrepartie inférieure à celle à laquelle il aurait pu prétendre* »[1309]. Le Professeur Paul Didier résume cette situation en évoquant un jeu à somme nulle. Il en résulte, d'une part, que l'objet de leur obligation est distinct et, d'autre part et surtout, que chacune des parties s'engage pour une cause objective différente. Précisément, la cause de l'obligation s'identifie à l'objet de l'obligation de l'autre. L'échange implique nécessairement une dualité de cause et d'objet de l'obligation qui ne se retrouve pas dans le contrat-organisation. Chacun recherche au travers de ce contrat un avantage différent qui ne peut être obtenu que par l'exécution de l'obligation du cocontractant. En ce sens, les intérêts des parties sont bien distincts. La réalisation de chacune des prestations n'apparaît *a priori* utile qu'à chacune d'elles[1310]. Il paraît donc naturel d'admettre dans ces contrats-échange la nécessité d'un compromis qui laisse *a priori* peu de place à la notion d'intérêt commun.

343. Pourtant, bien que pertinente, cette opposition manichéenne entre contrat-organisation et contrat-échange apparaît excessive. Si l'unicité de cause de l'obligation et d'objet implique bien un intérêt commun, la réciproque n'est pas tout à fait exacte. L'intérêt commun ne

[1307] F. Chénedé, th. préc., n° 300, p. 282.
[1308] F. Chénedé, th. préc., n° 55, p. 62 : « *L'intérêt commun est au cœur, est le cœur, des distributions* ». Le terme « distribution » doit être entendu ici comme synonyme de contrat-organisation. Rappelons que l'auteur oppose non pas les contrats-échange et les contrats-organisation mais les commutations et les distributions qui recouvrent cependant des réalités similaires.
[1309] F. Chénedé, th. préc., n° 51 et s., p. 58 et s.
[1310] A.-S. Courdier Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006, préf. E. Loquin, n° 116, p. 204.

peut constituer un critère distinctif décisif des contrats-échange et des contrats-organisation comme tendent à le prétendre certains auteurs[1311].

B- LA NOTION D'INTERET COMMUN ETENDUE AUX CONTRATS-ECHANGE

344. Dès lors que l'on admet que l'intérêt commun n'est pas inhérent aux contrats-organisation, la notion devient polysémique. Dans un sens restrictif, elle peut exprimer la convergence d'intérêts (1). Plus largement, elle peut être appréhendée encore pour être assimilée à l'objectif contractuel commun (2).

1- La notion d'intérêt commun assimilée à la convergence d'intérêts

345. La consécration légale des contrats-échange d'intérêt commun. Si la notion d'intérêt commun a longtemps été considérée comme spécifique au contrat de société, elle a aujourd'hui dépassé les seules frontières sociétaires. A une interprétation stricte liée à l'identité d'intérêts s'est en effet substituée une interprétation plus large y incluant la convergence d'intérêts[1312]. La notion d'intérêt commun a d'abord été utilisée à la fin du XIXème siècle par la jurisprudence[1313], puis par le législateur[1314], afin de contourner la règle de révocation *ad nutum* des contrats de mandat et permettre l'indemnisation du mandataire en cas de résiliation sans juste motif[1315]. La notion d'intérêt commun a ensuite connu de nouvelles avancées grâce à la loi

---

[1311] F. Chénedé, th. préc., n° 60, p. 67 : « *tandis que les parties à la commutation sont animées par des intérêts distincts, les participants à une distribution s'associent autour d'un intérêt commun* ». Toutefois, l'auteur semble se contredire puisqu'il reconnaît par suite l'existence de contrats-échange d'intérêt commun qui empruntent les traits des distributions.

[1312] En faveur de cette conception élargie, v. T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581, spéc. p. 625 : l'intérêt commun « *ne suppose pas un intérêt identique, mais seulement une convergence d'intérêts particuliers, en vue, par exemple, de fidéliser une clientèle, c'est-à-dire de développer un chiffre d'affaires profitant aux deux parties* ».

[1313] Cass. req., 6 janvier 1873, *DP* 1873, 1, p. 116 ; Cass. civ., 13 mai 1885, *DP* 1885, 1, p. 350 : « *lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, il ne peut pas être révoqué par la volonté de l'une ou même de la majorité des parties intéressées, mais seulement de leur consentement mutuel, ou pour une cause reconnue en justice, ou enfin suivant les clauses et conditions spécifiées dans le contrat* ».

[1314] La qualification de mandat d'intérêt commun a été consacrée par le décret du 23 décembre 1958 portant statut des agents commerciaux puis reprise dans la loi du 25 juin 1991 dans son article 4, fixant la nouvelle réglementation du contrat d'agence commerciale.

[1315] P. Grignon, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mél. Cabrillac*, 1999, p. 127, spéc. p. 142 : « *le concept d'intérêt commun n'a servi que d'alibi, de prétexte afin de pouvoir justifier le principe d'une indemnisation de l'agent en cas de résiliation unilatérale de la convention par le mandant* » ; J. Ghestin, « Le

Doubin relative aux contrats de distribution qui évoque l'existence d'un contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties[1316]. Mieux, la loi Doubin peut être comprise comme marquant l'avènement d'un nouveau planisphère contractuel[1317]. En effet, de la reconnaissance légale et jurisprudentielle d'un intérêt commun dans le contrat de mandat et dans le contrat de distribution il résulte qu'il n'est pas l'apanage des seuls contrats-organisation. Même les auteurs qui défendent la classification bipartite des contrats-alliance et des contrats-échange consentent que l'intérêt commun ne constitue pas un critère décisif de distinction[1318]. Seul l'objet de l'opération économique envisagée diffère. Dans un cas, l'opération porte sur une mise en commun de biens au service d'un projet commun qui est donc nécessairement associé à un intérêt commun. Dans l'autre, l'opération porte sur une commutation[1319] qui n'implique pas nécessairement l'existence d'un intérêt commun[1320].

---

mandat d'intérêt commun », in *Mél. J. Derruppé, Les activités et les biens de l'entreprise*, GNL Joly Editions, Litec, 1991, p. 105 ; C. Pigache, *Le mandat d'intérêt commun : élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun*, thèse Paris V, 1991 : l'auteur dégage un critère de distinction composé de deux éléments pour l'identifier : l'adhésion à une cause commune et la participation aux profits et aux risques d'une même opération.

[1316] L'article L. 330-3, alinéa 1er, du Code de commerce (issu de la loi Doubin n° 89-1008 du 31 décembre 1989) dispose « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ». Si certains juges du fond se sont montrés accueillants (v. par exemple CA Paris, 11 février 1999, 5e ch., section B ; CA Paris, 23 octobre 1998, 5e ch., section B, L. Distr. 1999/2 : dans ces arrêts, la Cour d'appel évoque respectivement l'existence d'intérêts économiques communs et de communauté d'intérêts à propos de contrats de concession pour reconnaître l'existence d'une obligation de loyauté renforcée ; CA Amiens, 13 décembre 1973, *D*. 1975, p. 452 : la Cour d'appel fait référence au contrat d'intérêt commun et non au mandat d'intérêt commun), la Cour de cassation a souhaité, semble-t-il, freiner leurs ardeurs en refusant à plusieurs reprises la demande d'indemnisation de résiliation d'un concessionnaire au motif que « *le contrat de concession exclusive ne constituait pas un mandat d'intérêt commun* » (v. Cass. com., 12 février 1968, *Bull. civ*. IV, n° 68 ; Cass. com., 13 mai 1970, *Bull. civ*. IV, n° 161 ; Cass. com., 27 octobre 1970, pourvoi n° 69-12583 ; *RTD com*. 1971, p. 420, obs. J. Hémard ; Cass. com., 26 juin 1972, *Bull. civ*. IV, n° 205 ; Cass. com., 17 mai 1976, *Bull. civ*. IV, n° 166 ; Cass. com., 9 mars 1976, *Bull. civ*. IV, n° 89 ; *D*. 1976, p. 388 ; Cass. com., 30 novembre 1982, *Bull. civ*. IV, n° 383). Il s'agit là d'une volonté jurisprudentielle d'interpréter strictement les dispositions légales lesquelles, il est vrai, ne consacrent pas d'indemnisation de résiliation au profit du distributeur. Il est cependant possible de voir dans l'attitude de la Cour de cassation une demande implicite d'élaborer un régime homogène des contrats d'intérêt commun (v. J. Ghestin, art. préc., spéc. p. 114 : « *d'une façon générale, la Cour de cassation rejette la notion de contrat d'intérêt commun et limite au seul mandat le régime particulier du mandat d'intérêt commun* ». Par conséquent, ces arrêts ne suffisent pas à démentir l'épanouissement d'une nouvelle catégorie de contrats.

[1317] En ce sens, v. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 1164, p. 720.

[1318] En particulier, v. J.-F. Hamelin, th. préc., n° 186 et s., p. 133 et s. : le mandat d'intérêt commun, le contrat d'édition et les contrats de concession exclusive et de franchisage sont classés par l'auteur dans la catégorie des contrats-échange d'intérêt commun.

[1319] Les termes sont ici pris comme synonymes même si selon le Professeur François Chénedé la notion de commutation recouvre un champ plus large y incluant les contrats à titre gratuit.

[1320] J.-F. Hamelin, th. préc., n° 301, p. 211.

346. Une catégorie à l'état embryonnaire. L'originalité des contrats d'échange d'intérêt commun a conduit certains auteurs à défendre la consécration légale d'une catégorie autonome intermédiaire située à la périphérie des contrats-échange et des contrats-organisation[1321]. Pour autant, l'élaboration d'une catégorie réellement fonctionnelle est conditionnée à la détermination d'un critère d'identification. L'expansion de la qualification de contrat d'intérêt commun, particulièrement à d'autres contrats que le mandat, en complexifie toutefois la quête et impose une nouvelle réflexion sur ce qui constitue l'essence de la notion. Après le rejet du critère de « la rémunération », la jurisprudence semblait lui avoir préféré « la nécessité d'avoir des droits concurrents sur la chose », pour finalement subordonner la qualification de contrat d'intérêt commun au fait que « le mandataire doit trouver un intérêt dans la réalisation même du mandat ». L'extension de la qualification de contrat d'intérêt commun aux mandataires commerciaux a cependant conduit à l'identification d'un nouveau critère qui est celui de « l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle »[1322].

347. Les propositions de définitions doctrinales. Si l'instabilité du critère accroît d'autant la difficulté d'élaborer la catégorie de contrats d'intérêt commun, on peut néanmoins saluer les efforts de systématisation opérés par certains. Le Professeur Marie-Elodie Ancel, notamment, en a précisé les éléments constitutifs : le contrat d'intérêt commun est celui dans lequel un contractant qui reçoit des moyens de l'autre partie est tenu d'atteindre par son activité une fin à laquelle les deux parties sont intéressées. L'auteur opère alors la comparaison avec l'engrenage dans lequel « *une première roue (la prestation réelle, instrumentale et qui est fournie par une des parties) entraîne une seconde roue (la prestation réelle, finale, fournie par le cocontractant), l'assemblage devant se révéler profitable aux deux prestataires* »[1323]. La métaphore est ainsi révélatrice de la complémentarité des prestations. Le contrat d'intérêt commun se singularise par la succession de deux prestations, une « *prestation instrumentale, fourniture de moyens, au service d'une prestation finale, réalisation d'une fin à laquelle ne prend*

[1321] M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002, préf. L. Aynès, n° 175, p. 124 : « *la spécificité de ces contrats est telle que l'on ne peut se résoudre à les rapporter à l'archétype de la fourniture d'un bien ou d'un service contre une rémunération, ni même à un banal échange de prestations réelles* » ; G. Cornu, *RTD civ*. 1973, p. 147 ; S. Lequette, th. préc. ; J.-B. Seube, art. préc., spéc. p. 38 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 78 ; *Contra* : J.-F. Hamelin, th. préc.
[1322] Sur l'évolution des critères du mandat d'intérêt commun, v. J. Ghestin, art. préc., spéc. p. 111 et s.
[1323] M.-E. Ancel, th. préc., n° 175, p. 124.

pas part directement le fournisseur de moyens mais dont il bénéficie contractuellement ». Il ne s'agit donc pas d'un contrat qui relève d'une logique purement échangiste, puisque l'opération contractuelle ne se limite pas à l'échange d'un bien ou d'un service contre rémunération, mais se parfait par la réalisation d'une seconde étape qui réside dans l'utilisation qui sera faite de la chose par le prestataire final. Puisque les deux contractants se trouvent ainsi intéressés à la bonne utilisation de la chose[1324], il y a un intérêt commun à l'accomplissement des prestations respectives et, mieux encore, à la bonne exécution de la prestation finale, érigée en prestation caractéristique du contrat. Pour autant, ces contrats d'intérêt commun se différencient des contrats-organisation dans la mesure où les pertes subies ne sont pas réparties[1325]. Si les contractants sont unis pour le meilleur, ils ne partagent pas l'échec qu'est susceptible de subir le prestataire final[1326].

Madame Suzanne Lequette, quant à elle, poursuit et affine le raisonnement du Professeur Marie-Elodie Ancel en se référant à la notion idoine de contrat-coopération[1327]. L'auteur conforte l'existence d'une forme hybride de contrat qui emprunte ses caractéristiques tant aux contrats-organisation qu'aux contrats-échange. Fruit d'un métissage de ces deux catégories de contrats, le contrat-coopération implique la mise en relation d'actifs complémentaires réalisée dans le cadre d'un projet commun. Là encore, l'auteur défend l'idée d'une dépendance de la prestation finale vis-à-vis de la prestation intrumentale dans la mesure où ce sont les moyens fournis par le débiteur de la prestation instrumentale qui permettent l'accomplissement de la prestation finale auquel sont intéressées les deux parties au contrat[1328]. Dans le contrat d'intérêt commun, les obligations ne sont en effet pas considérées comme de simples contreparties réciproques mais comme les moyens de réaliser le projet commun[1329]. L'auteur insiste alors davantage sur la corrélation qui doit être établie entre les obligations des parties et la finalité du contrat. Alors que le contrat-échange *stricto sensu* opère la conciliation d'intérêts contraires puisque « *chaque obligation est ordonnée à la poursuite de l'intérêt exclusif du créancier* », le contrat-coopération

[1324] M.-E. Ancel, th. préc., n° 180, p. 126.
[1325] M.-E. Ancel, th. préc., n° 175, p. 124 : « *la remarque* (est) *fréquente qu'une coloration sociétaire nimbe de tels contrats. C'est qu'il y a bien association mais pour le meilleur seulement : les pertes subies ne sont pas partagées et l'*affectio societatis *est douteux* ».
[1326] M.-E. Ancel, th. préc., n° 175, p. 124 et n° 194, p. 142 : l'auteur donne l'exemple du contrat de distribution dans lequel « *le fournisseur tire lui aussi profit de la prestation finale mais il ne répond pas de l'échec du distributeur* ».
[1327] S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner.
[1328] S. Lequette, th. préc., n° 571, p. 474.
[1329] S. Lequette, th. préc., n° 202, p. 144.

poursuit l'intérêt commun des parties puisque « *les obligations se présentent comme des moyens de concourir à un projet ordonné à l'intérêt des deux parties* ». Pour autant, il se différencie du contrat-organisation puisque « *les obligations ne sont pas finalisées par un intérêt collectif unique, mais servent deux intérêts distincts* »[1330]. Partant, c'est l'ordonnancement des intérêts en cause qui permet de distinguer le contrat d'intérêt commun des deux autres catégories. Dans les contrats-coopération, il n'y a ni opposition ni identité, mais bien convergence d'intérêts[1331]. Parmi eux figureraient donc le contrat de mandat d'intérêt commun et le contrat de distribution ou encore le contrat d'édition dans lequel l'auteur qui fournit le droit d'exploiter son œuvre contre rémunération demeure intéressé à la manière dont l'œuvre sera exploitée. Chaque partie a aussi un intérêt dans l'exécution de sa propre prestation et de celle de son cocontractant. Il y a donc bien intérêt commun malgré l'absence de cause objective unique. L'existence d'un échange ne fait ainsi pas obstacle à celle d'un intérêt commun.

348. Une catégorie équivoque. L'absence de définition légale et l'absence de consensus doctrinal rendent cependant difficile l'identification d'une catégorie précise et justifie qu'elle ne dispose d'aucun régime juridique. La complexité s'intensifie d'autant qu'un contrat-échange *stricto sensu* peut se muer en contrat d'intérêt commun[1332]. Plus encore, certains contrats qualifiés de contrats-organisation par une partie de la doctrine sont classés dans la catégorie des contrats

---

[1330] S. Lequette, th. préc., n° 215, p. 156 : dans le contrat-coopération « *chaque obligation a pour finalité immédiate, l'intérêt du prestataire final et pour finalité médiate, l'intérêt du prestataire instrumental* ».

[1331] S. Lequette, th. préc., n° 573, p. 475 : « *Conciliant des intérêts contraires, le contrat-permutation forme un rapport d'obligations interdépendantes. Coordonnant des intérêts convergents mais différents, le contrat-coopération crée une chaîne ordonnancée d'obligations instrumentale et finale. Enfin, conjugant des intérêts identiques, le contrat-concentration donne naissance à un rapport conjonctif d'obligations* ». Sur la distinction entre communauté d'intérêts et convergence d'intérêts, v. Q. Urban, « La communauté d'intérêts, un outil de régulation du fonctionnement du groupe de société », *RTD com*. 2000, p. 1, spéc. p. 5 et s. ; T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com*. 1984, p. 581.

[1332] T. Hassler, art. préc., spéc. p. 584 : « *Puisque ce sont les contrats objet du mandat et non le mandat lui-même qui cristallisent l'intérêt commun, il en résulte que l'intérêt commun peut, logiquement, s'appliquer à tous les actes juridiques ; tout contrat, quelle que soit sa nature juridique, peut devenir d'intérêt commun* » et p. 625 : « *tout contrat est susceptible d'être contaminé par l'intérêt commun* » ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 416, p. 338 : l'auteur prend l'exemple du bail. Le bail est en principe un contrat-échange *stricto sensu* mettant en jeu des intérêts divergents « *le bailleur cherchant à obtenir le loyer le plus élevé, tandis que le preneur à bail souhaite un loyer le plus faible possible* ». Or, celui-ci peut devenir un contrat d'intérêt commun dès lors que « *le local, objet du bail, se situe dans un centre commercial et que le loyer, au moyen d'une clause-recette, se calcule proportionnellement à la rentabilité du local commercial, le bail dont il s'agit ne s'envisage plus du tout dans les mêmes termes. Preneur et bailleur ont alors intérêt commun au développement de la galerie commerciale, le premier ayant pour objectif de faire fructifier son activité lucrative par uen augmentation de ses profits, le second ayant l'assurance que l'augmentation de la rentabilité du magasin augmentera mécaniquement le montant des loyers qu'il perçoit* ».

d'intérêt commun par d'autres auteurs[1333]. En admettant que la notion d'intérêt commun puisse intégrer la définition des contrats-échange, on se rend ainsi compte de la difficulté d'en tracer les contours. Si la notion est univoque en matière sociétaire, elle est beaucoup plus équivoque s'agissant des contrats qui ont pour objet une commutation. Au vrai, tout contrat ne serait-il pas par essence porteur d'un intérêt commun ? Une réponse affirmative suppose cependant d'assimiler intérêt et objectif communs.

2- La notion d'intérêt commun assimilée à l'objectif commun

349. Conception *lato sensu* de l'intérêt commun. Ne peut-on pas aller jusqu'à considérer que, sans être attachée à une catégorie en particulier, la notion d'intérêt commun a envahi la sphère du droit commun pour devenir un élément constitutif du contrat de droit commun ? D'aucuns admettent que l'ère de la conception conflictuelle du contrat s'est achevée au profit d'une conception plus pacifique. La fameuse formule de René Demogue le contrat « *est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun*»[1334] semble trouver écho en droit positif. Même dans le contrat de vente, stéréotype du contrat-échange *stricto sensu*, les intérêts des parties ne doivent pas être considérés comme parallèles mais convergents[1335]. Si la cause de l'obligation du vendeur et celle de l'acquéreur sont distinctes, il n'en résulte pas moins que tous souhaitent la réalisation du transfert de propriété. La réalisation de la vente suppose la satisfaction des deux séries d'intérêts[1336]. Fort de ce constat, la scission opérée au sein même de la catégorie des contrats-échange ne se justifie peut-être plus. En effet, de manière générale, si les parties d'un contrat synallagmatique ont bien des intérêts distincts en ce que chacune exécute ses

---

[1333] Le contrat de bail à métayage en constitue un exemple. Si Madame Suzanne Lequette classe ce contrat parmi les contrats coopération, donc les contrats d'intérêt commun, Messieurs Jean-François Hamelin et François Chénedé en font respectivement un contrat-alliance (J.-F. Hamelin, th. préc., n° 178 et s., p. 126 et s.) et un contrat-partage, c'est à dire un contrat-organisation.

[1334] R. Demogue, *Traité des obligations*, T. VI, 1931, n° 3.

[1335] J.-B. Seube, art. préc., spéc. p. 40 : « *Loin d'être divergents, les intérêts des contractants sont convergents ; ils tendent à la réalisation de l'opération économique véhiculée par le contrat. N'est-ce pas, finalement, et comme l'avait pressenti Demogue, la même chose que dans le contrat organisation ?... Il est plus juste de dire que tous les contrats sont des contrats-organisation, même si les formes de l'organisation sont variables, allant de la simple obligation jusqu'à l'institution d'une structure commune* » ; F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de Philosophie du Droit* 1999, p. 259, spéc. p. 276 et p. 264, note de bas de page n° 23.

[1336] Ce qui justement a amené un Tribunal à se demander pourquoi ne serait-il pas possible de considérer le contrat conclu entre le boulanger et son client comme un contrat d'intérêt commun ? : T. Com. Paris, 20 juin 1979, cité par A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Mél. A. Weill*, Litec, 1983, p. 88.

obligations pour obtenir le bien ou le service de l'autre, elles ont toujours cet « intérêt commun » qui réside dans la réussite de l'opération contractuelle envisagée, c'est-à-dire la réalisation de l'objet du contrat[1337]. L'objet même du contrat synallagmatique comme de tout contrat implique donc bien une certaine convergence des intérêts. Que l'on envisage le contrat de bail, de vente ou de travail, les parties recherchent toujours l'accomplissement d'un objectif contractuel commun, la réalisation de l'objet du contrat, qui suppose nécessairement la satisfaction des intérêts de chacun. En somme, tout contrat révèle l'existence d'une cause commune encore dénommée « *cause-finalité* »[1338]. Ainsi, et à rebours de la conception classique libérale, la satisfaction de l'intérêt de l'un passe-t-elle nécessairement par la satisfaction de l'intérêt de l'autre[1339]. Il en résulte un certain enchevêtrement, une certaine interdépendance des intérêts du bailleur et du locataire, du vendeur et de l'acquéreur ou encore de l'employeur et du salarié. Par conséquent, ne se trouve-t-on pas seulement en présence d'une différence de degré d'intérêt commun entre les contrats-organisation et les contrats-échange[1340] ? En clair, la notion d'intérêt commun n'est-elle pas assimilable à celle d'objectif contractuel commun ? Une réponse positive à cette question conduirait à reconnaître l'existence d'un intérêt commun dans tout contrat, d'échange *stricto sensu* ou non.

[1337] En ce sens, v. A. Raclet, « L'inaptitude contractuelle », *LPA*, 6 août 2001, n° 155, p. 17 : « *Bien qu'il apparaisse comme une coopération en vue de l'avantage mutuel des parties, le contrat se caractérise tout à la fois par une identité d'intérêt, le but commun, et par un antagonisme ou une divergence d'intérêts, les buts individuels. Il y a identité d'intérêt en ce que le contrat permet à chacun d'accéder à un résultat qu'il n'aurait pu atteindre sans la collaboration de son partenaire (cause du contrat), mais il y a également conflit d'intérêts en ce que les parties ne sont pas indifférentes à la manière dont se répartissent entre elles les fruits de cette collaboration, chacun préférant tirer le plus grand profit du contrat (cause de l'obligation)* » ; J. Mestre, *RTD civ*. 1986, p. 101 ; G. Flécheux, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXI*e *siècle*, LGDJ, 2001, p. 341, spéc. p. 341 : l'auteur retranscrit la pensée de J. Domat : « *Les parties sont supposées avoir comme objectif la recherche, à travers le contrat, de la satisfaction d'un intérêt commun* ». Tous ces auteurs confortent l'idée selon laquelle l'antagonisme d'intérêts n'a jamais fait partie de la définition du contrat.

[1338] Terme employé par Madame Anne-Sylvie Courdier Cuisinier, th. préc., n° 131, p. 78, pour désigner « *le but de l'opération à réaliser, la finalité du contrat* ».

[1339] F. Diesse, art. préc., spéc. p. 283-284 : « *résultant d'un excès de libéralisme contractuel, la différence entre les intérêts respectifs des parties était perçue comme une source d'opposition, parce qu'on estimait que la satisfaction attendue par l'une des parties dépendait de l'appauvrissement corrélatif de l'autre. Ce système de vases communicants auquel était soumise l'analyse du contrat est déroutant et inconciliable avec la nature réelle du contrat* » ; L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, préf. L. Aynès, n° 321, p. 199-200 : « *Le contrat permet à chacun, par le biais de l'autre, de satisfaire son intérêt propre, ce qui n'exclut pas que les parties fassent montre de civilité* » ; C. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ?, Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 7, spéc. p. 11 : le contrat est « *le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques* » ; L. Aynès, « A propos de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2003, p. 323.

[1340] En ce sens, v. J.-B. Seube, art. préc., spéc. p. 38 : « *la pratique se rit allègrement des cloisonnements trop étanches inventés par la doctrine ou posés par le législateur* ».

350. Appréciation critique. Conférer à l'intérêt commun un tel contenu conduit sans doute trop loin. Adopter cette conception très élargie de l'intérêt commun aboutit à lui faire perdre sa spécificité et lui ôte toute « *signification juridique propre* »[1341]. En effet, ce que la notion gagne en extension, elle le perd en compréhension. La jurisprudence semble d'ailleurs vouloir confiner cette notion dans des limites raisonnables lorsque, en matière de mandat, elle affirme que « *le fait que chacune des parties avait intérêt à l'exécution ne saurait suffire à donner au mandat la qualification de mandat d'intérêt commun* »[1342]. Ce faisant, elle montre combien on ne peut s'accommoder d'une simple convergence d'intérêts pour caractériser un contrat d'intérêt commun[1343].

Pour autant, la prise de conscience de l'existence d'un objectif contractuel commun dans tout contrat synallagmatique conforte l'idée selon laquelle la conception traditionnelle du contrat construite sur l'antagonisme d'intérêts des parties vacille aujourd'hui au profit d'une conception plus fédératrice du contrat[1344]. En effet, il ne s'agit plus d'envisager distinctinctement les prestations auxquelles se sont engagées personnellement les parties mais de considérer l'opération contractuelle dans son intégralité afin de laisser apparaître cette convergence d'intérêts[1345]. Ainsi repensée, la notion d'intérêt commun gagne incontestablement du terrain et se propage au sein du droit commun des contrats[1346].

[1341] Terme emprunté à Monsieur François Diesse, art. préc., spéc. p. 277.

[1342] Cass. com., 12 décembre 1967, *Bull. civ*. IV, n° 411 ; *JCP G* 1968, II, 15334, obs. J. Hémard.

[1343] En ce sens, v. F. Diesse, art. préc., spéc. p. 277. « *La convergence d'intérêts c'est-à-dire le fait que les intérêts respectifs des parties se dirigent vers un même point de rencontre ne suffit pas pour qualifier leur accord éventuel de contrat d'intérêt commun. Pour réaliser l'intérêt commun, cette convergence doit en plus de la rencontre aboutir à l'union, à la fusion des objectifs poursuivis par les parties autour d'un même but* ».

[1344] J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41, spéc. p. 45.

[1345] F. Diesse, art. préc., spéc. p. 259-260 et 261 : « *Avant la formation du contrat, en effet, les intérêts des parties sont plus ou moins différents. Mais ces intérêts sont destinés à se transformer en quelque chose qui constitue pour chacune des parties son besoin principal et fait de ces intérêts, non pas le but à atteindre mais le moyen d'atteindre ce but* » ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997, p. 357, spéc. p. 362.

[1346] T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 608 : « *L'intérêt commun est de plus en plus fréquemment invoqué à propos de contrats en général* » ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 423, p. 343 : « *Les nouvelles catégories de contrats proposées par Messieurs Demogue, Cornu et Didier présentent ce grand intérêt qu'elles confirment l'emprise directe du contrat de société sur l'évolution de la théorie générale du contrat* ».

351. L'intérêt commun : vecteur d'une conception renouvelée du contrat. En définitive, la réflexion relative à la circonscription de la notion d'intérêt commun contribue à remettre en cause la conception classique du contrat dans une double mesure. D'une part, elle sert à mettre en évidence que l'opposition d'intérêts n'est pas de l'essence du contrat dès lors que certains contrats se caractérisent justement par l'existence d'un véritable intérêt commun. Les contrats-organisation et certains contrats-échange (contrats-coopération ou contrats-échange d'intérêt commun) peuvent tout autant constituer des modèles pour l'élaboration du droit commun. D'autre part, la réflexion conduit à relativiser le hiatus entre ces contrats d'intérêt commun et les contrats d'échange *stricto sensu*. S'il n'est pas question d'étendre la notion d'intérêt commun à tous les contrats-échange, la prise de conscience de l'existence d'un objectif contractuel commun dans tout contrat synallagmatique favorise une nouvelle appréhension du contrat et, par-delà, une nouvelle appréhension du comportement des parties. A un comportement individualiste se substitue un comportement coopératif nécessaire à la satisfaction de l'intérêt ou de l'objectif contractuel commun.

SECTION 2 UNE APPREHENSION DU COMPORTEMENT RENOUVELEE PAR LA COOPERATION CONTRACTUELLE

352. Symptomatique d'un bouleversement de la perception de la relation contractuelle, la coopération se développe entre les parties et s'impose désormais comme une véritable exigence comportementale (§1). De cette nouvelle obligation de coopération à la charge des parties il résulte une nécessaire relecture de l'article 1134 du Code civil qui favorise l'étiolement de ses fondements traditionnels (§2).

§1 L'EMERGENCE D'UNE NORME DE COOPERATION CONTRACTUELLE

353. De la conception renouvelée du contrat articulée autour de la notion d'intérêt commun ou d'objectif commun naît une obligation de coopération à la charge des parties (A). Cette dernière ne constitue en réalité qu'un dérivé de l'exigence d'exécuter le contrat de bonne foi consacrée par l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil (B).

A- L'OBLIGATION DE COOPERATION : COROLLAIRE DE LA RECONNAISSANCE D'UN INTERET OU D'UN OBJECTIF CONTRACTUEL COMMUN

354. Dès lors que l'on reconnaît l'existence d'un intérêt commun ou, tout du moins, d'un objectif contractuel commun, l'idée d'inciter les parties à œuvrer ensemble pour sa réalisation peut être envisagée. Aussi la conception renouvelée du contrat engendre-t-elle une obligation de coopération à la charge des parties. Reconnue depuis longtemps dans le contrat de société (1), elle fleurit désormais en droit commun des contrats (2).

1- En droit des sociétés

355. L'exécution spontanée de l'obligation de coopération. L'existence d'un intérêt commun influence nécessairement les relations entre associés. Alors que, classiquement, les contractants sont présentés comme des adversaires poursuivant des intérêts opposés, les associés sont, en revanche, considérés comme des partenaires ou des collaborateurs qui poursuivent un intérêt commun[1347]. La satisfaction de l'intérêt de chacun (l'enrichissement individuel) passe inévitablement par celle de l'intérêt commun (l'enrichissement de la société). En conséquence, l'enrichissement social étant recherché par tous, il paraît naturel d'imposer une coopération effective des associés pour satisfaire l'intérêt personnel de chacun[1348]. Certes, les associés peuvent avoir des opinions divergentes sur la manière de gouverner la société. Tous souhaitent

[1347] B. Espesson-Vergeat, « La spécificité de la notion d'abus de droit en droit français des sociétés », in *L'abus de droit, comparaisons franco-suisses*, Publ. de l'Université de Saint-Etienne, 2001, sous la dir. de P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, p. 131, spéc. p. 131 ; G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe*, La loyauté, 1997, p. 191, spéc. p. 193.

[1348] En ce sens, v. F. Chénedé, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi, n° 54, p. 62 : « *La poursuite de cet intérêt commun explique que la distribution soit une opération économique où règne un incontestable esprit d'équipe* » ; Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E* 1994, 349, p. 195, spéc. p. 201 : « *L'imbrication des intérêts supposera en effet une étroite et permanente collaboration ainsi que des rapports particuliers de confiance et de loyauté* » ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 448, p. 364 ; Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, doct. p. 1003, spéc. p. 1008 ; T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 71 ; L. Aynès, « L'obligation de loyauté », *Archives de Philosophie du Droit* 2000, p. 195, spéc. p. 201 ; F. Diesse, art. préc., spéc. p. 277, note de bas de page n° 108 ; K. G. Weil, « La protection des associés minoritaires en droit allemand des sociétés à responsabilité limitée », *Rev. soc.* 1993, p. 561, spéc. p. 563 : les obligations de loyauté et de coopération « *résultent de la nature même du contrat de* société » ; *Contra* : J.-F. Hamelin, th. préc., n° 224 et s., p. 158 et s. : à suivre l'auteur, il n'existerait aucun lien entre l'existence d'un intérêt commun et le developpement de la coopération dans le contrat.

cependant la réalisation de l'objet social afin de parvenir à un enrichissement collectif qui bénéficiera à chacun. Partant, tous sont incités à agir de concert pour que la cause commune se réalise[1349]. Chacun des associés s'attend à ce que les autres se comportent en considération de cet intérêt commun et, par conséquent, s'entraident pour sa réalisation. Exactement, l'existence d'un intérêt commun favorise la création d'un lien de confiance entre les associés qui facilite l'émergence d'un esprit de coopération entre les parties[1350]. Nombreux sont les auteurs qui soulignent l'esprit d'équipe qui doit régner dans la société : « *compagnon de lutte, camarade de combat* »[1351], ils oeuvrent tous pour une même cause objective laquelle conditionne donc leur comportement spontanément coopératif[1352]. Pour cette raison peut-être, l'obligation de coopération paraît si naturelle qu'elle n'a fait l'objet d'aucune consécration légale expresse[1353].

356. Une consécration prétorienne. Cette absence de consécration n'a pas empêché la doctrine de mettre en exergue une exigence comportementale à travers le renforcement de l'*affectio societatis*[1354]. Bénéficiant d'une plus grande légitimité doctrinale que l'intérêt commun[1355], l'*affectio societatis* a en effet connu un important succès auprès de la jurisprudence qu'elle a précisément défini comme « *la collaboration effective à l'exploitation d'un intérêt commun sur un pied d'égalité* »[1356]. La formule a le mérite de la clarté. Elle témoigne

---

[1349] B. Losfeld, th. préc., n° 430, p. 348 et n° 451, p. 366 : « *l'enrichissement final de chaque associé demeure nécessairement conditionné à la bonne exécution du contrat de société, laquelle ne se réalise qu'au moyen d'une collaboration efficace entre tous* » et n° 471, p. 380 : « *S'il est exact que deux futurs associés doivent, en tout état de cause, avoir l'envie de se lier l'un à l'autre, la collaboration qui en découle demeure largement facilitée par cette circonstance que l'énergie déployée par l'un ne bénéficie pas exclusivement à l'autre, mais participe au contraire à la fructification de l'apport de chacun* ».

[1350] P. Stoffel-Munck, note sous Cass. com., 6 mai 2002, *JCP G* 2002, II, 10146 : « *La communauté d'intérêt, tout comme l'ancienneté et la dépendance qui souvent l'accompagnent, sont des éléments qui,* de lege lata, *accroissent le poids de l'exigence de bonne foi dans le contrat. Elles rendent les contractants moins étrangers l'un à l'autre, fondent un surcroît de confiance dans la relation, et appellent corrélativement une loyauté renforcée* » ; L. Aynès, art. préc., spéc. p. 200.

[1351] Expression empruntée à Joseph Hamel, « L'*affectio societatis* », *RTD civ*. 1925, p.761, spéc. p. 770.

[1352] B. Losfeld, th. préc., n° 451, p. 366-367. B. Losfeld, th. préc., n° 452, p. 367.

[1353] Certains auteurs fondent cependant l'obligation de coopération sur l'article 1833 du Code civil qui dispose que la société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés. V. C. Baj, « Le principe de loyauté et le prix du marché », in *Mél. D. Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 1, spéc. p. 2.

[1354] D. Schmidt, « De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, I, 48, p. 535.

[1355] Alors que les manuels se contentent de mentionner l'intérêt commun, ils accordent tous des développements autonomes à l'*affectio societatis* lors de l'exposé des éléments constitutifs de la société. V. V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 252 et s., p. 219 et s.

[1356] Si les auteurs ne s'accordent pas sur une définition unique de l'*affectio societatis*, ils mettent tous en avant cette idée de collaboration pour la satisfaction d'un intérêt commun. Certains évoquent « *la volonté de participer à la vie sociale de façon active et intéressée* ». V. E. Du Pontavice et J. Dupichot, *Traité de droit commercial*, de M. De Juglart et B. Ippolito, vol. 2, *Les sociétés*, 3e éd., Montchrestien, T. II-1, 1981, n° 388. D'autres évoquent

explicitement de l'interdépendance des deux notions. La première (la collaboration ou coopération) constitue le moyen d'assouvir le second (l'intérêt commun)[1357]. L'*affectio societatis* s'est ainsi imposé en véritable exigence comportementale pour acquérir une valeur normative.

357. Toutefois, bien qu'inhérente au contrat de société, l'exigence d'un *affectio societatis* ou coopération entre les parties affleure progressivement en droit commun des contrats.

2- En droit commun des contrats

358. Une obligation généralisée. Dans la conception traditionnelle libérale et individualiste du contrat qui exclut toute idée de communauté d'intérêts, la question de l'existence d'une obligation de coopération à la charge des parties ne se pose pas. Dès lors que l'on considère que ces dernières ont des intérêts opposés ou divergents, il est légitime d'admettre que chacune des parties puisse poursuivre son intérêt sans se soucier de l'autre. Le parallélisme des intérêts incite à adopter un comportement indépendant et égoïste. En revanche, dès lors que l'on ne réduit plus le contrat à une opposition d'intérêts et que l'on prend conscience que les intérêts des parties interagissent ou convergent, les relations entre les parties doivent être envisagées différemment[1358]. Quelle que soit l'opération envisagée, vente, travail ou bail, celle-ci ne peut être considérée comme accomplie qu'autant que les deux prestations qui la composent se

---

« *l'intention de se traiter comme des égaux et de poursuivre ensemble l'œuvre commune* ». D'autres, enfin, « *la volonté d'établir une collaboration sur un pied d'égalité en vue de partager les bénéfices* ».

[1357] C. Ruellan, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1997, n° 812, p. 598 ; B. Losfeld, th. préc., n° 453, p. 367 : « *Ce comportement coopératif ne s'explique pas uniquement par une volonté d'effacer son propre intérêt au profit exclusif de l'autre, mais il s'envisage plutôt comme le moyen nécessaire de partager finalement le plus grand profit, à travers la pleine réalisation de l'objet social* » ; F. Chénedé, th. préc., n° 57, p. 66 ; *Contra* : V. Cuisinier, th. préc., n° 276, p. 247 : « *Le devoir de coopération auquel seraient tenus les associés au nom de l'*affectio societatis *n'est qu'un précepte juridique. Ce devoir ne découle pas de l'économie du contrat de société ni de l'existence d'un intérêt commun. Il n'est qu'une vue de l'esprit tendant à appréhender le contrat de société comme un lieu de collaboration entre les associés, un lieu où ils seraient quelles que soient leurs relations systématiquement animés d'un* animus cooperandi ».

[1358] R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. p. 229 ; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41, spéc. p. 53 : « *la pratique contractuelle et la jurisprudence passent insensiblement, à partir d'une certaine conception d'un intérêt commun, à un devoir positif de collaboration…* » ; M. Gendre-Devoivre, *Collaboration et assistance entre parties au contrat*, thèse Clermont I, 1981.

réalisent et que les deux parties tirent avantage du contrat[1359]. Pour cette raison, chacun a donc intérêt à faciliter l'exécution de l'obligation de l'autre et à l'aider dans l'accomplissement de sa prestation afin de satisfaire la cause-finalité. En somme, à l'instar du contrat de société, la satisfaction de l'intérêt de chacun des contractants nécessite une coopération plus ou moins étroite des parties[1360]. Comme en matière de société, chacune d'elle se trouve contrainte à une véritable obligation de coopération[1361]. Cette dernière est explicitement consacrée dans les projets européens[1362] et l'avant-projet du droit des obligations qui l'érigent en véritable principe

---

[1359] Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 8, spéc. p. 13 : « *s'inspirant des vues pénétrantes de Demogue, la jurisprudence a prolongé ce devoir de loyauté par une obligation de coopération qui astreint chaque contractant à faire en sorte que les attentes légitimes de son partenaire soient exaucées ; autrement dit, le contrat, petite communauté d'intérêts, doit être exécuté de façon à ce que chaque contractant en retire tous les avantages escomptés* » ; Y. Picod, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57, spéc. p. 65 : « *L'idée de collaboration est associée au concept évocateur bien que controversé d'intérêt commun. L'intensité des relations et l'imbrication des intérêts supposant une exigence de loyauté particulière et étroite coopération entre les partenaires contractuels* » ; en ce sens, v. T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com*. 1984, p. 581, spéc. p. 630 ; B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, préf. J. Mestre, n° 558, p. 301 ; B. Losfeld, th. préc., n° 449, p. 364 ; G. Morin, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux », *DPCI* 1980, p. 9 et s. ; M. Dubisson, « Les caractères juridiques du contrat de coopération en matière industrielle et commerciale », *DPCI* 1984, p. 29 ; Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, 3318 ; B. Mercadal, « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », *DPCI* 1984, p. 331.

[1360] L. Aynès, « A propos de la force obligatoire », *RDC* 2003, p. 323 : « *La satisfaction de son propre intérêt passe par la satisfaction de celui de l'autre. Telle est la solidarité humaine. Si bien que le contrat, loin d'être un lieu d'affrontement ou de concorde, est un point de rencontre entre deux intérêts, qui demeurent distincts, mais qui ont besoin de s'associer… L'homme ne peut s'accomplir qu'en s'alliant* » ; F. Diesse, art. préc., spéc. p. 769 : les parties « *doivent conjuguer leurs efforts pour se procurer mutuellement la satisfaction escomptée* » ; P. Jestaz, « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. p. 253 ; P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé*, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux, n° 147, p. 92 et n° 157, p. 97.

[1361] F. Diesse, art. préc., p. 259, spéc. p. 265 : « *Par rapport au contrat, coopérer, c'est agir conjointement avec son partenaire. Il s'agit de participer à une œuvre commune, de collaborer, de concourir, de contribuer ou alors d'aider ou d'assister son cocontractant. Par conséquent, promettre de coopérer, c'est accepter d'agir uni, c'est avouer que l'on se reconnaît liés par des intérêts communs ou convergents. Ce n'est donc pas, comme l'exige le droit commun de la loyauté, simplement s'obliger à ne pas nuire aux intérêts du partenaire. C'est plus encore : c'est s'obliger à prendre ses intérêts en compte, à les respecter et à agir en vue de leur développement* » ; F. Eudier, « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 225, spéc. p. 240 : « *au-delà d'une simple abstention, il est également demandé* (au créancier) *de prendre des initiatives en vue de la préservation des intérêts de son cocontractant et de remplir son devoir de coopération, voire d'ingérence dans les affaires de celui-ci* » ; B. Mercadal, art. préc. : « *qu'est-ce que coopérer ?... Ce n'est pas comme l'exige le droit commun de la loyauté, simplement s'obliger à ne pas nuire aux intérêts du partenaire. C'est plus encore, c'est s'obliger à prendre ses intérêts en compte, à les respecter et à agir en vue de leur développement* ».

[1362] Article 1.202 des Principes de droit européen du contrat : « *Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet* » ; Article 5.1.3 des Principes Unidroit : « *Les parties ont entre elles un devoir de collaboration lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations* » ; D. Mazeaud, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando », in *Mél. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 205, spéc. p. 210 : « *dans les principes d'Unidroit et Européens… un devoir de collaboration est également imposé aux contractants qui doivent donc, comme le préconisait Demogue, œuvré non seulement dans leur propre intérêt mais aussi dans l'intérêt commun. Autrement dit, être un contractant*

directeur. Quant à la jurisprudence, elle a su combler les lacunes législatives et véhiculer l'idée que le comportement coopératif des parties constitue, quels que soient la nature et l'objet du contrat, la clé du succès de l'opération contractuelle.

359. Une obligation à densité variable. En premier lieu, la coopération requise au sein d'un même contrat est à géométrie variable. Si la coopération attendue revêt bien un caractère réciproque[1363], l'obligation peut être renforcée à l'égard d'une partie. La qualité de la partie influe sur le degré d'intensité de l'obligation et la jurisprudence se montre plus exigeante à l'égard du professionnel[1364], de l'employeur[1365] et de l'associé majoritaire[1366]. De façon générale, elle pèse davantage sur la personne supposée en position de supériorité par rapport à l'autre, qu'il s'agisse

---

de bonne foi oblige à faire preuve de loyauté envers son partenaire et à lui témoigner une certaine solidarité » ; en ce sens, v. G. Wicker, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 151, spéc. p. 151.

[1363] F. Diesse, art. réc., spéc. p. 277 et s. : « *la coopération contractuelle est forcément bilatérale* » ; J. Mestre, « D'une exigence de la bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ*. 1986, p. 100, spéc. p. 102.

[1364] La jurisprudence a témoigné à diverses reprises de sa volonté d'instaurer entre le professionnel et le profane une véritable solidarité en imposant à la charge du professionnel une obligation de coopération renforcée qui se traduit par un renforcement de l'information de la caution par le créancier (v. par exemple Cass. com., 22 juin 1993, *Bull. civ*. IV, n° 257), de l'assistance que doit procurer le vendeur ou le fournisseur informatique à l'égard de l'acquéreur (participation à l'étude et à la réalisation du projet : CA Paris, 17 septembre 1993, La vie judiciaire du 6-12 décembre 1993, p. 9 ; CA Paris, 18 juin 1984, *Droit de l'informatique*, n° 4, p. 22 : « *l'entreprise chargée de fournir à son cocontractant un logiciel d'application est tenue d'une obligation de conseil ; plus précisément, elle doit, d'une part, aider le client à définir ses besoins, les lui traduire en langage clair par rapport au plan informatique et aux objectifs à atteindre, d'autre part, procéder à une étude préalable et sérieuse des besoins ainsi définis pour parvenir à l'élaboration du logiciel se rapprochant le plus possible des buts recherchés* »). Cette obligation de coopération renforcée à la charge du professionnel se justifie par la plus grande technicité et complexité des produits. Aussi, plus qu'une obligation d'information, le professionnel est-il souvent tenu à une véritable obligation de conseil, « *stade supérieur de l'obligation de coopération* » ; T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne », in *Ethique des affaires, de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, PUAM, 1996, p. 207, spéc. p. 220 ; G. Flécheux, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 341, spéc. p. 341-342 : dans les contrats bancaire, informatique et de construction « *la complexité oblige à un développement considérable de l'instrument contractuel… A l'obligation de loyauté s'ajoute l'obligation de coopération* » ; M. Tchendjou, « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », *JCP G* 2003, I, 141. Le législateur lui-même a témoigné de sa volonté de renforcer l'obligation de coopération à la charge du professionnel en prévoyant à l'article L. 111-1 du Code de la consommation une obligation générale d'information à la charge du professionnel.

[1365] Si les obligations de coopération et de loyauté sont renforcées s'agissant de l'employeur (v. C. Radé, « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 75, spéc. p. 89-90), elles revêtent un caractère réciproque et sont également mises à la charge du salarié. V. M. Buy, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 77, spéc. p. 78.

[1366] Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 36 : « *on peut exiger davantage de l'associé dirigeant que de l'associé non dirigeant, de l'associé majoritaire que de l'associé minoritaire, de l'associé qui fait un apport en industrie que de celui qui fait un apport en capital, de l'associé d'une société dominée par l'*intuitus personae *que de l'actionnaire d'une société cotée en bourse, etc…* ».

d'une supériorité technique, économique, hiérarchique ou numérique. Elle pèse donc davantage sur la personne qui exerce une véritable influence sur l'accomplissement de l'intérêt ou de l'objectif contractuel commun[1367].

En second lieu et surtout, l'intensité de la coopération n'est pas la même selon la nature du contrat considéré. Si tout contrat intègre dans son champ d'application l'obligation de coopération, certains contrats en constituent la terre d'élection[1368]. De façon générale, elle est d'abord surtout requise dans les contrats à exécution successive. La raison en est simple. Puisque le contrat à exécution instantanée se réalise en un trait de temps, la relation de confiance et la coopération entre les contractants en cours d'exécution du contrat n'ont pas le temps de se développer[1369]. A l'inverse, puisque les contrats à exécution successive impliquent une relation contractuelle durable, la confiance et la coopération sont nécessaires pour garantir l'efficacité durable du contrat[1370]. Il n'est dès lors guère surprenant que législateur, jurisprudence et doctrine l'aient depuis longtemps promue dans les contrats internationaux souvent de longue durée[1371]. Ensuite, et pour la même raison, elle rayonne davantage dans un contrat de situation qui suppose

---

[1367] D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, 1999, p. 603, spéc. p. 619.

[1368] G. Wicker, art. préc., spéc. p. 166.

[1369] Prenons par exemple le contrat de vente. Ainsi que le souligne Monsieur Charles-Edouard Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 449, p. 371-372, « *le transfert de propriété s'effectue de manière immédiate et automatique et les obligations de délivrance du bien et de paiement du prix s'exécutent en un seul instant. Il ne fait naître aucun lien durable entre les parties… Dès lors, en matière de vente, l'inexécution se résume essentiellement à la méconnaissance des obligations nées du contrat, paiement du prix et remise de la chose* ».

[1370] M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in *Mél. R. Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 263, spéc. p. 270 : « *Parmi les conséquences de l'exécution de bonne foi, la doctrine a relevé l'obligation de collaborer à la réalisation de l'œuvre commune, règle qui trouve particulièrement à s'appliquer à l'occasion de relations durables… Pour réaliser une œuvre de longue haleine, il faut collaborer* » ; J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 64 : « *S'inscrire dans une relation implique, de la part de chacun des partenaires, des obligations de coopération et de loyauté plus affirmées, tendues vers la poursuite d'un intérêt commun. Chaque partie doit considérer les intérêts de l'autre* » ; C.-E. Bucher, th. préc., n° 500, p. 412 ; P. Le Tourneau, « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », *D.* 1987, chron. p. 101, spéc. p. 104 ; B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, Etudes comparatives de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, 2001, préf. F. Ferrand, n° 1837, p. 535 ; C. Coulon, « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 29, spéc. p. 37 ; J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis, n° 232, p. 164 ; Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, Doct. p. 1003, spéc. p. 1005.

[1371] G. Morin, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux : droit et pratique », *DPCI* 1980, T. 6, p. 9 ; Y. Picod, art. préc. : l'auteur ajoute que l'obligation de coopération dans les contrats internationaux se justifie également par l'importance des enjeux économiques.

une relation durable que dans un contrat d'occasion qui suppose une relation éphémère[1372]. Enfin et surtout, elle est davantage déployée dans un contrat d'intérêt commun *lato sensu*[1373] que dans un contrat-échange *stricto sensu*[1374]. Législateur et jurisprudence ont explicitement mis en exergue la corrélation qu'ils entendaient effectuer entre la nature du contrat et l'exigence comportementale des parties. Ils ont précisément et préalablement établi l'existence d'une communauté d'intérêts dans les contrats de distribution pour instaurer à la charge des parties une obligation de bonne foi renforcée[1375].

Il n'y a pas lieu de s'en étonner. La reconnaissance d'une obligation de coopération découle de la redécouverte du contrat appréhendé au travers de la notion d'intérêt commun. Dès lors, plus la convergence d'intérêts « imprègne » le contrat, plus la coopération a vocation à régir la relation contractuelle[1376]. Les parties s'attendent en effet naturellement à l'exécution de cette obligation par l'autre lorsqu'est en jeu la réalisation d'un profit commun ou la participation à un projet commun, c'est-à-dire lorsqu'à l'existence d'un objectif commun se superpose l'existence d'un intérêt commun[1377]. A l'inverse, la coopération est moins spontanée et attendue dans les contrats d'échange *stricto sensu* dans lesquels les parties ont tendance à oublier que la

---

[1372] D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165, spéc. p. 169. Sur la distinction entre contrat de situation et contrat d'occasion, v. *infra*, n° 532.

[1373] Les contrats d'intérêt commun *lato sensu* recouvrent les contrats-organisation et les contrats-échange d'intérêt commun dits encore contrats-coopération.

[1374] La distinction entre contrat d'intérêt commun et contrat-échange *stricto sensu* recoupe pour partie la précédente. Un contrat d'intérêt commun est la plupart du temps un contrat qui s'inscrit dans la durée. V. M. Fontaine, art. préc., spéc. p. 270. Toutefois, cette distinction ne recoupe pas totalement la précédente. Si un contrat à exécution instantanée constitue en principe un contrat-échange (encore que Monsieur Jean-François Hamelin souligne à juste titre que certains contrats d'intérêt commun ne s'étendent pas nécessairement dans la durée, telles les sociétés en participation constituées pour une opération précise), en revanche, un contrat à durée successive ne s'identifie pas nécessairement à un contrat-organisation ou à un contrat d'intérêt commun, tels le contrat de travail et de nombreux contrats d'entreprise.

[1375] Sur le lien établi entre l'obligation d'information et le caractère d'intérêt commun du contrat de distribution, v. C. Chambonnaud, « La loi du 31 décembre 1989 et la protection du franchisé », in *Mél. J. Derruppé, Les activités et les biens de l'entreprise*, GNL Joly Editions, Litec, 1991, p. 117, spéc. p. 120.

[1376] En ce sens, v. M. Mignot, « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité, Droit prospectif », *RRJ* 2004, p. 2153, spéc. p. 2178 : « *l'intérêt commun renforce, non la solidarité des parties, mais leur égoïsme. Plus les intérêts des parties sont unis, plus chacune a intérêt à prendre en compte l'intérêt de l'autre, dans son propre intérêt, pour que l'autre en fasse de même, parce que l'intérêt de l'autre est son propre intérêt* » ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 1161, p. 715 et n° 1161, p. 717 ; *Contra* : J.-F. Hamelin, th. préc., n° 224, p. 158 : l'auteur nie toute idée de lien potentiel entre la bonne foi et l'intérêt commun.

[1377] S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner, n° 434, p. 346 : la coopération dans les contrats d'intérêt commun y est naturelle puisque « *chaque partenaire ne peut bénéficier du projet commun que dans la seule mesure où il permet à son partenaire d'en profiter utilement* » ; M. Mekki, th. préc., n° 1164, p. 721; C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 510, p. 418 et n° 471, p. 393.

satisfaction de leurs intérêts personnels passe par la réalisation de l'objectif commun. Par conséquent, il n'est pas étonnant que certains auteurs nient l'existence d'une telle obligation dans les contrats d'échange *stricto sensu*[1378].

Cette approche nous apparaît cependant excessive. Certes, l'intérêt commun est absent dans les contrats d'échange *stricto sensu* et l'on ne peut donc y imposer une véritable solidarité entre contractants. Toutefois, l'existence d'un objectif contractuel commun doit, là encore, inciter les parties à adopter un comportement coopératif[1379].

Il ne saurait cependant être nié que la coopération est alors dotée d'une intensité moindre[1380] qui ne contraint les parties qu'à une obligation de loyauté[1381]. Parce que les parties ne doivent pas contrarier l'exécution du contrat et pour permettre la réalisation de son objet, la jurisprudence met essentiellement à leur charge des obligations de ne pas faire : ne pas adopter un comportement dolosif, frauduleux ou abusif, ne pas chicaner sur la lettre du contrat.

[1378] F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 78 : « *autant il apparaît artificiel, et pour tout dire contre nature, de vouloir développer le devoir de coopération en matière de contrat-échange, autant un tel devoir a naturellement sa place dans le contrat d'intérêt commun et plus encore dans le contrat-organisation* » et n° 439 : « *si un contractant doit très certainement s'abstenir de tout comportement loyal envers son cocontractant, il n'a pas en principe à prendre en charge, au nom de la bonne foi, les intérêts de celui-ci* » ; S. Lequette, th. préc., n° 429, p. 340.

[1379] F. Terré, « La distinction de la société et de l'association en droit français », in *Mél. R. Secrétan*, Imprimerie Corbaz, 1964, p. 325, spéc. p. 326 : « *N'y a-t-il pas dans tout contrat, plus ou moins forte selon les types, une dose d'*affectio societatis ? » ; L. Aynès, art. préc., spéc. p. 200-201 : l'auteur conforte l'idée selon laquelle même dans les relations de méfiance, qu'il définit comme celles qui mettent en présence des intérêts contraires mais qui convergent ponctuellement (autrement dit il vise ici ce qu'on dénomme les contrats d'échange *stricto sensu*), la loyauté doit exister à tous les stades du contrat et durant la période d'exécution elle « *impose au créancier comme au débiteur de faire ce qui est en leur pouvoir pour parer aux difficultés imprévues, faire produire au contrat son effet utile et ne pas s'arc-bouter sur leurs droits et obligations ; mais au contraire échanger des informations et même collaborer, en vue de procurer à chacun le résultat escompté* » ; F. Terré, « Sur la sociologie juridique du contrat », *Archives de Philosophie du Droit*, T. XVIII, Sirey, 1968, p. 71, spéc. p. 75 : « *L'*affectio societatis *est un signe révélateur du contrat de société ; mais cet élément se manifeste, sans doute à un degré moindre, dans d'autres contrats, pas seulement d'intéressement* » ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 1175, p. 730.

[1380] V. not. P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé*, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux, n° 159, p. 97.

[1381] M. Lathelize-Bonnemaizon, « Bilan et perspective du devoir de loyauté en droit des sociétés », *LPA*, 23 juin 2000, n° 125, p. 7, spéc. p. 7 : « *L'obligation de loyauté est communément définie comme celle qui consiste à imposer un comportement honnête, exclusif de toute intention malveillante, c'est-à-dire comme une norme morale appréciée* in abstracto *selon les usages de la vie en société* » ; T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne », in *Ethique des affaires, de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, PUAM, 1996, p. 207, spéc. p. 212 : « *la loyauté, c'est la limite mise à la logique égoïste du contrat, qui interdit d'employer tous les moyens pour se satisfaire, spécialement ceux qui méconnaîtraient radicalement l'autre partie* » ; C. Baj, « Le principe de loyauté et le prix du marché », in *Mél. D. Schmidt*, Ed. Joly, 2005, p. 1, spéc. p. 3 et p. 7 : « *La loyauté se définit comme la bonne foi dans l'exécution de ses obligations, la fidélité à tenir ses engagements, et le respect des règles de l'honneur et de la probité* ».

Pour autant, la coopération, appréhendée comme un comportement actif[1382], n'est pas totalement absente de ces contrats[1383]. Chaque partie a une obligation d'avertir l'autre, en cours d'exécution, des évènements qu'elle a intérêt à connaître et à faciliter l'exécution de celui-ci[1384]. Cette exigence fait parfois l'objet d'une consécration légale expresse, comme en matière d'assurance[1385], de bail rural[1386] ou de bail à usage d'habitation[1387]. Néanmoins, la jurisprudence a témoigné à plusieurs reprises de sa volonté d'instaurer dans ces contrats d'échange *stricto sensu* une véritable obligation de coopération en exigeant du contractant qu'il facilite l'exécution du contrat à son partenaire[1388], voire qu'il cherche à satisfaire au mieux l'intérêt de son cocontractant[1389].

[1382] La coopération implique « *une attitude positive du contractant et non une abstention* » : Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, 3318, n° 2.

[1383] A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 777, spéc. p. 787 : « *Cette tension inhérente aux* synallagma *est aujourd'hui menacée. L'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats (art. 1134, al. 3, C. civ.) se traduit de plus en plus par un devoir de coopération entre les parties* » ; J.-C. Montanier, *Le contrat*, PUG, 2000, n° 185.

[1384] F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 43.

[1385] Le Code des assurances (art. L. 113-4) dispose que l'assuré doit tenir au courant l'assureur des évènements qui se produisent dans l'exécution du contrat et notamment ceux de nature à aggraver le risque.

[1386] L'article 1768 du Code civil (art. L. 411-26 du Code rural) prescrit au preneur d'un bien rural d'avertir le propriétaire des usurpations commises sur le fonds.

[1387] Les Lois des 22 juin 1982, 23 décembre 1986 et 6 juillet 1989 relatives aux rapports entre bailleurs et locataires imposent au propriétaire de porter à la connaissance du locataire un certain nombre de renseignements au cours de l'exécution du contrat, concernant notamment les charges ou le préavis.

[1388] Les exemples fleurissent en jurisprudence. Les tribunaux ont imposé à l'expéditeur de faciliter le transport international en remettant aux entreprises de chemin de fer les pièces nécessaires pour la douane. V. Cass. civ., 10 avril 1929, *DP* 1930, 1, p. 28. Ils ont imposé au client du tailleur de se plier aux essayages. V. T. civ. Bordeaux, 4 novembre 1908, *DP* 1910, 5, p. 19. Ils ont encore imposé au maître de l'ouvrage de coopérer à la bonne exécution du contrat en obtenant les autorisations nécessaires et en renseignant l'entrepreneur sur les difficultés du marché. V. Cass. civ. 1ère, 11 mai 1966, *Bull. civ*. I, n° 281.

[1389] Très tôt la Cour de cassation a prescrit au transporteur de rechercher l'itinéraire le moins onéreux pour son client. V. Cass. civ., 28 novembre 1905, *D*. 1909, 1, 193. Elle a encore mis à la charge de l'installeur d'électricité une obligation de rechercher le branchement le plus court. V. Cass. req., 19 janvier 1925, *DH* 1925, p. 77. Cette obligation de coopération s'est généralisée et renforcée notamment dans le secteur de l'informatique : J. Mestre, *RTD civ*. 1986, « D'une exigence de la bonne foi à un esprit de collaboration », p. 100, spéc. p. 102. Elle est également nécessaire dans les contrats d'entreprise, notamment dans ceux qui ont pour objet la fourniture au maître de l'ouvrage d'une prestation sur mesure. V. S. Lequette, Le contrat-coopération, *Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner, n° 429, p. 341. Enfin, la Cour de cassation a exigé du débiteur qu'il vérifie que son créancier lui a bien facturé les prestations fournies et dans la négative, qu'il l'avertisse de l'erreur qu'il commet. V. Cass. civ. 1ère, 23 janvier 1996, *Bull. civ*. I, n° 36 ; *D*. 1997, p. 571, note P. Soustelle. Cette dernière solution fait l'objet de critiques chez certains auteurs. V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit*., n° 441 : « *le devoir de coopération se mue alors en un devoir d'ingérence dans les affaires d'autrui, qui apparaît tout à fait excessif dans la mesure où il a pour curieux résultat de priver quasiment de toute portée, en matière contractuelle, les dispositions légales relatives à la prescription qui sont faites pour jouer en faveur du débiteur* ».

Dans les contrats d'intérêt commun *lato sensu*[1390] qui prennent de plus en plus de place dans la vie économique[1391], la coopération y apparaît naturelle de sorte que l'on peut l'apparenter à une réelle modalité d'exécution de ces contrats[1392]. Il s'ensuit que la jurisprudence peut légitimement imposer à la charge des parties[1393] une obligation renforcée d'information, d'assistance ou de conseil pendant la durée du contrat.

360. En résumé, l'obligation de coopération imposée dans tout contrat participe du renouvellement de la relation contractuelle. A l'instar des associés, les contractants doivent être animés d'un *affectio contractus* qui commande l'élaboration d'un nouveau modèle de contrat à l'image de la société[1394]. A un sentiment individualiste se substitue un sentiment de solidarité entre les contractants qui ne doivent plus se préoccuper exclusivement de leurs intérêts mais

---

[1390] Le terme de « contrat d'intérêt commun » est pris dans son sens générique pour désigner les contrats-organisation et les contrats-échange d'intérêt commun.

[1391] B. Losfeld, th. préc., n° 460, p. 373.

[1392] En ce sens, v. P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé*, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux, n° 159, p. 98 : dans ces contrats « *le concours actif et durable de chacune des parties est nécessaire si l'on veut que le contrat accouche de toute sa richesse* » ; J. Boré, « Morte au champ d'honneur : la jurisprudence sur l'indétermination du prix dans les contrats-cadres de longue durée », in *Mél. C. Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1997, p. 101, spéc. p. 110 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 1159, p. 714 ; C. Diop, *La collaboration de plusieurs contractants réalisant une prestation commune*, thèse Paris II, 1999 ; R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. p. 230 : l'auteur souligne le lien étroit qui unit les contrats d'intérêt commun et l'existence d'une obligation de coopération à la charge des parties. Par exemple « *L'intérêt du franchiseur et franchisé s'unissent si étroitement que l'objet du contrat est réalisé par une coopération, qui est comme inscrite dans les gènes du contrat. Et l'on en dira autant des relations par lesquelles le producteur d'un logiciel le développe en interaction avec les besoins des utilisateurs, de telle manière que l'amélioration constante du produit profite à tous* ».

[1393] S. Lequette, th. préc., n° 424 et s., p. 336 et s. : la coopération pour l'accomplissement du projet commun est exigée tant du prestataire final que du prestataire instrumental, mais se trouve davantage renforcée s'agissant du second.

[1394] B. Losfeld, th. préc., n° 411, p. 334 : « *il semble évident que l'exigence supplémentaire de loyauté qui irradie le droit contemporain des contrats doit une part de sa fortune au contrat de société, la redécouverte de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil ayant en quelque sorte été confortée par l'existence d'un* jus fraternitatis *au sein des sociétés* ».

prendre en considération, si ce n'est en charge[1395], l'intérêt de leurs cocontractants en vue de la réalisation de l'intérêt ou de l'objectif commun[1396].

361. Si la reconnaissance d'une telle obligation à la charge des parties se révèle opportune, encore convient-il de lui trouver un fondement textuel.

B- L'OBLIGATION DE COOPERATION : UN RENFORCEMENT DE L'OBLIGATION DE BONNE FOI

362. L'obligation de coopération mise à la charge des parties n'est en réalité qu'une émanation de la bonne foi que l'on a densifiée, que ce soit en droit des sociétés (1) ou en en droit commun des contrats (2).

1- En droit des sociétés

363. Adéquation entre bonne foi et *affectio societatis*. Dès sa naissance, certains auteurs n'ont pas manqué de souligner la parenté de l'*affectio societatis* avec l'obligation d'exécution de bonne foi visée à l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil applicable à l'ensemble des contrats. Le Professeur Alain Viandier a explicitement souligné le lien étroit qui unit ces deux notions allant même jusqu'à dénoncer une tautologie[1397]. Mais alors, pourquoi avoir créé une notion spéciale si les deux termes sont synonymes ? En réalité, et à travers la notion d'*affectio societatis*, la doctrine souhaitait mettre davantage en exergue la spécificité de la société, contrat d'intérêt

---

[1395] F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de Philosophie du Droit*, 1999, p. 259, spéc. p. 272 : les contrats pourvus d'un intérêt commun instaure une véritable solidarité entre les contractants qui « *suppose, ou assure, la prise en charge, par l'un, de tout ou partie des intérêts de l'autre, et par l'autre de tout ou partie des intérêts de l'un* ». La création d'un lien de solidarité, qui seule permet d'imposer une obligation de prise en charge des intérêts de l'autre et non une simple prise en considération, est en effet conditionnée par l'existence d'un intérêt commun. V. T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne », in *Ethique des affaires, de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, PUAM, 1996, p. 207, spéc. p. 220-221.

[1396] G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe, La loyauté*, 1997, p. 191, spéc. p. 193 : « *La solidarité qu'instaure, pour cause d'utilité sociale, le lien contractuel, prive chaque partie du droit égoïste de se désintéresser de ses partenaires et, en outre, lui impose de s'abstenir de tout acte susceptible de leur nuire* » ; J. Schapira, « L'Intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.* 1971, p. 957, spéc. p. 958 : « *cet intérêt commun n'est rien d'autre, en 1804, que l'obligation, faite à chacun, d'avoir égard aux intérêts respectifs de ses coassociés* ».

[1397] A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, préf. F. Terré, p. 79 ; en ce sens, v. A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, Préf. Y. Guyon, n° 163, p. 145.

commun, par rapport aux autres contrats, creuset d'intérêts divergents[1398]. La différence terminologique ne revêt d'ailleurs pas qu'un intérêt didactique[1399]. En effet, l'*affectio societatis* a traditionnellement vocation à étendre le domaine de la bonne foi dans le contrat de société.

364. Dichotomie entre bonne foi et *affectio societatis*. En premier lieu, l'*affectio societatis* se distingue de la notion traditionnelle de bonne foi par son étendue. Alors que, suivant une lecture stricte de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, l'obligation de bonne foi se cantonne à l'exécution du contrat, l'*affectio societatis* a vocation, depuis sa naissance, à exister à tous les stades de la vie du contrat. La preuve en est que le défaut d'*affectio societatis* lors de la conclusion entraîne la nullité du contrat[1400] et que le promettant qui en est dépourvu ne peut être contraint d'entrer en société[1401]. D'aucuns s'accordent à reconnaître qu'il constitue un élement constitutif du contrat de société au même titre que l'apport et que la vocation aux bénéfices et aux pertes. Aussi s'apparenterait-il à un consentement renforcé ou consentement à intention particulière[1402]. En effet, plus qu'un consentement à un contrat ordinaire, l'associé manifeste la volonté de participer à une aventure collective, ce qui implique qu'il ne s'engage pas uniquement à accomplir son apport mais s'engage dès sa conclusion à collaborer à une entreprise commune.

[1398] V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 255, p. 221 ; J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis, n° 223, p. 158.

[1399] A. Amiaud, « L'*affectio societatis* », in *Mél Simonius*, 1955, p. 6 ; C. Cutajar-Rivière, *La société-écran, Essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, 1978, préf. P. Diener, n° 178, p. 132-133 : « *même si l'*affectio societatis *a des liens avec la bonne foi, cela ne signifie pas que les deux concepts se confondent* ». Plus encore, certains auteurs vont jusqu'à nier toute relation entre ces deux notions. V. V. Cuisinier, th. préc., n° 277 et s., p. 248 et s., spéc. n° 278, p. 249 : « *le rapprochement de l'*affectio societatis *et de la bonne foi relèvent en réalité d'un anachronisme* » ; R. Desgorces, *La bonne foi dans le droit des contrats, Rôle actuel et perspectives*, thèse Paris II, 1992, p. 100 : « *le rapprochement entre la bonne foi et l'*affectio societatis *est inexact. Le contrat n'est pas un groupement que les parties ont marqué d'un idéal. La société, par ses buts économiques, financiers et sociaux, remplit une mission d'intérêt général. Il est logique de concevoir le comportement des sociétaires en fonction de cette fin. Etre associé, de nos jours, c'est collaborer en vue de la réussite d'une entreprise et par contrecoup de la survie économique d'une ville ou d'une région… Le contrat est le lien juridique que deux individus vont créer, et dans lequel chacun va défendre etses intérêts. Le débiteur comme le créancier conservent toute leur liberté dans la conduite de leurs affaires* ».

[1400] I. Tchotourian, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, LGDJ, 2011, préf. Y. Dereu, n° 173 et s., p. 99 et s. ; P. Serlooten, « L'*affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 1007, spéc. p. 1007 : « *Cette expression est aujourd'hui couramment utilisée pour qualifier l'une des conditions de validité de la société* » et p. 1014 : « *Dans la mesure où l'on fonde l'*affectio societatis *sur l'article 1832, le défaut d'*affectio societatis *peut constituer un cas de nullité* ».

[1401] V. *supra*, n° 167.

[1402] N. Reboul, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. soc*. 2000, p. 425.

Toutefois, plus qu'une condition de validité, l'*affectio societatis* a vocation à perdurer tout au long de la société[1403]. S'il ne peut être considéré comme une réelle condition d'exécution du contrat de société puisque sa disparition ne permet pas le départ de l'associé ou l'anéantissement de la société, l'*affectio societatis* constitue bien un « *élément permanent du contrat de société* »[1404]. L'associé est tenu de coopérer et d'agir conformément à l'intérêt commun durant toute l'existence de la société[1405].

En second lieu, l'*affectio societatis* diffère de la notion traditionnelle de bonne foi par son intensité. En effet, l'*affectio societatis* implique que les associés se comportent en tant que tels, c'est-à-dire « *collaborent de manière effective dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité pour participer aux bénéfices et aux pertes* » [1406]. Au-delà d'une simple exigence de loyauté dans l'exécution de sa prestation, l'*affectio societatis* emporte donc à la charge des associés une véritable bonne foi renforcée[1407]. Nombreux sont en effet les auteurs qui prétendent que l'*affectio societatis* instaure « *une volonté d'alliance pour le meilleur et pour le pire, un véritable esprit*

[1403] N. Reboul, art. préc., spéc. p. 433 ; G. Keutgen et Y. De Cordt, art. préc., spéc. p. 196
[1404] A. Amiaud, art. préc.
[1405] V. *infra*, n° 411 et s.
[1406] Cass. com., 3 juin 1986, *Bull. civ*. IV, n° 116 ; *Rev. soc*. 1986, p. 585, note Y. Guyon.
[1407] A. Amiaud, art. préc., spéc. p. 6 : « *ceux qui sont associés ont à ce titre l'obligation de se traiter mutuellement en associé. Ceci n'exige pas seulement d'eux qu'ils exécutent de bonne foi, comme tout contractant, les obligations mises à leur charge. Ceci exige d'eux une obligation de bonne foi renforcée, une sorte de fraternité comme le jurisconsulte Ulpien n'hésitait pas à l'écrire dès cette époque dans son commentaire sur l'édit* Societasjus quodam modo fraternitatis habet » ; G. Keutgen et Y. De Cordt, art. préc., spéc. p. 195 et p. 196 : « *L'obligation de bonne foi constitue un aspect important de l'*affectio societatis *en ce qu'elle implique un devoir de collaboration et qu'applicable à tous les contrats, elle s'impose de manière plus intense dans les contrats nouant des relations durables et fraternelles entre les parties, tels que le contrat de société* » ; M. Germain, « Rapport général, Le contrat de société », in *Le contrat*, Travaux de l'association Henri Capitant, Société de législation comparé, 2005, p. 25, spéc. p. 31 ; L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 169 ; G. Damy, « La remise en cause de la notion classique d'associé : vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés », *LPA*, 26 juillet 2007, n° 149, p. 3 spéc. p. 3 ; V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 271, p. 238 ; B. Losfeld, th. préc., n° 448, p. 364 ; J. Treillard cité par V. Cuisinier, th. préc., n° 286, p. 254 : « *Ce contrat est de droit naturel. Il se forme et se gouverne par les seules règles de ce droit, il doit surtout sans doute reposer sur la bonne foi, elle est nécessaire dans tous les contrats, mais elle est encore plus spécialement requise dans les contrats de société, elle devrait être excessive s'il est permis de le dire, et s'il pouvait y avoir des excès dans la bonne foi* ». Le degré de collaboration exigé entre les participants participerait justement de la distinction entre l'acte juridique conjonctif et la société, v. R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, 1990, préf. P. Catala, n° 113 et s., p. 56 et s. : « *La volonté de collaboration au sein de la partie plurale est plus délicate à caractériser. S'il existe bien un devoir de collaboration entre les membres de la partie, il est plus éphémère et plus réduit qu'entre associés.*

d'équipe »[1408]. L'*affectio societatis*, manifestation de la bonne foi renforcée, implique une obligation positive[1409] à la charge des associés : celle de coopérer pour l'entreprise commune.

365. Les frontières de l'*affectio societatis*. Si l'*affectio societatis* semble donc s'apparenter à une obligation de bonne foi renforcée, il ne doit cependant pas se teinter de sentimentalisme.

D'abord, l'*affectio societatis* ne se confond pas avec la fraternité[1410]. Si l'on peut effectivement imposer aux associés de coopérer pour la réalisation de l'entreprise commune et la satisfaction de l'intérêt commun, il ne s'agit pas pour autant d'imposer aux associés une obligation de s'aimer comme des frères[1411]. Si la confusion a pu être opérée[1412], c'est en raison de la nature souvent familiale ou amicale que revêtaient les premières sociétés[1413]. Il n'est plus rien de tel aujourd'hui[1414]. Si la fraternité induit presque toujours une communauté d'intérêts, la réciproque n'est pas vraie[1415]. De toute évidence, l'associé ne prend en considération l'intérêt des

---

[1408] G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, p. 67.

[1409] P. Pic, « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Ann. Dr. com.* 1906, I, p. 153 ; G. Ripert, « Prêt avec participation aux bénéfices et sociétés en participation », *Ann. Dr. com.* 1904, p. 53 : l'*affectio societatis* se présente comme « *une volonté de collaboration active, en vue d'un but commun qui est la réalisation d'un enrichissement par la mise en commun des capitaux et de l'activité des associés* ».

[1410] La fraternité est appréhendée ici dans son sens moins littéral, c'est-à-dire « *comme une relation ou un sentiment d'amitié et de sympathie existant entre tous ceux qui sans être frères se donnent réciproquement cette qualité* ». V. Cuisinier, th. préc., n° 265, p. 232.

[1411] B. Losfeld, th. préc., n° 450, p. 366 : « *Le partage des bénéfices que vise l'article 1832 du Code civil ne correspond pas aux motivations liant une fratrie, loin s'en faut. Dès lors, le risque est important que l'on méconnaisse les motivations réelles des associés, en les comparant un peu hâtivement à des frères d'armes ou de sang* » ; V. Cuisinier, th. préc., n° 265, p. 232.

[1412] Aristote cité par F. Chénedé, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi, n° 54, p. 62 : l'auteur semble assimiler communauté et sentiments d'amitié.

[1413] M. Cozian, « De l'amour du bon vin… Au contrat de société », *LPA*, 17 mars 1999, n° 54, p. 5 : l'auteur évoque la constitution d'une société civile entre amis. La société acquiert une parcelle qu'elle donne de suite à bail à un vigneron. Il est prévu dans le bail que le fermage sera payé en nature par la remise d'un certain nombre de bouteilles du domaine. Les amis prévoient ainsi une répartition des bouteilles et une cessibilité des parts sociales. Le partage envisagé des bénéfices empêchait la constitution d'une association. Mais « *A la vérité, les associés sont animés moins par l'esprit de lucre que par le plaisir de partager en commun leur amour du bon vin* ».

[1414] A suivre Yves Guyon (art. préc., spéc. p. 442), la fraternité existerait à des degrés différents selon la société : si dans les coopératives, on peut y déceler un sentiment qui se rapproche de la fraternité, « *dans les sociétés de droit commun, la fraternité paraît beaucoup moins présente, surtout dans les sociétés anonymes… L'on surprendrait beaucoup les actionnaires participant à l'assemblée générale d'une société cotée en leur disant qu'ils sont venus à une réunion de famille. Ce seraient seulement dans les sociétés civiles et dans les sociétés en nom collectif que la fraternité pourrait jouer un certain rôle* ».

[1415] L'amalgame continue encore d'être réalisé par une partie de la doctrine. V. Y. Guyon, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. soc.* 1989, p. 439, spéc. p. 442 : « *les associés ont l'obligation de ne pas compromettre l'œuvre commune comme des frères qui, même s'ils ne s'entendent pas entre eux, doivent accepter que l'intérêt de la famille passe avant leurs préoccupations personnelles* ».

autres que dans une perspective égoïste pour la satisfaction de son propre intérêt[1416]. Le législateur en est d'ailleurs bien conscient lequel refuse d'ouvrir les portes de la sphère juridique à la fraternité[1417].

Ensuite, affirmer que l'*affectio societatis* implique, plus qu'une obligation de loyauté, une obligation de coopérer revient à exiger des associés qu'ils adoptent un comportement actif au service de l'intérêt commun[1418]. En effet, dans son sens courant, la coopération signifie « travailler ensemble » ou encore « participer à une œuvre commune »[1419]. Les associés seraient donc tenus d'agir activement dans l'intérêt commun. Or, si la jurisprudence fait de l'*affectio societatis* un élément essentiel du contrat de société, elle semble réticente à en tirer de réelles conséquences. En effet, les obligations comportementales positives qui résultent de l'*affectio societatis* se révèlent en définitive peu consistantes. Pour preuve, l'*affectio societatis* n'implique nulle participation directe et personnelle à l'entreprise commune[1420]. Seul l'apporteur en industrie, en raison de la nature de son apport, est tenu de s'investir personnellement dans l'activité de la société[1421]. Certains auteurs nuancent cependant le propos en soutenant qu'une distinction devrait être opérée entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux[1422]. L'obligation de coopération n'existant que dans les premières, l'*affectio societatis* s'apparenterait davantage dans les sociétés de capitaux à une obligation de loyauté consistant à ne pas contrarier l'intérêt commun[1423].

[1416] En ce sens, v. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 247, spéc. p. 262 : Dans les contrats organisation et échange d'intérêt commun « *le respect par un contractant de l'intérêt de l'autre n'est pas dicté par une vague fraternité ou une solidarité évanescente mais par le constat très réel qu'il est… le moyen* (pour celui-ci) *d'obtenir la satisfaction de son propre intérêt* » ; V. Cuisinier, th. préc., n° 264, p. 231.

[1417] V. Cuisinier, th. préc., n° 273, p. 241 : « *L'existence d'un sentiment d'affection pour quelque chose ou pour quelqu'un n'est pas davantage exigée par les articles 1832 et 1833 du Code civil* ».

[1418] G. Damy, art. préc., spéc. p. 3 : « *cette volonté de collaborer s'exprime avant tout par la participation de l'associé à la vie en société* ».

[1419] V. Cuisinier, th. préc., n° 271, p. 239.

[1420] V. Cuisinier, th. préc., n° 273, p. 240 : « *Si l'intérêt commun des associés, qui réside dans leur enrichissement collectif, implique la réalisation d'un objectif commun, les associés ne sont pas tenus de prendre en charge la réalisation de cet objectif. Les associés ne sauraient, par conséquent, être assimilés à des coopérateurs* ».

[1421] H. Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com*. 1999, p. 273, spéc. p. 276.

[1422] T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com*. 1984, p. 581, spéc. p. 632 : « *l'aspect de collaboration active n'existe que dans les sociétés de personnes ; il a fait long feu dans les sociétés de capitaux où la passivité des associés rentiers n'est plus à démontrer* » ; N. Reboul, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. soc*. 2000, p. 425, spéc. p. 426.

[1423] Il est vrai que la jurisprudence se montre plus encline à mettre à la charge des associés de sociétés de personnes une obligation de non-concurrence qu'à la charge des actionnaires des sociétés cotées (v. Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 37 : « *La jurisprudence est peu fournie, mais semble évoluer en faveur de la reconnaissance d'une obligation légale de non-*

Au vrai, pourtant, quelles que soient les sociétés et les associés, la coopération imposée aux associés comme résultante de leur *affectio societatis* se révèle limitée. Preuve en est que l'absence d'implication dans les affaires sociales n'est pas plus sujette à sanction que le refus de soutenir la société en péril[1424]. Nulle part n'est mentionnée une quelconque obligation de s'investir dans la société et de participer aux assemblées[1425]. Simple devoir de conscience, l'associé peut préférer demeurer passif[1426]. Libre de participer aux décisions collectives[1427], il conserve le droit ou non de réinjecter des fonds si la société est en difficulté[1428]. On peut le regretter[1429]. Réduit alors à peau de chagrin, l'*affectio societatis* semble souffrir de l'absence de véritable contenu substantiel. L'affirmation est néanmoins excessive.

Même appauvrie, la notion d'*affectio societatis* implique bien un degré supplémentaire de bonne foi. Elle exige de chaque associé, investisseur ou non, qu'il favorise l'intérêt commun tout

---

concurrence dans les sociétés en nom collectif, les sociétés en participation et même les SARL »). Le législateur témoigne au demeurant sa volonté de l'imposer dans les sociétés de personnes. S'agissant des sociétés civiles professionnelles, la loi dispose que « *tout associé ne peut être membre que d'une seule société civile professionnelle et ne peut exercer la même profession à titre individuel* » (article 4, L. du 29 novembre 1996) et s'agissant des sociétés d'exercice libéral, la loi dispose qu'une obligation de non-concurrence pèse de plein droit « *sur l'associé pendant le temps de sa participation à la société* » (article 21, L. du 31 décembre 1990). Toutefois, la jurisprudence se révèle incertaine quant à la reconnaissance d'une obligation de non-concurrence à la charge des associés sur le fondement de l'obligation de loyauté. V. Y. Guyon, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. soc*. 1989, p. 439, spéc. p. 443. Un arrêt de la chambre commerciale du 6 mai 1991 (*Bull. civ*. IV, n° 151) peut cependant être cité. La reconnaissance de cette obligation serait pourtant légitime même en l'absence de disposition conventionnelle. Comment considérer qu'un associé puisse concurrencer sa société et compromettre ainsi la réalisation de l'objet social ? V. J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis, n° 227, p. 162 : pour l'auteur, seul devrait être permis l'exercice « *d'une activité analogue à celle de l'alliance dans la mesure où il ne compromet pas la réalisation de l'objet commun* ».

[1424] V. Cuisinier, th. préc., n° 274, p. 242-243.

[1425] J.-F. Hamelin, th. préc., n° 208, p. 151.

[1426] V. Cuisinier, th. préc., n° 274, p. 243 : « *Le désintérêt social est monnaie courante dans la plupart des sociétés anonymes* ».

[1427] Au visa de l'article 1844 du Code civil, la Cour de cassation a énoncé que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions* ». V. Cass. com., 9 février 1999 ; *Bull. civ*. IV, n° 44 ; *Dr soc*. 1999, p. 9, obs. T. Bonneau ; *RJC* 1999, p. 274, note J.-P. Dom. Il s'agit donc d'une faculté pour l'associé de voter et non d'une obligation.

[1428] Imposer une telle obligation excèderait les limites de l'obligation de coopération et heurterait de front l'article 1836, alinéa 2, du Code civil qui dispose que « *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* », ce qui justifie que la jurisprudence se refuse à franchir le pas. Au demeurant, la portée de ce principe est générale. Si les actionnaires de la banque de France peuvent être incités à réinjecter des fonds, ils ne sont tenus que d'une obligation morale insusceptible d'être sanctionnée juridiquement. V. *supra*, n° 97.

[1429] H. Le Nabasque, art. préc., spéc. p. 275 : il est aujourd'hui question de fonder sur l'obligation de loyauté une obligation de contribuer au financement de la société ou encore une obligation de non-concurrence à la charge des associés ; en ce sens, v. Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E* 1994, 349, p. 195, spéc. p. 204 : « *Il est vrai que de la même façon que l'abus de majorité ou de minorité traduit un manquement de l'associé à son devoir de loyauté, l'exercice d'une activité concurrente peut constituer un manquement à l'obligation de coopération* ».

au long de la durée de la société et lui interdit d'adopter un comportement qui compromettrait la cause du contrat. L'existence de cette obligation de coopération transparaît par exemple au travers du devoir général de transparence qui fait peser sur l'associé une obligation d'informer[1430], notamment pour révéler[1431] ou éviter[1432] les conflits d'intérêts. Dans la même veine, si l'associé demeure libre de faire usage de son droit de vote[1433], il ne l'est plus dès l'instant où il décide de l'exercer : il doit se prononcer en prenant compte l'intérêt commun[1434].

[1430] D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Ed. Joly, 2004, p. 32, §2 : « *en droit commun des contrats, les intérêts des cocontractants sont en conflit… en société, la communication de l'information procède d'une démarche naturelle fondée sur la communauté d'intérêts des associés. Partageant tous le risque social, chacun des associés veille à le limiter et celui qui détient une information utile à la prise d'une meilleure décision la porte à la connaissance des membres de l'organe délibérant. Cette divulgation sert l'intérêt de tous et de celui qui fait partager l'information. En cela, le droit des sociétés se distingue du droit commun des contrats* ».

[1431] A. Constantin, « Dispositif de prévention des conflits d'intérêts par l'information en droit des sociétés », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 57, spéc. p. 60 : « *cette prévention* (des conflits d'intérêts) *se déroulent en deux phases : la première vise à mettre au jour qu'il existe un conflit d'intérêts ; l'objet de la seconde est d'éviter que ce conflit dicte la réalisation d'opérations préudiciables à l'intérêt social, ou à l'intérêt commun des associés… Prévenir les conflits d'intérêts c'est donc d'abord les révéler, ce qui ne peut se faire qu'au travers de mesures d'information adéquates, ayant pour objet l'existence du conflit et son impact sur la société et les actionnaires. L'objectif est que ceux-ci, ainsi avertis, puissent réagir en connaissance de cause pour accepter ou au contraire refuser l'avantage qu'un dirigeant ou un associé cherchent à obtenir* ». Certaines dispositions légales permettent de renforcer l'effectivité de l'obligation d'information. D'abord, les minoritaires ont la faculté de poser des questions écrites ou de déposer des projets de résolution pour provoquer un débat en assemblée sur une question litigieuse ou requérir la désignation d'un contrôleur, d'un observateur de gestion ou d'un expert de gestion. Ensuite, le rapport du président sur le fonctionnement du conseil et les procédures de contrôle interne (articles L. 225-37, alinéa 6 et L. 225-68, alinéa 7, du Code de commerce) qui doit être établi sur les « *conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que sur les procédures de contrôle interne mises en place par la société* » peut contribuer à renforcer l'obligation de révélation des conflits d'intérêts. Enfin, les administrateurs doivent être informés des affaires sociales préalablement à la tenue du conseil (article L. 225-35, alinéa 3, du Code de commerce) et doivent à ce titre leur être communiqués tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission : A. Constantin, art. préc., spéc. p. 68 et s.

[1432] Y. Guyon, *op. cit.*, n° 37-1 : « *On estime de plus en plus souvent que les associés, au moins s'ils sont majoritaires, prépondérants ou s'ils exercent des fonctions de direction, doivent éviter de se mettre en situation de conflit d'intérêts avec la société. Par conséquent, même s'il n'existe pas d'interdiction légale de participer à une délibération ou de voter une résolution, ils doivent en principe s'abstenir de le faire dès lors que leur intérêt personnel s'oppose à celui de la société* » ; A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge.

[1433] Depuis l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 qui a créé les actions de préférence, la suppression du droit de vote de certains associés est admise. Pour cette raison, certains auteurs se demandent s'il est encore possible de parler à proprement parler d' « associé » pour ces investisseurs, simples bailleurs de fonds, dépourvus de tout droit de vote. Ces auteurs préconisent par suite de dissocier le régime applicable à l'associé véritable de celui applicable au simple investisseur, présumé dépourvu d'*affectio societatis*. V. G. Damy, « La remise en cause de la notion classique d'associé : vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés », *LPA*, 26 juillet 2007, n° 149, p. 3 ; en ce sens, v. P. Etain, note sous Cass. com., 21 octobre 1997, *LPA*, 11 février 1999, p. 15.

[1434] L'intérêt commun ne coïncide pas toujours avec l'intérêt personnel.Tel est précisément le cas d'un associé qui a des intérêts dans deux sociétés lequel est donc susceptible de faire usage de ses pouvoirs dans une société de manière contraire à l'intérêt commun (en ne recherchant pas l'enrichissement de cette société) pour satisfaire son intérêt personnel dans l'autre société dans laquelle il a des intérêts plus élevés. V. D. Schmidt, « Les associés et les dirigeants sociaux », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 11, spéc. p. 13. Sur la définition des conflits d'intérêts : v. D. Schmidt, art. préc., spéc.

Le majoritaire comme le minoritaire, qui vote en considération de son seul profit personnel au mépris du profit collectif méconnaît son *affectio societatis* et peut à ce titre être sanctionné[1435].

366. En définitive, l'*affectio societatis* est le dérivé d'une obligation de bonne foi densifiée qui impose d'adopter un comportement conforme à l'intérêt commun. Sans pour autant imposer le sacrifice de leurs intérêts individuels, les associés doivent prendre en considération voire prendre en charge les intérêts des autres associés[1436]. Ainsi défini, l'*affectio societatis* n'est plus cantonné au seul contrat de société.

2- En droit commun des contrats

367. Une mutation de la notion de bonne foi. Le Code civil ne prévoit nulle obligation générale de coopération à la charge des parties[1437]. Pour cette raison, l'alinéa 3 de l'article 1134 est rapidement apparu comme son fondement naturel[1438]. Ont vu le jour sur ce fondement[1439], les

---

p. 11 : « *Le conflit d'intérêts prend naissance lorsque l'intérêt personnel s'oppose à l'intérêt que l'on est en charge de défendre* » ; N. Decoopman, « Conflits d'intérêts, impartialité, incompatibilités », *in Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?, PUF*, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 119, spéc. p. 119 : « *Les conflits d'intérêts peuvent se définir comme une situation de fait, de l'ordre du constat…* (C'est) *le fait pour une même personne d'être titulaire (ou d'avoir en charge) deux ou plusieurs intérêts potentiellement contradictoires, il n'y a pas conflit d'intérêts lorsque les intérêts sont complémentaires ou divergents* » ; plus précisément en matière sociétaire, v. A. Constantin, « Dispositif de prévention des conflits d'intérêts par l'information en droit des sociétés », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 57, spéc. p. 59 : « *le conflit d'intérêts y surgit lorsqu'une personne, associé ou dirigeant, titulaire d'un pouvoir dans la société, celui d'y imposer sa volonté, se trouve en situation de choisir entre la satisfaction de l'intérêt pour lequel ce pouvoir lui a été confié par la loi ou la collectivité, intérêt social et/ou intérêt commun des associés, et la satisfaction de son intérêt personnel opposé, qui peut être extérieur à la société, ou résulter de l'octroi, au sein de celle-ci, d'un avantage au préjudice de la société et/ou des autres associés* ».

[1435] V. *infra*, n° 420 et 421.

[1436] En ce sens, v. M. Lathelize-Bonnemaizon, « Bilan et perspective du devoir de loyauté en droit des sociétés », *LPA*, 23 juin 2000, n° 125, p. 7, spéc. p. 10.

[1437] F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de Philosophie du Droit* 1999, p. 259, spéc. p. 266.

[1438] T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com*. 1984, p. 581, spéc. p. 630 ; B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, préf. J. Mestre, n° 495, p. 268-269 : « *les tribunaux ne se sont pas arrêtés à l'exigence de loyauté qui fondait l'article 1134, alinéa 3, et ont vu dans cette disposition, en insistant sur l'esprit de collaboration, la matrice d'un nombre toujours croissant de règles de conduite ; cette extension n'ayant à notre avis rien de choquant* » ; G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ*. 1946, p. 75, spéc. p. 83 ; S. Lequette, th. préc., n° 425, p. 337 ; F. Diesse, art. préc., spéc. p. 266 ; J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99, spéc. p. 115 ; B. Oppetit, « Ethique et vie des affaires », in *Mél. A. Colomer*, Litec, 1993, p. 319, spéc. p. 323 ; B. Fages, « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *D*. 2003, doct. p. 2386, spéc. p. 2388 : « *Comme dans les Principes de la Commission Lando, l'obligation de bonne foi se prolonge en droit français par un devoir de collaboration, afin de donner au contrat sa pleine efficacité* » ; J. Mestre,

obligations d'information[1440], de conseil, d'assistance, de transparence[1441], de renégociation ou de sécurité[1442]. Si, par le passé, son manque de définition a pu la desservir, la bonne foi contenait en réalité les germes de son évolution[1443]. La plasticité de la notion lui a permis d'innerver l'ensemble des contrats[1444] et est devenue un véritable principe directeur[1445] de la théorie renouvelée des contrats[1446]. D'un simple devoir sans consistance, la bonne foi s'est progressivement mue en une véritable obligation juridique[1447] dont sont désormais tenues les

---

« L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41, spéc. p. 52 ; *Contra* : C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997, p. 357, spéc. p. 364 : à suivre l'auteur, la bonne foi serait impuissante à fonder de telles obligations. Le principe de fraternité contractuelle serait en revanche plus légitime à les fonder.

[1439] Parfois combiné à l'article 1135 du Code civil, l'article 1134, alinéa 3, du Code civil a permis l'accroissement d'obligations rattachées à la coopération. V. D. De La Garanderie, « Le devoir de loyauté en droit des affaires », *Gaz. Pal*. 2000, p. 2109 ; F. Diesse, art. préc., spéc. p. 272 :; Y. Picod, art. préc. ; G. Piette, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 426, p. 225.

[1440] V. not. M. De Juglart, « L'obligation de renseignement dans les contrats », *RTD civ*. 1945, p. 1 et s. ; J. Alisse, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse Paris II, 1975 ; Y. Boyer, *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, thèse Aix, 1977 ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, thèse Paris I, 1992 ; P. Jourdain, « Le devoir de se renseigner », *D*. 1983, chron. p. 139, spéc. p. 139 ; G. Wicker, art. préc., spéc. p. 167 : « *Cette obligation de renseignement, qui est une expression particulière du devoir de collaboration, impose par exemple à chacune des parties d'informer son cocontractant du risque de disparition d'un élément du contrat lorsque cette information lui permettrait d'éliminer ce risque* ».

[1441] V. E. Garaud, *La transparence en matière commerciale*, thèse Limoges, 1997 ; J. Mestre, « Transparence et droit des contrats », in *La transparence*, *RJC* 1993, n° spécial, p. 77 et s., spéc. p. 84 et 85, N. Vignal, *La transparence en droit privé des contrats*, PUAM, 1998, préf. J. Mestre.

[1442] L'obligation de sécurité à la charge du médecin, du transporteur, du fabriquant de produits dangereux peut également être rattachée à l'obligation de coopération puisqu'elle consiste à prendre en considération l'intérêt de l'autre pour que les intérêts respectifs des deux parties soient satisfaits. V. F. Diesse, art. préc., spéc. p. 275.

[1443] V. not. A. Bénabent, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », « Rapport français », in *Travaux de l'Association Capitant, Journées Louisianaises, La bonne foi*, T. XLIII, Litec, 1992, p. 291 ; D. Cohen, « La bonne foi : éclipse et renaissance », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 517 ; F. Diesse, art. préc., spéc. p. 271.

[1444] P. Le Tourneau, v° Bonne foi, in *Rép. civ*., Dalloz, n° 13 : la bonne foi est l' « *exemple type de la notion cadre, au contenu flou, et donc à la grande souplesse, dont l'interprétation peut facilement évoluer avec le temps et les circonstances* ».

[1445] Cette évolution coïncide avec le droit européen des contrats qui n'a pas hésité à placer la bonne foi au rang des devoirs généraux qui s'imposent à tous les contractants. V. D. Mazeaud, « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 81, spéc. p. 94 ; B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, « L'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen des contrats : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *LPA*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3.

[1446] S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, Economica*, 2012, préf. C. Brenner, n° 425, p. 338 : « *c'est ainsi qu'en une trentaine d'années, la disposition est devenue l'un des fondements les plus utilisés par la Cour de cassation…* ».

[1447] G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe, La loyauté*, 1997, p. 191, spéc. p. 193 : « *La notion de bonne foi a connu une évolution remarquable dans la mesure où elle est devenue, davantage qu'une règle d'interprétation des contrats, une norme objective de bon comportement* » ; S. Lequette, th. préc., n° 425, p. 338 ; D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165, spéc. p. 169 ; G. Cornu, « La bonté du législateur », *RTD civ*. 1991, p. 283, spéc. p. 283 : la notion de bonne foi « *est belle, à la fois mystérieuse et la plus juridique des règles* » ; F. Eudier, « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in *Code*

parties tout au long de la durée du contrat[1448]. Et si la bonne foi est qualifiée d'« exigeante »[1449], c'est en raison de son polymorphisme. Réduite initialement à son versant négatif (la loyauté), la jurisprudence lui reconnaît aujourd'hui incontestablement un versant positif (la coopération)[1450]. Loin d'être concurrentes, la loyauté et la coopération définissent désormais ainsi le contenu dual de la bonne foi en droit français comme en droit européen[1451]. Exécuter de bonne foi son contrat, ce n'est plus seulement et négativement ne pas se comporter de mauvaise foi, mais implique également de tout mettre en oeuvre pour que l'objectif contractuel commun recherché par les deux parties se réalise[1452]. Ainsi redécouverte, la notion de bonne foi ne recouvre-t-elle pas celle d'*affectio societatis* ?

---

civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle, sous la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 225, spéc. p. 236 ; G. Piette, th. préc., n° 438, p. 229.

[1448] En réalité, les projets de Code civil révélaient la volonté de ses rédacteurs d'exiger la bonne foi dès le stade de la formation du contrat. Ils avaient prévu de compléter l'article 1134 du Code civil de la manière suivante : « *les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi* ». La suppression du terme « contractées » ne se justifie que par le fait que les conditions de validité la rendaient selon eux inutile. Il ne fait désormais plus aucun doute que la bonne foi s'applique dès la formation du contrat et non uniquement au stade de l'exécution contractuelle. V. Y. Neveu, « Le devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle », *Gaz. Pal*. 2000, p. 2112 et s. ; D. Mainguy, art. préc., spéc. p. 166 ; G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ*. 1945, p. 75 ; E. Savaux, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 43, spéc. p. 49 et s. ; Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 8, spéc. p. 13 ; H. Lemaire et A. Maurin, « Droit français et principes du droit européen du contrat », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 38, spéc. p. 38 ; M. Billiau, « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXIe siècle », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 119, spéc. p. 126. La consécration de la réticence dolosive et de l'obligation d'information précontractuelle constituent la preuve même de la volonté jurisprudentielle d'étendre la bonne foi au stade de la formation du contrat. De même, le contrôle opéré sur la mise en œuvre des clauses résolutoires illustre son extension au stade de son extinction. V. F. Eudier, art. préc., spéc. p. 236 et s. Par cette extension de la bonne foi à la formation du contrat, le droit français s'aligne sur d'autres systèmes juridiques étrangers, tels les droits allemands et québécois (ex : l'article 1375 du Code civil québécois dispose que « *la bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligationqu'à celui de son exécution ou son extinction* »). V. B. Jaluzot, *La bonne foi dans le droit des contrats, étude comparative des droits français, allemand et japonais*, Dalloz, 2001.

[1449] B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, préf. J. Mestre, n° 558, p. 301.

[1450] V. pour une vision approchante, v. G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 198, spéc. p. 193 : la bonne foi « *assume une double fonction : complétive dans la mesure où elle peut imposer aux parties des obligations complémentaires, voire supplémentaires à celles qui sont expressément stipulées dans la convention ou qui découlent de la loi ou des usages ; restrictive lorsqu'elle limite l'usage plein et entier par une partie des droits qu'elle puise dans le contrat et réprime ainsi les abus* ».

[1451] D. Mazeaud, « A propos du droit virtuel des contrats, Réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 205, spéc. p. 210.

[1452] B. Fages, th. préc., préf. J. Mestre, n° 570, p. 310 ; *Contra* : J. Mestre, *RTD civ*. 1986, p. 101 ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 449, p. 364 ; P.-Y. Verkindt, « Le contrat de travail, Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 197, spéc. p. 220 : « *des observateurs autorisés ont pu constater que la bonne foi n'est plus seulement, il s'en faut de beaucoup, le moyen de sanctionner des comportements déloyaux ou mensongers mais constitue le vecteur privilégié de l'entrée de la notion d'intérêt commun dans la sphère contractuelle* » ; A. Sériaux,

368. Bonne foi renouvelée et *affectio societatis*. Avec l'intensification de la bonne foi, se pose la question de l'utilité de sa coexistence avec la notion d'*affectio societatis*. Le refus du législateur de consacrer la notion d'*affectio societatis* à l'occasion des nombreuses réformes successives ne traduit-il pas *de facto* sa volonté de lui substituer la bonne foi ? Avec la double extension du champ d'application de la bonne foi, l'*affectio societatis*, notion plus équivoque et obscure, a perdu de toute évidence de sa légitimité[1453]. En effet, dès lors que l'on n'identifie plus la bonne foi à une simple règle d'interprétation mais à une véritable norme de comportement qui gouverne tout le processus contractuel, l'existence de l'*affectio societatis* devient inutile[1454]. La bonne foi, par sa malléabilité, permet de densifier les obligations comportementales des associés comme de n'importe quel autre contractant et d'ériger ainsi la coopération en élément essentiel du contrat sans qu'aucune réforme légale ne soit nécessaire[1455]. Le Code civil contient d'ores et déjà les ressources nécessaires pour parfaire l'évolution du droit commun. Cette dimension nouvelle conférée à la bonne foi permet de limiter la conquête des droits spéciaux, de redécouvrir les vertus d'un droit commun unificateur et favorise, en conséquence, la réconciliation du droit des sociétés et du droit des contrats.

369. Un tel épanouissement de la bonne foi suppose néanmoins une remise en cause de la lecture volontariste de l'article 1134 du Code civil au profit d'une lecture plus solidariste.

Droit des obligations, 2e éd., PUF, 1998, n° 55 : la bonne foi consiste dans « *la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère* ».

Toutefois, comme en matière sociétaire, la coopération ne doit pas être confondue avec la fraternité. V. J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99, spéc. p. 121 : « *Parler d'amour, d'amitié ou de fraternité à propos de rapports contractuels, c'est, d'une part, galvauder des sentiments nobles et élevés et, d'autre part, se méprendre sur la nature réelle des liens qui se nouent entre contractants… La fraternité suppose une affection qui n'est pas de mise dans les échanges économiques entre personnes qui n'appartiennent pas à la même famille. Quoique l'on dise, le dévouement fraternel va bien au-delà de la collaboration que l'on peut exiger de deux contractants* » ; L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, préf. L. Aynès, n° 324, p. 202 ; G. Wicker, art. préc., spéc. p. 166.

[1453] V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 255, p. 221 : « *cette notion* (d'affectio societatis) *voit sa légitimité fondée sur une critique doctrinale qui consistait à reprocher au législateur de ne pas avoir su mettre en évidence l'originalité profonde du contrat de société par rapport aux autres contrats civils et commerciaux* ».

[1454] Certains auteurs plaident explicitement pour l'abandon de la notion d'*affectio societatis*. V. H. Lécuyer, note sous CA Grenoble, 16 novembre 1998, *Dr. fam.* juin 1999, comm. n° 63 : « *Notre droit s'enrichirait, d'ailleurs en abandonnant, cette notion inutile* » ; A. Wahl, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Sirey, 1921, n° 469 : « *cette condition, qui dérive du droit romain doit être rayée* ».

[1455] G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe, La loyauté*, 1997, p. 191, spéc. p. 196.

§2 LA LECTURE RENOUVELEE DE L'ARTICLE 1134 DU CODE CIVIL

370. La découverte à partir de l'obligation de bonne foi d'une obligation de coopération à la charge des parties invite à une nouvelle réflexion sur l'articulation des alinéas de l'article 1134 du Code civil. Les incidences de cette lecture renouvelée ne sont pas négligeables. En effet, si tous s'accordent à reconnaître que l'article 1134 du Code civil est l'expression de la force obligatoire du contrat, sa compréhension est dépendante de l'importance conférée à chacun des ses alinéas. Dès lors que l'on favorise l'éclosion de la bonne foi, un rééquilibrage doit être opéré entre l'alinéa 1er et l'alinéa 3. Or, la valorisation de l'alinéa 3 s'accommode mal de la théorie traditionnelle volontariste (A). Elle se révèle, en revanche, davantage compatible avec la théorie solidariste (B).

A- L'INCOMPATIBILITÉ DE L'ESSOR DE LA BONNE FOI AVEC LA THEORIE VOLONTARISTE

371. Si l'essor de la bonne foi paraît de fait incompatible avec la théorie volontariste (1), certains auteurs ont néanmoins tenté de les concilier (2).

1- Une incompatibilité avérée

372. Exposé de la théorie volontariste. Il est classiquement enseigné que l'autonomie de la volonté fonde la force obligatoire du contrat[1456]. La volonté commune des parties est alors considérée comme toute puissante et souveraine. C'est parce que les parties sont libres de contracter, qu'une fois engagées, elles sont assujetties à leur volonté[1457]. Il est alors naturel que le

[1456] Pour un exposé d'ensemble de la théorie et sa critique, v. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, Paris, 1912.

[1457] E. Gounot, th. préc. : dans la conception volontariste, « *deux personnes d'identique situation juridique et de puissance économique égale exposent en libre débat leurs prétentions opposées, se font des concessions réciproques et finissent par conclure un accord dont elles ont pesé tous les termes et qui est bien véritablement l'expression de leur volonté commune* » ; P. Louis-Lucas, « L'autonomie de la volonté », in *Mél. H. Capitant, Etudes de droit civil*, Librairie E. Duchemin Paris, 1977, p. 469, spéc. p. 469 : « *Prise à la lettre, elle* (l'autonomie de la volonté) *signifie que le vouloir humain est pleinement indépendant et directement créateur. Elle veut dire, d'abord, que l'homme n'émet une volonté génératrice de droit que s'il le désire. Elle veut dire, ensuite et surtout, que s'il se décide à émettre cette volonté, elle sera toute puissante, elle atteindra sûrement et pleinement le but juridique visé* ».

juge ne puisse pas s'immiscer dans la relation contractuelle[1458] dont l'interprétation est contrainte par la convention-loi formée par les parties[1459]. Ce faisant, la conception libérale et volontariste du contrat favorise l'intangibilité de la convention et condamne par suite le développement de la bonne foi.

373. La subordination de l'alinéa 3 à l'alinéa 1. Une lecture hiérarchique de l'article 1134 du Code civil s'ensuit. Si l'on admet que la bonne foi intègre la définition de la force obligatoire du contrat[1460], elle n'y a en réalité qu'une place très limitée. L'alinéa 3 est incontestablement subordonné au deux premiers alinéas. En effet, si chacun connaît l'existence de la bonne foi, elle brille en 1804 par son absence d'effectivité. Admettre que le contrat doit être exécuté de bonne foi, c'est tout simplement respecter son engagement[1461].

374. La *ratio legis* de l'alinéa 3. Au vrai, à suivre les volontaristes, l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil ne doit son existence qu'à la seule volonté des rédacteurs d'annihiler la dichotomie romaine entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi[1462]. Alors que, pour les premiers, l'interprète a l'obligation de s'en tenir à la lettre de l'engagement quelles que soient les circonstances, pour les seconds, une interprétation plus souple est permise *via* la recherche de l'intention des parties et le souci d'équité visé par l'article 1135 du Code civil[1463].

375. La remise en cause de la lecture volontariste. Pourtant, à bien l'analyser, l'exégèse de l'article 1134 du Code civil condamne une telle lecture. Il est en effet inexact de faire de la

---

[1458] F. Eudier, art. préc., spéc. p. 226 : dans la théorie volontariste « *chaque contractant, libéré de toute sujétion, est le meilleur défenseur de ses intérêts. Il s'ensuit que le juge a fort peu de raisons d'intervenir, sauf pour vérifier éventuellement la qualité du consentement donné ou la conformité du contrat à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ».

[1459] J. Mestre et A. Laude, « L'interprétation active du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9.

[1460] R. Desgorces, *La bonne foi dans le droit des contrats, Rôle actuel et perspectives*, thèse Paris II, 1992, p. 6 : « *la bonne foi est partie d'un ensemble, l'article 1134, dont l'objet général est la force obligatoire* ».

[1461] F. Eudier, art. préc., spéc. p. 235 et p. 240 : « *Les rédacteurs du Code civil ne songeaient sans doute pas que l'article 1134, alinéa 3 pût être écrit pour le créancier et constituer ainsi une limite potentielle à l'exercice de ses prérogatives* » ; T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne », in *Ethique des affaires, de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, PUAM, 1996, p. 207, spéc. p. 212 : « *la conception traditionnelle du contrat n'exige pas plus qu'un respect mutuel, et ne rend donc pas l'un responsable de l'autre, ni l'autre de l'un* ».

[1462] O. Anselme-Martin, « Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *LPA*, 22 janvier 1997, n° 10, p. 17, spéc. p. 20-21.

[1463] F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 439.

bonne foi une simple règle d'interprétation complémentaire des articles 1156 et suivants du Code civil. D'une part, alors que ces derniers sont destinés au juge, l'alinéa 3 l'est aux contractants eux-mêmes[1464]. D'autre part, plus qu'à l'interprétation, cet alinéa est relatif à l'exécution du contrat, de sorte que la bonne foi ne se cantonne pas à définir la portée de l'engagement des parties mais indique également la manière dont elles doivent exécuter leurs obligations[1465].

Dès lors que l'on s'accorde alors à reconnaître un rôle fécond à la bonne foi et à lui conférer une véritable effectivité juridique, l'articulation entre les alinéas 1 et 3 de l'article 1134 doit être reconsidérée. D'une règle morale dénuée de réelle portée juridique, la bonne foi devient une règle normative qui modifie substantiellement la lecture de l'article 1134 du Code civil. Rien ne laisse penser en effet dans la structure de la disposition qu'il faille accorder plus d'importance à un alinéa plutôt qu'à un autre. Sauf à considérer l'ordre des dispositions, chaque alinéa est construit de manière identique. Au même titre que l'intangibilité consacrée par l'alinéa 1er, l'alinéa 3 participe pleinement de la définition de la force obligatoire et impose donc un rééquilibrage entre ses différentes composantes.

2- La tentative de compatibilité

376. Proposition d'une lecture chronologique. Sans remettre en cause le rôle important conféré à la volonté comme fondement de la force obligatoire, le Professeur Richard Desgorces propose une lecture chronologique de l'article. A suivre l'auteur, les alinéas 1 et 3 auraient vocation à se succéder. Le raisonnement serait alors le suivant. Alors que la volonté rattachée à l'alinéa premier aurait vocation à intervenir lors de la formation du contrat, la bonne foi visée à l'alinéa troisième s'appliquerait lors de son exécution. En conséquence, volonté et bonne foi devraient être combinées dans le temps[1466].

377. Appréciation critique. Si cette lecture chronologique de l'article est séduisante, il apparaît cependant difficile de souscrire à une telle analyse. En effet, si la volonté existe bien lors de l'élaboration du contrat, elle cohabite déjà à ce stade avec la bonne foi. Si les conventions

[1464] R. Desgorces, th. préc., p. 32 ; F. Diesse, art. préc., spéc. p. 293.
[1465] F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 439.
[1466] R. Desgorces, th. préc., p. 119 et 120.

doivent être exécutées de bonne foi, elles doivent également être conclues de bonne foi[1467], ce qui remet *de facto* en cause la dichotomie opérée par l'auteur.

378. Partant, l'insuffisance de la théorie de l'autonomie de la volonté pour justifier le rôle croissant de la bonne foi a contribué à accréditer la conception solidariste de la force obligatoire.

B- LA COMPATIBILITÉ DE L'ESSOR DE LA BONNE FOI AVEC LA THEORIE SOLIDARISTE

379. Si l'essor de la bonne foi s'accorde avec la théorie solidariste (1), la compatibilité se révèle toutefois imparfaite car excessive (2).

1- Une compatibilité avérée

380. Exposé de la théorie solidariste. Née sous la plume de Léon Bourgeois[1468], la théorie solidariste[1469] a connu un vif engouement en matière contractuelle. En réaction à un libéralisme exacerbé, elle prône le civisme contractuel « *qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération et par le respect de l'intérêt légitime de son cocontractant* »[1470]. Révélant en pleine lumière le mythe de l'égalité des parties diffusé traditionnellement par la théorie volontariste[1471], les parties ne doivent plus être considérées comme les meilleurs juges de leurs intérêts[1472]. Les hommes ne naissent ni libres, ni égaux, mais naissent dans une société déjà

[1467] V. *supra*, n° 367.

[1468] Sur la naissance du solidarisme : v. P. Rémy, « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 3 ; P. Mazet, « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 13.

[1469] Selon le Professeur Yves Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 247, il serait plus adéquat de parler « des » solidarismes contractuels. Deux courants peuvent être identifiés : le premier d'inspiration sociale, dit pessimiste et le second d'inspiration morale, dit optimiste.

[1470] J. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation en service extraordinaire », Site internet de la Cour de cassation : « *Entendu comme l'union des cocontractants en vue d'atteindre un but commun, le solidarisme contractuel implique un certain altruisme de l'un, qui doit prendre en considération, voire en charge, les intérêts de l'autre, lui consentant au besoin quelques sacrifices* » ; L. Grynbaum, « La notion de solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 25, spéc. p. 25.

[1471] J. Waline, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 965, spéc. p. 971 : « *En ce qui concerne l'inégalité des parties contractantes il ne s'agit nullement pas de quelque chose de complètement nouveau mais le phénomène s'est considérablement amplifié à l'époque contemporaine* ».

[1472] V. not. D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295 et s.

constituée dans laquelle ils s'agrègent[1473] et « *se trouvent d'emblée dans un réseau de relations contraignantes* »[1474]. Il en résulte qu'en matière contractuelle, une partie a la plupart du temps l'ascendant sur l'autre et peut lui imposer tout ou partie du contenu contractuel[1475]. Il s'ensuit que la volonté est illégitime à fonder la force obligatoire du contrat et que les parties doivent coopérer pour rétablir l'équilibre contractuel potentiellement ébranlé par l'inégalité contractuelle[1476].

381. Le renversement de la lecture volontariste. Aux notions d'indifférence et d'égoïsme des contractants mises en exergue par les volontaristes font place celles d'altruisme, de décence, de cohérence, de proportionnalité ou encore de coopération. Les parties ne doivent pas se contenter de contracter et d'exécuter le contrat pour servir leurs intérêts propres mais « *exécuter le contrat au mieux des intérêts de son cocontractant* » ou « *du moins exécuter ses obligations et exercer les pouvoirs, que lui confèrent le contrat ou la loi, sans faire abstraction des intérêts légitimes de son partenaire* »[1477]. Plus que l'exigence d'un respect réciproque entre les parties, le solidarisme commande une véritable fraternisation des relations contractuelles. Dans cette perspective, exécuter son contrat de bonne foi, ne s'entend plus comme exécuter ses obligations, mais comme aider son cocontractant à satisfaire ses propres intérêts quitte à négliger ou sacrifier partiellement les siens. L'amplification de la bonne foi a ainsi pour conséquence de modifier l'articulation traditionnelle des alinéas 1 et 3 de l'article 1134 du Code civil[1478]. L'intangibilité exprimée par l'alinéa 1er doit être reléguée à la seconde place[1479]. Le

---

[1473] C. Jamin, « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », in Mél. *J. Ghestin, Le contrat au début du XXe siècle*, LGDJ, 2001.

[1474] J. Cédras, art. préc.

[1475] D. Mazeaud, art. préc., spéc. p. 9 : « *On est bien loin, on le constate, de l'image d'Epinal du contrat, fruit de la volonté des parties. Parce que la réalité contractuelle révèle trop souvent que sa conception est exclusive de toute négociation et qu'il constitue un instrument de domination, le contrat, fruit d'une inégalité et ferment d'injustices, est légitimement soumis à d'autres forces que la seule volonté de la partie forte qui s'en est réservée l'élaboration* » ; G. Flécheux, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 341, spéc. p. 344 ; D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295

[1476] Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, doctr. 3318, n° 1 : « *la standardisation de la production, la distribution de masse et le progrès technologique ont instauré un tel décalage entre la théorie classique du droit des obligations et les réalités économiques et sociales actuelles que l'utile ne peut plus se ramener à l'expression de ce qui a été initialement convenu ; il doit aussi être l'émanation d'une conception hautement morale de l'exécution du contrat dont la bonne foi de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil ouvre la voie* ».

[1477] D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 57, spéc. p. 59.

[1478] D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165, spéc. p. 166-167 : « *La loyauté, la bonne foi permettent alors l'émergence de*

succès de l'opération contractuelle ne réside pas tant dans l'exécution rigoureuse du contrat que dans la garantie d'une opération équilibrée. Dans cette perspective, l'impératif de justice contractuelle issu de l'alinéa 3 a vocation à supplanter la sécurité juridique exprimée par l'alinéa premier. Cette lecture purement solidariste apparaît cependant utopique.

2- Une compatibilité exagérée

382. Les excès de la théorie solidariste. La théorie solidariste pèche par excès d'optimisme. Il apparaît sans aucun doute idéaliste de vouloir imposer un sentiment de fraternité entre les contractants. C'est indéniablement faire preuve de naïveté, d'angélisme, de romantisme ou de bovarysme contractuel que de vouloir colorer le lien d'obligation d'amitié, d'amour ou de fraternité[1480]. Dans tout contrat, chacun poursuit la réalisation de son propre intérêt et il n'est sans doute pas du ressort du droit que de contraindre à un véritable altruisme[1481]. En réalité, le rapprochement des parties ou la « fraternisation » n'est favorisé que pour garantir l'efficacité économique de la convention qui suppose la réalisation de l'intérêt ou de l'objectif commun

---

solutions nouvelles de nature à contrebalancer la traditionnelle plénitude de l'article 1134, al. 1er du Code civil, elle-même reposant sur le mythique principe d'autonomie de la volonté. A cette conception individualiste du contrat se substituerait une conception solidariste appuyée sur l'article 1134, al. 3, chère à Demogue… ».

[1479] Le Professeur Christophe Jamin, « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patr*. mai 1998, n° 58, p. 46, évoque l'idée d'une « *tentative de renversement du centre de gravité de l'article 1134* » ; J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, 3e éd., Francis Lefebvre, 2005, n° 824 : J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99, spéc. p. 102.

[1480] J. Cédras, art. préc.

[1481] L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 173, spéc. p. 176 : « *Que cette fraternité soit, dans l'idéal, souhaitable, c'est une chose. Qu'il existe en réalité, et même qu'elle soit concevable, en pratique, c'en est une autre. En fait, cette fraternité contractuelle, on la cherche en vain dans la réalité, dans la pratique des contrats* » ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 470, p. 379 ; J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99, spéc. p. 121-222 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, 1999, p. 603, spéc. p. 603-604 : l'auteur, considéré pourtant comme un promoteur de ce mouvement solidariste, consent lui-même qu'« *une certaine dose d'inconscience est par ailleurs indispensable pour explorer l'univers contractuel et ses multiples planètes sous l'angle d'une devise loyauté, solidarité, fraternité qui fleure bon une vision morale et sentimentale du droit des contrats… prétendre décrypter les traits essentiels du droit des contrats en s'appuyant sur des notions sentimentales, c'est prendre le risque d'accepter d'observer le droit contractuel à travers un prisme déformant…* » ; F. Eudier, art. préc., spéc. p. 233 ; H. Lemaire et A. Maurin, « Droit français et principes du droit européen du contrat », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 38, spéc. p. 38-39 : « *Cette vision des rapports contractuels qui conduit à la négation de ses propres intérêts, donc de sa propre personne par chacun des contractants, paraît bien angélique. Il faut lui préférer une voie médiane, fondée sur l'attente légitime d'une certaine loyauté de la part de chaque contractant* ».

inhérent à tout contrat[1482]. Partant, si le droit est impuissant à exiger des parties qu'elles fraternisent, il peut néanmoins inciter ou contraindre les parties « *à agir d'abord au profit du contrat, c'est-à-dire de l'opération économique qu'il prend en charge* »[1483]. En somme et à rebours d'une présentation manichéenne, le contrat n'est ni une terre d'hostilité ni une terre d'altruisme mais une terre de compromis[1484]. Il en résulte que si l'on peut effectivement accorder plus de crédit à l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil, le solidarisme contractuel à l'état pur promeut une vision pervertie de la réalité contractuelle[1485].

383. La lecture homogène de l'article 1134. En vérité, à la contrariété longtemps supposée se substitue une réelle complémentarité des alinéas 1 et 3 de l'article 1134 du Code civil[1486]. Le premier impose aux parties d'exécuter leur engagement, le second de tout faire pour que l'objet du contrat se réalise. Les deux dispositions tendent vers le même but : l'accomplissement de l'intérêt ou de l'objectif contractuel commun. Il ne s'agit donc pas de promouvoir un véritable altruisme mais d'obliger les contractants à donner pleine efficacité au

---

[1482] Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 247, spéc. p. 262 : dans le contrat-organisation et le contrat d'intérêt commun, « *le respect par un contractant de l'intérêt de l'autre n'est pas dicté par une vague fraternité ou une solidarité évanescente mais par le constat très réel qu'il est le moyen (pour celui-ci) d'obtenir la satisfaction de son propre intérêt…* » ; B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 471, p. 380 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 1159, p. 714 : « *le solidarisme est bilatéral. Il profite à toutes les parties au contrat et non à la seule partie faible* » ; L. Aynès, note sous Cass. civ. 1ère, 28 octobre 2003, pourvoi n° 01-03662, *RDC* 2004, n° 2, p. 273 : « *la force obligatoire, loin d'être un fardeau, est l'instrument de l'accomplissement des intérêts de chacune des parties* ».

[1483] R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 ; D. Mazeaud, « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », *Defr*. 1998, p. 1137.

[1484] L. Aynès, « A propos de la force obligatoire », *RDC* 2003, p. 323 : *« Pour les uns, le contrat est un lieu d'affrontement d'intérêts contraires, où l'on court le risque d'être piégé par l'autre ; imposons donc aux parties une régulation modératrice. Pour d'autres, le contrat est un lieu de générosité, où chacune des parties veut servir l'intérêt de l'autre ; pourchassons l'abus, qui fait injure à la fraternité* ».

[1485] J. Hauser, *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 193.

[1486] L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, préf. L. Aynès, n° 328, p. 208 : « *Il semble vain et contre-productif de vouloir opposer les alinéas 1 et 3 de l'article 1134. Vain, car de cette victoire à la Pirrhus, ni la force obligatoire des conventions, ni la bonne foi ne sortiraient grandies. Contre-productif, car la bonne foi ne trouve sa pleine efficacité que lorsqu'elle est cantonnée à son domaine propre. Comprise comme le prolongement de la force obligatoire des conventions, la bonne foi se montre bien plus respectueuse de la volonté des parties, qu'elle n'a pas pour vocation de la limiter* » et n° 713 et 714, p. 398-399 : « *L'opposition entre bonne foi et force obligatoire des conventions s'avère aussi fausse que stérile… En définitive la bonne foi s'inscrit dans le prolongement de la force obligatoire. Elle n'a qu'une utilité : donner au contrat son entière efficacité…* » ; B. Fages, *Droit des obligations*, 4e éd., LGDJ, 2013, n° 273 : D. Mainguy, art. préc., p. 165, spéc. p. 167 ; L. Weiller, « Processualisation et force obligatoire du contrat », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 157, spéc. p. 161-162 ; G. Wicker, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 151, spéc. p. 154, note de bas de page n° 18.

contrat[1487]. Partant, la force obligatoire n'est pas tant associée aux obligations qu'au contrat lui-même qui les fait naître. Il suffit en effet de relire l'article 1134 du Code civil pour s'en convaincre. Le législateur s'est bien gardé de dire que les obligations ont force obligatoire, préférant affirmer que ce sont les conventions elles-mêmes qui tiennent lieu de loi aux parties. Ce qui importe n'est donc pas tant que les contractants exécutent leurs obligations qu'ils exécutent le contrat lui-même[1488]. Plutôt qu'un ennemi de la sécurité juridique[1489], la bonne foi se présente donc comme un allié de la force obligatoire du contrat[1490] qui permet d'avoir non une vision fractionnée du contrat mais une vision globale de l'opération économique[1491]. En conséquence, les alinéas 1 et 3 sont placés sur un pied égal et commande par suite une lecture non hiérarchisée de l'article 1134 du Code civil.

Cet épanouissement du devoir de bonne foi s'inscrit dans une perspective de solidarisme que l'on pourrait qualifier d'« intéressé »[1492] : « *il correspond d'abord, aux intérêts bien compris des contractants, qui n'ont qu'avantage à traiter dans un climat de confiance ; il est de nature ensuite, à satisfaire l'intérêt économique de la société, en ménageant des relations contractuelles*

[1487] L. Thibierge, th. préc., n° 712, p. 398 : « *La bonne foi vise simplement à assurer l'efficacité du contrat, vecteur d'une opération économique, et participe à la pérennité de la relation entre les contractants* » ; J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99, spéc. p. 123 ; S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner, n° 434, p. 346.

[1488] G. Wicker, art. préc., spéc. p. 157 : « *les obligations contractuelles n'ont de raison d'être qu'autant qu'elles constituent le moyen adéquat pour les parties d'atteindre leur but* » et p. 165 : « *Par leur engagement au contrat, par leur promesse, les parties s'obligent non seulement de façon spéciale à exécuter la prestation qui leur incombe, mais également, de façon plus générale, à permettre que le contrat produise son plein effet* ». C. Coulon, « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 29, spéc. p. 32 ; F. Diesse, art. préc., spéc. p. 285 : « *Le devoir de coopération est constitué de normes objectives et subjectives de comportement associant l'intention à l'acte d'œuvrer pour ou avec autrui dans le but de satisfaire un intérêt contractuel donné* ». On peut y voir ici une influence du droit germanique pour lequel s'exécuter de bonne foi « *c'est non seulement s'abstenir de toute mauvaise foi, mais c'est aussi exécuter en se rendant utile à son cocontractant, en lui procurant la plus grande satisfaction possible, au-delà du cadre strict des stipulations contractuelles* ». V. Y. Picod, art. préc.

[1489] J.-P. Chazal, art. préc., spéc. p. 125 : « *la sécurité juridique peut se révéler sclérosante pour le contrat* » et l'auteur ajoute p. 126 : « *on peut concevoir la sécurité autrement que comme synonyme d'intangibilité* » et ainsi substituer à la sécurité-intangibilité « *qui par la rigidité qu'elle implique est source d'injustice* », une sécurité plastique « *qui épouse les différences et les changements de situation et se préoccupe de tous les intérêts antagonistes en présence et pas seulement de ceux des dominants* ».

[1490] D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295.

[1491] L. Thibierge, th. préc., n° 696, p. 387.

[1492] J. Hauser, « Rapport de synthèse, Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 193, spéc. p. 195 : « *Le contrat est un instrument de pouvoir et si je respecte l'intérêt social et les intérêts particuliers c'est dans mon intérêt que je les respecte. Le solidarisme, (mais est ce bien de cela qu'il s'agit ?), resterait donc bien la simple prise en compte des autres dans une perspective personnelle* » et p. 197 : « *Le solidarisme de fait laisse sa part aux calculs de l'égoïsme en espérant en tirer parti pour le profit général. Mais nulle part le désintéressement ne se présente directement le solidarisme n'est que la forme avancée et calculée de l'intérêt général* ».

aussi efficaces que possibles »[1493]. Jurisprudence et doctrine ont pris conscience que l'application exclusive de l'alinéa premier peut entraver la réalisation de l'opération contractuelle et peut donc paradoxalement conduire à annihiler la force obligatoire du contrat. C'est pour cette raison qu'un rééquilibrage doit être opéré et que « *l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil devrait primer son alinéa 1er, lorsque l'exécution du contrat est susceptible de ruiner l'une des parties, alors que l'autre a les moyens de permettre la continuation de leurs relations contractuelles* »[1494].

384. Une lecture modulable de l'article 1134. Plus encore, il n'existe pas une conception unitaire de la force obligatoire. La force obligatoire d'un contrat d'intérêt commun ne doit pas être appréhendée de la même manière que la force obligatoire d'un contrat-échange *stricto sensu*. Il s'ensuit une lecture modulable de l'article 1134 du Code civil qui s'effectue selon le degré d'intérêt commun dont est affecté le contrat. Alors que l'intangibilité s'impose avec davantage d'acuité dans les contrats d'échange *stricto sensu* pour préserver la sécurité juridique, les contrats d'intérêt commun mettent l'accent sur la bonne foi. C'est concéder là que la force obligatoire est « à géométrie variable »[1495]. Dès lors que l'on accepte l'idée d'une bonne foi dont l'amplification varie selon le degré d'intérêt commun dans le contrat, on accepte l'idée d'une force obligatoire pragmatique qui doit s'adapter au contrat en cause.

385. Renouvellement des fondements de la force obligatoire. Partant, si l'autonomie de la volonté a pu constituer le fondement traditionnel de la force obligatoire, son caractère illégitime est aujourd'hui clairement dénoncé[1496]. Il n'a d'ailleurs jamais été question de l'ériger

---

[1493] En ce sens, v. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 1159, p. 715 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 378 : pour ces auteurs, la théorie du volontarisme social permet davantage d'accueillir la bonne foi ; en ce sens, v. D. Mainguy, art. préc., spéc. p. 167 : « *La conception solidariste souffre cependant d'une appréciation trop centrée sur les convergences contractuelles des parties au contrat, omettant les points de divergences, que l'analyse économique du contrat souligne, par exemple avec la théorie de l'agence ou de l'inexécution efficace. Une conception utilitariste du contrat peut également permettre un dépassement de la conception individualiste, comprenant une part de solidarité : dans un contrat, il s'agit moins d'aider son contractant que de favoriser l'exécution plus efficace possible du contrat, tenant compte non seulement des intérêts de son contractant mais aussi des siens propres et peut-être d'intérêts externes au contrat. Pothier l'écrivait déjà : « s'obliger à faire quelque chose, c'est s'obliger à le faire utilement*» ».

[1494] C. Jamin, art. préc.

[1495] M. Billiau, « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXIe siècle », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 119, spéc. p. 129.

[1496] J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41, spéc. p. 42 : « *Chacun sait… que le Code civil de 1804, sensible à une philosophie individualiste et une doctrine économique libérale, avait raisonné à partir d'un principe d'autonomie de la volonté… mais chacun sait également que les profondes métamorphoses et sociales qu'a connues notre pays ont,*

en principe constitutionnel[1497]. Il n'est de surcroît plus contesté que ce n'est pas la volonté qui donne force obligatoire au contrat mais le droit objectif lui-même[1498]. Et si le droit objectif donne force obligatoire au contrat, c'est pour répondre à des valeurs qui lui sont jugées supérieures : garantir son utilité et sa conformité à la justice[1499]. En clair, le contrat est hétéronome. Toutefois, loin d'être antagonistes, ces deux aspirations, utilité et justice, se révèlent en réalité complémentaires[1500]. Un contrat n'est socialement utile que s'il est utile aux parties. Et le contrat n'est utile aux parties qu'à la condition d'être juste[1501], c'est à dire d'être l'instrument de

---

depuis un bon siècle, progressivement sapé ce principe d'autonomie de la volonté » ; P. Malaurie, « Le droit civil français des contrats à la fin du XXe siècle », in *Mél. M. Cabrillac*, 1999, Litec, p. 187, spéc. p. 191 ; L. Boy, « Les utilités du contrat », *LPA*, 10 septembre 1997, n° 109, p. 3 spéc. p. 4 : « *l'autonomie de la volonté, entendue au sens de pouvoir souverain, n'est plus présentée aujourd'hui comme le fondement de la force obligatoire du contrat* » ; F. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961, p. 5 ; L. Grynbaum, *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, thèse Paris II, 1998, n° 83 et s. ; G. Morin, *La révolte des faits contre le code*, Grasset, Paris, 1920 ; L. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ*. 1937, p. 1 et s. : le déclin de l'autonomie de la volonté résulte en particulier du déclin de la liberté contractuelle, c'est-à-dire de la montée du dirigisme et de la standardisation contractuels.

A suivre certains auteurs, l'autonomie de la volonté n'a même en réalité jamais existé. V. J.-P. Chazal, art. préc., spéc. p. 102 ; G. Rouhette, « La force obligatoire du contrat », « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 27, spéc. p. 34 et 35 ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965 ; P. Jestaz, « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. p. 252 : « *A vrai dire, l'autonomie de la volonté ne correspond à aucune espèce connue de droit positif, sauf peut-être dans l'ordre international. Aussi ses partisans la présentent-ils d'emblée comme un paradis perdu, lequel aurait régné pendant quelques décennies du XIXe siècle. Mais ce paradis n'a jamais existé et si c'en est un, il est pavé de bien mauvaises intentions* » ; E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, thèse Dijon, 1912 ; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980 ; P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé*, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux, n° 25 et s., p. 33 et s. ; P. Louis-Lucas, « L'autonomie de la volonté », in *Mél. H. Capitant, Etudes de droit civil*, Librairie E. Duchemin Paris, 1977, p. 469, spéc. p. 469.

[1497] Cons. const., 20 mars 1997, J.O. 4661 : « *ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de l'autonomie de la volonté* ».

[1498] H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de Philosophie du Droit* 1940, p. 33 ; L. Dikoff, « L'évolution de la notion de contrat », in *Mél. H. Capitant, Etudes de droit civil*, 1977, Librairie E. Duchemin Paris, p. 201.

[1499] J. Ghestin, « L'utile et le juste dans le contrat », *D*. 1982, chron. 1 : « *Le juste et l'utile sont des principes qui régissent la force obligatoire et le domaine des effets du contrat* ».

[1500] L'utilité à laquelle le Professeur Jacques Ghestin fait référence, c'est l'utilité sociale, c'est-à-dire l'utilité du contrat pour la vie en société et qui commande en principe sa stabilité.

[1501] Les auteurs affirment en général l'existence d'une opposition entre les notions d' « utilité » et de « juste » alors qu'elles ont en réalité vocation à être associées. V. C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997, p. 357, spéc. p. 376 : « *alors que l'utile correspond davantage aux valeurs classiques de la théorie générale, même si la notion d'utilité a elle aussi évolué, le juste quant à lui incarne des aspirations grandissantes à l'égalité et à l'équilibre dans le contrat. Il s'agit alors de combiner cette double aspiration afin d'en dépasser la contradiction* » : en ce sens, v. G. Piette, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 281 et s., p. 157 et s., spéc. n° 282, p. 157 : « *lorsqu'un contrat est déséquilibré, son utilité sociale diminue considérablement, et sa conformité à la justice contractuelle disparaît* ».

l'accomplissement des intérêts de chacun des contractants[1502]. C'est dire si moralisation du contrat et efficacité économique forment un binôme incontournable. La coopération vise justement à favoriser la satisfaction de ce double impératif[1503]. Aussi, à l'aune d'une conception plus utilitariste et sociale du contrat, l'épanouissement de la bonne foi n'est-il plus considéré comme une évolution dangereuse mais comme le véritable moyen de réaliser la force obligatoire du contrat, elle-même conçue comme « *le moyen d'atteindre un équilibre social* »[1504].

386. En somme, cette nouvelle lecture à coloration solidariste de l'article 1134 du Code civil influencée par le contrat de société favorise une compréhension moins rigoureuse de la force obligatoire et de ses corollaires.

[1502] L. Aynès, obs. sous Cass. civ. 1ère, 28 octobre 2003, *RDC*, n° 2, p. 273.
[1503] P. Jestaz, « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. p. 246 : « *si les mots de fraternité et de solidarité ont une connotation morale trop forte, pourquoi les juristes ne s'accorderaient-ils pas sur la nécessaire coopération des parties, laquelle n'a rien de creux ni d'utopique ?* » ; G. Wicker, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 151, spéc. p. 166.
[1504] L. Weiller, « Processualisation et force obligatoire du contrat », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 157, spéc. p. 167.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

387. L'idée d'unir les notions de contrat et d'intérêt commun semble de prime abord difficilement concevable. C'est du moins ce que certains auteurs soutiennent. Si l'on admet volontiers que la société doit nécessairement être constituée dans l'intérêt commun des associés, cette spécificité a contribué à alimenter les doutes sur sa nature contractuelle et favorisé l'émergence de théories concurrentes comme l'institution et l'acte juridique collectif. Pourtant, rien ne justifie d'évincer la société de la catégorie des contrats. Non seulement le législateur et la jurisprudence ne semblent pas y être favorables mais, surtout, l'antagonisme d'intérêts n'a jamais constitué un élément essentiel du contrat. Plus encore, on s'est rendu compte que, loin d'être consubstantielle de la société, la notion d'intérêt commun était susceptible d'intégrer la définition du contrat de droit commun. La mise en lumière des contrats-organisation ou des contrats d'intérêt commun a permis l'élaboration d'une nouvelle carthographie contractuelle. Par delà, c'est à une nouvelle perception du contrat que l'on a affaire. Si l'on ne peut aller jusqu'à considérer que tout contrat est un contrat d'intérêt commun, il est possible d'avancer l'idée que tout contrat poursuit toujours un objectif commun.

Cette nouvelle appréhension du contrat a pour conséquence une appréhension renouvelée de la relation contractuelle elle-même. On peut imposer une certaine fraternisation entre les parties en exigeant d'elles qu'elles coopèrent pour réaliser l'intérêt commun ou pour accomplir l'objectif contractuel commun. La généralisation en droit commun des contrats de cette obligation de coopération, reconnue depuis longtemps dans le contrat de société sous le nom d'*affectio societatis*, passe cependant nécessairement par une revalorisation jurisprudentielle de la bonne foi. Cette interprétation renouvelée de la bonne foi implique elle-même une relecture de l'article 1134 du Code civil, fondement textuel de la force obligatoire. L'articulation nouvelle des alinéas 1 et 3 de ladite disposition a pour incidence le déclin de la théorie volontariste au profit de l'essor d'un solidarisme modéré. Cette nouvelle lecture de l'article 1134 et l'inspiration par la société d'une nouvelle philosophie contractuelle n'est pas sans conséquence sur l'application de la force obligatoire.

CHAPITRE 2

LES CONSEQUENCES DU SOLIDARISME SUR LA FORCE OBLIGATOIRE

388. Si les rédacteurs du code civil souhaitaient promouvoir une compréhension stricte de la force obligatoire en minimisant le rôle joué par la bonne foi, cette conception coïncidait avec le modèle de contrat sur lequel s'est bâtie la théorie générale : un contrat conçu comme une terre d'opposition des intérêts. Dès la prise de conscience qu'il ne doit plus constituer le modèle de droit commun et que l'archétype du contrat-échange lui-même doit être repensé *via* la reconnaissance d'un objectif contractuel commun, un assouplissement de la force obligatoire est envisageable.

L'obligation de coopération mise à la charge des parties favorise ainsi l'infléchissement de ses deux corollaires : l'immutabilité contractuelle (Section 1) et l'irrévocabilité contractuelle (Section 2).

SECTION 1 LA FLEXIBILITE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITE CONTRACTUELLE

389. La reconnaissance d'une obligation de coopération à la charge des parties permet de légitimer la flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle par les parties (§1) et par le juge (§2).

§1 LA FLEXIBILITE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ CONTRACTUELLE PAR LES PARTIES

390. Si l'obligation de coopération permet de faire fléchir le principe d'immutabilité contractuelle en admettant qu'une partie puisse modifier ou exiger une modification du contrat en cours d'exécution (A), la flexibilité est cependant conditionnée par la préservation de l'intérêt ou de l'objectif commun (B).

A- L'OBLIGATION DE COOPÉRATION : FONDEMENT DE LA FLEXIBILITÉ

391. Dès lors que l'on définit le contrat comme une terre d'hostilité, on comprend que celui-ci ne puisse être modifié sans le consentement de l'ensemble des contractants. Déniant tout

esprit de fraternité et tout intérêt fédérateur dans le contrat, chacun est en charge de son seul intérêt personnel. Il en résulte que la modification du contrat ne peut se réaliser par une manifestation unilatérale de volonté qui constituerait une atteinte intolérable à la force obligatoire et à la sécurité juridique qui en est la conséquence. Pour cette raison, la théorie volontariste ne peut fournir les fondements permettant à une partie seule de solliciter ou de réviser le contrat au cours de son exécution (1).

En revanche, si l'on accepte de réduire le rôle de la volonté des parties, la rigueur de la force obligatoire du contrat peut être atténuée. A partir du moment où l'on adopte l'idée solidariste qu'il existe dans tout contrat, si ce n'est un intérêt commun, tout du moins un objectif commun qui rassemble des parties qui doivent coopérer pour sa réalisation, la flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle est concevable. La modification unilatérale du contrat n'apparaît alors plus comme illégitime dans la mesure où l'on considère que, pour le bien commun, chacune des parties est tenue de prendre en considération l'intérêt de l'autre tout au long de la relation contractuelle (2).

1- Le rejet des fondements volontaristes

392. Appréhendée dans une perspective volontariste, la force obligatoire du contrat proscrit la modification unilatérale du contrat. Une fois les volontés exprimées, le contrat est formé et les parties sont tenues de l'exécuter jusqu'à l'exécution intégrale des obligations ou jusqu'à son terme. Seule donc l'expression d'une volonté unanime des parties peut permettre en principe la modification de la convention initiale. En conséquence, il est vain de rechercher dans la théorie volontariste du contrat les fondements permettant de légitimer la modification du pacte social par la seule majorité des associés (a) et les fondements de la modification unilatérale de la convention en cas de bouleversement des circonstances ayant présidé à sa formation (b).

a- En droit des sociétés

393. Malgré une incompatibilité de principe entre la loi de la majorité et la théorie volontariste du contrat (i), certains auteurs ont cependant tenté de lier loi de la majorité et volonté des associés (ii).

i- L'incompatibilité de principe entre la loi de la majorité et la théorie volontariste

394. La loi de la majorité et le droit privé. A l'égard de certaines sociétés, le législateur a imposé que la modification du pacte social s'opère à la seule majorité des associés[1505]. Si la loi de la majorité puise sa légitimité de sa consécration légale, elle s'accommode cependant mal de la conception classique de l'autonomie de la volonté qui confère toute sa rigueur au principe d'immutabilité contractuelle. Par la suppression de son droit de veto, le minoritaire est placé dans un état d'asservissement vis-à-vis du majoritaire, contraint de subir la modification de ses droits comme celle du fonctionnement de la société[1506]. Partant, la loi de la majorité peine à trouver un fondement légitime[1507] et s'accorde mal avec la théorie générale des contrats[1508]. Non seulement elle porte atteinte à l'application de l'article 1165 du Code civil, mais, surtout, elle heurte de front l'article 1134 du Code civil en imposant aux minoritaires une décision à laquelle ils n'ont pas personnellement consenti[1509]. Et de comprendre que cette mise à l'écart de l'unanimité ait ravivé le débat sur la nature de la société.

395. La loi de la majorité et la théorie institutionnelle. La consécration de la loi de la majorité a largement contribué à conforter le succès des institutionnalistes[1510]. Alors que le contrat suppose que les parties aient précisément énoncé l'étendue de leurs obligations lors de sa

---

[1505] V. *supra*, n° 93.

[1506] A. Constantin, « La tyrannie des faibles, De l'abus de minorité en droit des sociétés », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213, spéc. p. 214 : « *Seul, sans influence ou presque, peu écouté, rarement courtisé (ou alors au rabais), la situation du minoritaire n'est guère enviable. Il est faible* » ; M. Germain, « Rapport général », « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 25, spéc. p. 33 : « *On a en effet l'impression d'un jeu de rôle obligé entre majoritaires et minoritaires, qui réduit les minoritaires à approuver malgré eux la volonté des majoritaires* ».

[1507] F. Terré, « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », in *La loi de la majorité, RJC* 1991, n° spécial, p. 9, spéc. p. 10 : « *La loi de la majorité serait tout aussi contraire à la nature de l'homme qu'à celle des animaux vivant en groupe. Maeterlinck le confirmerait : pas plus dans la vie des abeilles que dans celle des fourmis, on ne se prononce à la majorité. Or il en irait de même, du moins à l'état de nature, dans les sociétés humaines* ».

[1508] F. Terré, art. préc., spéc. p. 22 : « *Sans doute, le droit privé faisait, ça et là, une place aux décisions majoritaires, par exemple au sujet du concordat de faillité ou de la copropriété des navires. On ne les ignorait pas non plus à l'occasion du fonctionnement du conseil de famille. Le phénomène n'en demeurait pas moins exceptionnel* ».

[1509] S. Vaisse, *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967, p. 17 ; en ce sens, v. J. Mestre, « Rapport de synthèse », in *La loi de la majorité, RJC* 1991, n° spécial, p. 138, spéc. p. 139.

[1510] S. Vaisse, *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967, p. 17 : « *on considère généralement que le principal, et peut-être le seul argument fourni à la théorie institutionnelle par le droit positif français, consiste dans les fréquentes utilisations du principe majoritaire dans la société anonyme* ».

formation, il n'y a rien de tel dans l'institution : « *l'élément de consentement est simplement dans l'acceptation du fait de la qualité de membre à l'institution* »[1511]. L'institution implique donc une soumission de ses membres à la réalisation d'un but commun et permet d'imposer aux minoritaires de se plier à la décision majoritaire.

Malgré cela, certains auteurs ont entrepris de justifier la loi de la majorité par la théorie volontariste.

ii- Les tentatives de compatibilité de la loi de la majorité avec la théorie volontariste

396. Face aux incertitudes de la théorie institutionnelle, une partie de la doctrine s'est évertuée à légitimer la loi de la majorité par la théorie de l'autonomie de la volonté.

397. La théorie du mandat. D'aucuns ont d'abord proposé de justifier la loi de la majorité par la théorie du mandat : une personne, le représenté, a la faculté de confier l'administration de ses intérêts à une autre, le représentant. Cette représentation est susceptible de gradations. Elle peut être parfaite. Dans ce cas, la volonté du représentant se substitue à celle du représenté. On peut donc tout à fait convenir que les associés minoritaires ont donné mandat aux associés majoritaires. Pour autant, bien que commode, la théorie du mandat présente plusieurs faiblesses rédhibitoires.

D'abord, aux termes de l'article 1988 du Code civil, le mandat conçu en termes généraux ne peut concerner que des actes d'administration. Or, la diminution des droits ne peut être conçue comme un simple acte d'administration. Partant, seul un mandat exprès déterminant doit pouvoir autoriser la modification.

Ensuite, le mandat implique en principe une manifestation de volonté du mandant. Or, comment considérer que cette dernière existe quand la compétence de l'assemblée générale dans les sociétés de capitaux est d'ordre public[1512] ?

[1511] J.-A. Broderick, « La notion d'institution de M. Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Archives de Philosophie du Droit* 1968, p. 143, spéc. p. 148.

[1512] *Ibid*. ; P. Didier, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements*, *RJC* 1995, n° spécial, p. 74, spéc. p. 76.

Enfin et surtout, la représentation apparaît hors de propos dans la mesure où le majoritaire, présumé représentant, exprime une volonté contraire des minoritaires, présumés représentés. Par la loi de la majorité, le minoritaire est contraint de se soumettre à une volonté qu'il n'a pas exprimée et qui correspond à celle des majoritaires. En conséquence, suivant l'article 2003 du Code civil, son vote exprimant un refus de modification devrait emporter révocation de la procuration donnée par le minoritaire[1513].

En somme, la théorie du mandat ne peut être admise que si la modification porte sur un acte de simple administration[1514] et dans une société dans laquelle les minoritaires ont accepté délibérément de se soumettre à la loi de la majorité[1515]. Le rattachement à la théorie du mandat apparaît bien artificiel dans les autres cas[1516].

398. La théorie du contrat social. D'autres ont encore prétendu que la loi de la majorité pouvait s'expliquer par la théorie du contrat social[1517] : en adhérant au contrat de société, l'associé accepte la loi de la majorité. Certes, le minoritaire n'a pas directement souhaité la modification mais il a accepté de se soumettre à la compétence majoritaire. La Cour de justice des communautés européennes semble d'ailleurs avoir accueilli favorablement cette théorie[1518].

Pour autant, bien que séduisante, elle n'échappe pas davantage à la critique que la précédente. Pour que la volonté des minoritaires vaille véritablement consentement, celui-ci doit porter sur un objet déterminé au sens de l'article 1129 du Code civil. Or, tel n'est *a priori* pas le cas dès lors que son consentement ne porte pas sur une décision particulière mais sur une compétence générale de l'assemblée[1519].

[1513] X. Dupré de Boulois, *Le pouvoir de décision unilatérale*, *Etude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006, p. 179.

[1514] La Cour de cassation s'est d'ailleurs référée à la théorie du mandat concernant une société civile dont la modification portait sur un simple acte d'administration (Cass. civ., 10 mars 1841, Michaud/Mortier, *S*. 1841, 1, p. 358 ; Cass. req., 22 août1844, Grasset/Keramelin, *S*. 1845, 1, p. 210).

[1515] Telles les sociétés civiles ou les sociétés en nom collectif.

[1516] S. Vaisse, *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967, p. 173.

[1517] X. Dupré de Boulois, th. préc., p. 180

[1518] CJCE, 10 mars 1992, P. Duffryn p.l.c/W. Petereit, *Defr*. 1992, p. 1367, note P. Le Cannu, *Bull. Joly soc.* 1992, p. 767, note J.-B. Blaise.

[1519] G. Ripert, « La loi de la majorité dans le droit privé », in *Mél. Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 351, spéc. p. 353 : « *Il ne peut y avoir de contrat que si l'objet du contrat est déterminé. La volonté individuelle ne vaut consentement que si elle s'applique à cet objet déterminé ; elle n'a de valeur juridique que si elle est donnée pour une cause déterminée… La soumission aveugle n'est pas un consentement* » ; *Contra* : R. Granger, *La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions*, thèse Paris, 1950, n° 109-111 : l'auteur évoque deux arguments pour légitimer la théorie du contrat social : d'une part, en adhérant à une société anonyme, l'actionnaire accepte l'ensemble de la réglementation impérative et donc accepte l'obligation

399. La théorie de l'adhésion minoritaire. Proche de la thèse précédente, le Professeur Dominique Schmidt propose celle de l'adhésion minoritaire : la loi de la majorité est légitime car l'associé minoritaire a participé à la formation de la volonté sociale et a également choisi de rester dans la société en dépit de son refus de voter la modification. Ce faisant, à défaut d'avoir accepté à proprement parler la modification, il a implicitement exprimé sa volonté de la subir.

Cette thèse s'expose, là encore, à un certain nombre de critiques. En effet, si le minoritaire demeure libre de quitter la société en cédant ses parts sociales, cette liberté ne se révèle souvent que théorique[1520]. Car, si les clauses d'agrément ne suffisent pas à empêcher le départ de l'actionnaire en cas de refus d'agrément[1521], l'associé se trouve cependant contraint de trouver un cessionnaire, ce qui peut se révéler particulièrement contraignant dans les sociétés non cotées[1522].

400. Au final, il apparaît donc vain de rechercher dans la volonté des associés le fondement d'une dérogation au principe d'immutabilité. Un constat similaire peut être opéré en droit commun des contrats des contrats.

b- En droit commun des contrats

401. A l'instar de ce qui est en matière de société, on ne peut trouver dans la théorie volontariste la justification d'une modification unilatérale du contrat. Ni les vices du consentement (i) ni la *clause rebus sic standibus* (ii) ne sont en effet à même de légitimer la flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle.

---

de se soumettre à la loi de la majorité. D'autre part, cette obligation apparaît comme la conséquence de la nature particulière de cette société. Elle est précisément la conséquence de l'obligation d'*affectio societatis* qui engendre elle-même l'obligation de favoriser la pérennité de la société. La loi de la majorité est précisément nécessaire à cette pérennité ; P. Goutay, « De l'abus de la notion d'intérêt social », *D. Aff*. 1997, p. 877 : pour l'auteur, le consentement de l'actionnaire répond bien aux exigences d'un objet déterminé puisqu'il n'est donné que pour certaines décisions, celles qui ont pour finalité la poursuite du but commun de la société.

[1520] X. Dupré de Boulois, th. préc., p. 183.

[1521] Lorsque pèse sur la société une obligation de rachat.

[1522] V. *supra*, n° 61.

i- Le rejet des vices du consentement

402. L'exigence d'une volonté libre et éclairée. Dans la théorie volontariste, chaque individu étant perçu comme le meilleur juge de ses intérêts, les contractants doivent respecter les engagements qu'ils ont volontairement, et donc librement, souscrits. En conséquence, la survenance d'un bouleversement des circonstances initiales rendant l'exécution difficile pour le débiteur est indifférente. L'écoulement du temps et l'évolution des circonstances ne sont traditionnellement pas de nature à faire fléchir le principe d'immutabilité contractuelle. Dès lors, en l'absence de prévision conventionnelle, une partie ne peut demander à l'autre la révision du contrat quand bien même les prévisions initiales la placeraient dans une situation délicate.[1523].

Toutefois, un consentement donné par erreur, dol ou violence, annihilerait l'effectivité de la volonté et légitimerait le prononcé de la nullité du contrat[1524]. Partant, ne peut-on pas estimer que l'imprévision soit constitutive d'un vice du consentement susceptible de remettre en cause l'immutabilité du contrat ?

403. L'erreur. Régie par l'article 1110 du Code civil, l'erreur constitue le premier vice susceptible de faire fléchir la force obligatoire du contrat. Elle correspond à une représentation inexacte de la réalité. Le contractant, ayant donné son consentement sur la base de certains éléments qui se révèlent erronés, sa volonté est viciée et emporte donc la nullité du contrat. Toutefois, dans un souci de sécurité juridique, les rédacteurs du Code civil ont posé quatre conditions.

En premier lieu, l'erreur doit être excusable. La victime doit donc prendre des précautions élémentaires et s'être informée. Le caractère excusable de l'erreur s'apprécie *in concreto*, en fonction des circonstances de la cause[1525]. Or, puisque par hypothèse, l'imprévision procède de circonstances extérieures au débiteur, cette première condition est *a priori* remplie.

[1523] G. Rouhette, « La force obligatoire du contrat », « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 27, spéc. p. 28 ; G. Piette, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 34, p. 45 : « *Si un contrat est déséquilibré sans qu'un vice du consentement ne soit établi, il faut considérer que le contractant l'a voulu ainsi, et aucun argument ne saurait justifier une intervention du juge* ».

[1524] Articles 1109 et s. du Code civil.

[1525] Les juges prennent en considération l'âge, l'expérience et la profession du demandeur en nullité. La qualité de professionnel ne présume pas *de facto* l'inexcusabilité de l'erreur. V. CA Versailles, 10 février 1994, *D.* 1994, IR p. 102 : en l'espèce, un antiquaire s'était trompé sur l'authenticité d'estampes achetées à un particulier. Toutefois, la

En deuxième lieu, l'erreur doit être commune qui exige que la qualité litigieuse soit entrée dans le champ contractuel. Elle est présumée rapportée lorsque ladite qualité est celle généralement recherchée dans un type de contrat et doit être prouvée lorsqu'elle n'était essentielle qu'aux yeux de l'*errans*. Or, l'équilibre économique de la convention étant susceptible d'être considéré comme une qualité généralement recherchée par tous, cette deuxième condition semble également satisfaite.

En troisième lieu, l'erreur doit être déterminante. Cela signifie que, en principe, sans la commission de cette erreur, l'*errans* n'aurait pas conclu le contrat. La condition semble également remplie puisque le débiteur n'aurait pas conclu le contrat en ayant connaissance du bouleversement de l'équilibre de la convention ou tout du moins pas aux mêmes conditions.

En quatrième lieu, l'erreur implique la preuve d'une croyance erronée. Elle suppose qu'un décalage soit établi entre la croyance de l'*errans* et la réalité au moment de la formation du contrat[1526]. Or, aucune erreur n'existe encore lors de la conclusion du contrat[1527]. Le déséquilibre consécutif à la modification des circonstances est en effet contemporain à l'exécution du contrat[1528]. Par conséquent, si erreur il y a, c'est sur le maintien de cet équilibre dans l'exécution prolongée de la convention. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'une erreur sur le présent mais sur le futur ou l'avenir contractuel. Or, la jurisprudence n'est guère favorable à l'admission d'une telle erreur[1529]. Seule l'existence d'une stipulation expresse dans le contrat permettrait son

---

solution se justifiait par le fait que l'acquéreur était un ami du vendeur et qu'un expert avait déjà certifié l'authenticité ; Cass. civ. 1ère, 14 décembre 2004, *Bull civ*. I, n° 326 *; JCP G* 2005, I, 141 n° 1 obs. Y.-M. Serinet ; *RTD civ*. 2005, 72 obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 3e, 20 octobre 2010, *JCP G* 2011, 63, n°4 obs. Y.-M. Serinet ; *RDC* 2011, 401, obs. C. Grimaldi et, 412, obs. Y.-M. Laithier.

[1526] Cass. civ. 1ère, 26 octobre 1983, *Bull. civ*. I, n° 249, *RTD civ*. 1945, p. 160, obs. J. Mestre.

[1527] L. Thibierge, th. préc., n° 174, p. 110 : « *n'existant que dans le présent contractuel, elle* (l'erreur) *ne saurait répondre à un problème d'avenir contractuel* ». L'auteur opère alors la comparaison avec le droit suisse lequel admet justement « l'erreur sur des faits futurs ». Mais, d'une part, cette erreur est appréciée restrictivement. Elle n'est admise que lorsqu'elle porte sur des « *faits que les deux parties ont considéré comme absolument certains, de telle sorte qu'elles ont fondé leur contrat sur la réalisation de ces faits* » ; d'autre part, même caractérisée, elle entraîne la nullité de la convention et non l'adaptation du contrat ; P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé*, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux, n° 85, p. 62.

[1528] L. Thibierge, th. Préc., n° 176, p. 111.

[1529] CA Paris, 19 janvier 1999, *JCP G* 1999, IV, 1690 : la Cour d'appel a refusé de prendre en consideration l'erreur invoquée par un propriétaire d'un terrain constructible lors de la formation de la vente mais devenu inconstructible par la suite. La Cour d'appel a considéré que le propriétaire devait supporter le risque de la modification (car il n'existait pas de croyance erronée lors de la formation) et, en outre, qu'une telle erreur s'analysait en une erreur sur les motifs considérée comme indifférente.

admission[1530]. La prise en considération de l'erreur suppose donc que les parties aient expressément érigé en condition de leur engagement la stabilité des circonstances.

Enfin et pour finir de se convaincre, quand bien même l'on admettrait l'existence d'une croyance erronée[1531], la demande de modification ne prospèrerait de toute façon pas. En effet, l'erreur doit porter sur la substance même de la chose[1532] qui s'entend comme les qualités essentielles que l'*errans* avait en vue lors de la conclusion du contrat. Or, cette conception ne suffit pas à intégrer l'erreur en cause. L'erreur sur le maintien de l'équilibre économique de la convention s'apparente en définitive à une erreur sur la rentabilité économique[1533] de l'opération fort proche de l'erreur sur la valeur considérée comme indifférente[1534].

404. Le dol. Quant au dol, il ne semble pas pouvoir davantage constituer un fondement efficace pour admettre la révision du contrat devenu déséquilibré. Régi par l'article 1116 du Code civil, le dol suppose qu'une partie ait usé de manœuvres, de mensonges ou de silences pour conduire l'autre à conclure le contrat. Si l'erreur est donc ici provoquée, cela implique de démontrer que le créancier avait connaissance qu'une modification des circonstances surviendrait. Or, l'imprévision suppose justement en principe que le déséquilibre provient de circonstances imprévisibles extérieures aux parties. Il ne peut donc être reproché en principe au créancier d'avoir influé sur l'avènement du déséquilibre ou de s'être tu sur une évolution qui, par définition, était incertaine au moment de la conclusion du contrat.

405. La violence. Régie par les articles 1111 à 1115 du Code civil, la violence semble de prime abord constituer un fondement plus efficace que les deux précédents. Elle se définit en effet comme le fait de susciter ou d'exploiter un sentiment de crainte afin de contraindre une personne à contracter. La violence suppose donc que le consentement n'ait pas été donné de manière libre. La jurisprudence admet néanmoins que la violence puisse procéder non pas d'un individu mais d'évènements ou de circonstances extérieures qui ont déterminé le consentement

---

[1530] Cass. civ. 1ère, 13 février 2001, *Bull. civ*. I, n° 31.
[1531] P. Stoffel-Munck, *op. cit*., n° 85, p. 62 : « *On pourrait alors proposer un aménagement à la théorie de l'erreur et la rattacher à l'imprévision en disant que l'erreur peut être considérée comme initiale dans la mesure où les parties n'auraient pas contracté, du moins dans ces conditions, si elles avaient pu prévoir l'évolution des circonstances* ».
[1532] Article 1110 du Code civil.
[1533] Cass. civ. 3e, 31 mars 2005, *Bull. civ*. III n° 81 ; *JCP G* 2005, I, 194, n° 6, obs. Y.-M. Serinet.
[1534] V. *infra*, n° 430 et 433.

du cocontractant. Pour autant, pour les mêmes raisons que les vices précédents, la violence ne peut être retenue. En effet, si l'état de nécessité est bien constitutif d'un vice de violence, celui-ci doit s'apprécier au moment de la formation du contrat[1535]. Or, l'hypothèse ici abordée de l'imprévision suppose que le bouleversement des circonstances économiques intervienne postérieurement à la conclusion. Par suite, le cocontractant n'a pas pu exploiter ces circonstances afin de lui faire conclure un contrat déséquilibré[1536].

406. La sanction inopportune des vices du consentement. De manière générale, les vices du consentement, seuls aptes à rendre illégitime la volonté donnée à l'acte, ne peuvent constituer des instruments efficaces pour rétablir l'équilibre économique de la convention. Quand bien même les conditions seraient remplies, la caractérisation d'un vice du consentement, quel qu'il soit, emporte la nullité du contrat et ne permet donc pas de procéder à la modification[1537]. Partant, certains auteurs se sont orientés vers une autre voie : l'existence présumée d'une clause *rebus sic standibus* dans le contrat. Cette théorie ne semble cependant pas davantage pouvoir être retenue.

ii- Le rejet de la théorie *rebus sic standibus*

407. Présentation de la théorie. A l'instar de la clause résolutoire, certains auteurs ont fait valoir qu'une clause *rebus sic standibus*, serait tacitement introduite par les contractants dans tous les contrats de longue durée. Il en résulterait qu'en cas de modification des circonstances, la

---

[1535] G. Piette, th. préc., n° 357, p. 194-195.

[1536] En ce sens, v. L. Thibierge, th. préc., n° 186, p. 120 : « *En tant que produit de la crainte illégitime, la violence ne peut s'apprécier qu'au jour où le consentement a été extorqué. Il y aurait peu de sens à prendre en compte une crainte apparue postérieurement à l'échange des consentements. L'article 1112 alinéa 2 du Code civil opine en ce sens, en exigeant que la violence ait été déterminante du consentement* ».

[1537] Sur une critique de la sanction de la nullité, v. C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, préf. Y. Lequette. On peut espérer à ce sujet une plus grande influence du droit européen. En ce sens, v. G. Piette, th. préc., n° 356, p. 194. Les principes européens ou les principes Unidroit admettent la possibilité d'une adaptation judiciaire du contrat en cas de vice du consentement. La jurisprudence admet néanmoins qu'en matière de dol, et particulièrement de dol incident, la sanction puisse résider non pas dans la nullité de la convention mais dans l'octroi de dommages et intérêts. V. Cass. civ. 3e, 16 mars 2011, *Bull. civ*. III, n° 36, *JCP G* 2011, 953, obs. J. Ghestin, *D.* 2012, pan. 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki. Cette solution se justifie par sa nature de délit civil. Pour cette même raison, la même sanction peut être appliquée en matière de violence. V. G. Piette, th. préc., n° 347, p. 189. Les dommages et intérets seraient ainsi une manière de rééquilibrer le contrat.

clause *rebus sic standibus* jouerait à la manière d'une condition résolutoire ou d'un terme extinctif et emporterait la caducité du contrat.

408. Appréciation critique. Aussi séduisante qu'elle puisse paraître, la théorie de la clause *rebus sic standibus* encourt deux principales critiques.

D'une part, prétendre qu'une telle clause correspond à la volonté tacite des contractants est artificiel. Le raisonnement inverse peut tout autant être soutenu[1538]. En effet, il y a fort à parier que si les parties n'ont pas introduit de clause de renégociation, c'est justement parce qu'elles souhaitaient courir le risque de fluctuations économiques et monétaires[1539]. En outre, il n'est pas exclu que les parties aient tout de même conclu l'engagement en ayant connaissance d'une possible modification future des circonstances[1540].

D'autre part, cette théorie souffre du même inconvénient que celui qui affecte la théorie des vices du consentement. Dès lors que l'on confère à la clause *rebus sic standibus* la nature d'une condition résolutoire ou d'un terme extinctif, l'évolution des circonstances devrait emporter l'anéantissement du contrat et non sa modification[1541]. Or, les parties n'ont souvent guère intérêt à l'extinction de leur relation[1542]. A la différence de la force majeure, l'imprévision implique en effet que l'exécution de la convention, bien que contrariée, demeure possible.

[1538] En ce sens, v. P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922, p. 98 ; J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 189, spéc. p. 201-202 : selon l'auteur, la clause *rebus sic standibus* pourrait tout au plus être présumée dans les contrats porteurs d'un intérêt commun mais non dans les contrats d'échange.

[1539] P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé*, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux, n° 89, p. 64 : « *D'une manière générale si l'un des contractants redoute les modifications éventuelles de la conjoncture, l'autre s'en accommode fort bien ; il les souhaite même car elles allègeront sa dette et c'est peut être essentiellement en songeant à leur survenance qu'il a conclu un contrat de longue durée ; il serait donc faux de prétendre que l'insertion de la clause litigieuse est conforme à la volonté commune des parties* » ; A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, n° 255, p. 154 : « *il paraît difficile d'affirmer que les parties, en ne prévoyant pas un évènement perturbateur, ont voulu exprimer leur volonté de ne pas le prendre en considération dès lors qu'il a une influence néfaste sur le contrat* ».

[1540] L. Thibierge, Le contrat face à l'imprévu, Economica, 2011, préf. L. Aynès, n° 209, p. 135.

[1541] L. Thibierge, th. préc., n° 201 et 211, p. 136-137.

[1542] L. Thibierge, th. préc., n° 757, p. 421 : « *dans un contrat de durée, les parties ressentent le plus souvent un vif intérêt commun à la survie du contrat* » car elles « *ont investi du temps, de l'argent, mais aussi une certaine part de leur personnalité* ».

409. Au final, la théorie volontariste semble bien incapable de justifier le fléchissement du principe d'immutabilité contractuelle en droit des sociétés ou en droit commun. La théorie solidariste apparaît à cet égard plus séduisante.

2- Le choix d'un fondement solidariste

410. Admettre qu'il existe dans tout contrat un intérêt ou un objectif contractuel commun permet d'instaurer à la charge des parties une obligation de coopération. Cette dernière implique des parties qu'elles prennent en considération ou en charge les intérêts de leurs cocontractants pendant toute la durée du contrat. Sa reconnaissance permet ainsi d'assouplir le principe d'immutabilité contractuelle dans le contrat de société et dans le contrat de droit commun. Ainsi se trouve justifié le fait que seule la majorité des associés, en charge de l'intérêt des minoritaires, puisse procéder à une modification du pacte social (a) et que le créancier, en charge des intérêts du débiteur, doive accepter de renégocier le contrat en cas de bouleversement des circonstances (b).

a- En droit des sociétés

411. L'obligation de prise en charge des intérêts des minoritaires. Négligeant la particularité du contrat de société relative à l'existence d'un intérêt commun, le Code civil a refusé de tirer les conséquences de son existence sur son régime juridique[1543].

Pourtant, la flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle devient acceptable lorsque l'on envisage le contrat non plus comme le socle d'intérêts opposés mais comme l'expression d'une communauté d'intérêts. La prise de conscience de l'existence d'un intérêt commun dans le contrat de société permet une toute autre compréhension de la loi de la majorité[1544] et crée à la

[1543] A l'origine, aussi bien le Code civil que le Code de commerce prescrivait le principe d'immutabilité du pacte social dans son entier. Seule l'insertion d'une clause permettait d'y déroger et d'adopter la régle de la majorité. V. F. Terré, « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », in *La loi de la majorité, RJC* 1991, n° spécial, p. 9, spéc. 22.

[1544] D. Schmidt, « Exposé introductif », in *La loi de la majorité, RJC* 1991, n° spécial, p. 7, spéc. p. 7 : « *C'est précisément cette communauté d'intérêts de tous les associés qui permet de comprendre le second fondement de la loi de la majorité : les décisions du plus grand nombre ne peuvent préjudicier aux autres membres du groupe, puisque les décideurs poursuivent la même fin que celle poursuivie par leurs associés. Aussi la volonté exprimée par la majorité est présumée, sous la réserve de l'abus, représenter la volonté de tous* » ; F. Terré, art. préc., spéc. 22 :

charge des associés majoritaires une obligation de coopération renforcée avec les minoritaires[1545]. L'enrichissement personnel des associés, dépendant de l'enrichissement de la société, tous les associés (majoritaires ou minoritaires) ont intérêt à faire en sorte que la bonne santé financière de la société subsiste[1546]. Les minoritaires ne doivent donc en principe pas craindre de confier leurs intérêts aux mains des majoritaires et de se soumettre à la décision modificative des statuts prise par les seuls majoritaires : « *le pouvoir y est exercé pour le peuple tout entier, et non dans l'intérêt d'une fraction de celui-ci* »[1547]. Plus qu'une prise en considération, l'obligation de coopération atteint ici son apogée en imposant aux majoritaires une véritable prise en charge des intérêts minoritaires. C'est sur eux que pèse l'accomplissement de l'intérêt des minoritaires et la réussite de l'opération contractuelle.

« *Une communauté d'intérêts, loin de porter atteinte à un principe naturel d'unanimité, contribue de prime abord à le renforcer. Si des créanciers sont solidaires, le lien qui les unit doit empêcher une majorité d'entre eux de porter atteinte au droit de l'un d'eux* » ; en ce sens, v. T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com*. 1984, p. 581, spéc. p. 613 et s. ; T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 130 : « *le droit commun des obligations suffit désormais à expliquer certaines règles qui apparaissent anormales dans la théorie contractuelle classique. La notion de décision d'intérêt commun justifie la modification des statuts à la majorité* » ; J. Mestre, « Rapport de synthèse », in *La loi de la majorité, RJC* 1991, n° spéc. p. 138, spéc. p. 140.

[1545] C. Ruellan, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1997, n° 812, p. 597 : la loi de la majorité « *amène le majoritaire à une prise en compte du minoritaire en respectant son* affectio societatis » ; X. Boucobza, « La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux », in *Mél. AEDBF-France*, 2001, p. 45, spéc. p. 54 : « *Il s'agit pour le majoritaire d'exercer un pouvoir au sens juridique du terme, à savoir prendre une décision dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien* » ; P. Didier, « Théorie économique et droit des sociétés », in *Mél. A. Sayag, Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 227, spéc. p. 239 : « *cette prise en charge se fait tout naturellement dans la mesure où majoritaires et minoritaires ont une communauté structurelle d'intérêts* » ; G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe, La loyauté*, 1997, p. 191, spéc. p. 195 : « *Le principe majoritaire donne certes la possibilité à un groupe supérieur en nombre d'imposer une décision, mais uniquement au terme d'une confrontation loyale qui ne permet pas à ce groupe d'abuser de sa force et d'enfreindre ainsi l'exigence de respecter la bonne foi dans l'exécution du contrat. Au sein d'une société commerciale, cette exigence du respect de bonne foi implique que quiconque exerce un droit propre découlant du contrat de société doit tenir compte des intérêts de ses cocontractants, mais aussi de l'intérêt propre de la société* ».

[1546] P. Didier, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements, RJC* 1995, n° spécial, p. 74, spéc. p. 76 : « *tous les associés participent aux pertes et aux bénéfices, autrement dit aux résultats de la gestion sociale. Ils ont donc tous intérêt à ce que cette gestion soit bonne, qu'elle évite les pertes et réalise des bénéfices. En cherchant à satisfaire leurs intérêts d'associés, les majoritaires cherchent donc aussi,* volens nolens, *la satisfaction des intérêts des minoritaires* » ; D. Schmidt, art. préc., spéc. p. 7 ; S. Vaisse, *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967, p. 95 : la loi de la majorité « *est une représentation légale d'un contractant pour un autre, qui nous paraît explicable justement par l'élément de coopération qui se trouve dans tout contrat, mais se traduit différemment chez chacun…* » ; K. G. Weil, « La protection des associés minoritaires en droit allemand des sociétés à responsabilité limitée », *Rev. soc*. 1993, p. 561, spéc. p. 564 : il existe à la charge des associés « *une obligation de coopération à la gestion sociale, qui doit bénéficier aussi bien aux autres associés qu'à la société elle-même* ».

[1547] Y. Guyon, « La société anonyme, une démocratie parfaite », in *Mél. C. Gavalda, propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 133, spéc. p. 142.

412. Portée générale de l'obligation de prise en charge. Le fait que dans les sociétés de personnes, et notamment les sociétés en nom collectif, l'unanimité demeure le principe pour la modification des statuts ne signifie pas que l'intérêt commun y est réduit et que la coopération y est moins importante. En réalité, l'exigence d'unanimité se justifie par le fort *intuitus personae* de ces sociétés[1548], le nombre souvent plus restreint d'associés, la responsabilité plus importante qu'ils encourent à l'égard des tiers[1549] et l'impossibilité qu'ils ont de se délier sans le consentement de la société[1550]. Preuve en est d'ailleurs que les associés demeurent libres, ici comme ailleurs, de privilégier la loi de la majorité et d'en fixer les modalités de cette majorité[1551]. Seules certaines décisions, parce qu'elles sont considérées comme portant atteinte aux éléments substantiels du pacte social ou affectant les relations personnelles des associés, doivent impérativement être prises à l'unanimité[1552].

413. Appréciation critique. Pour autant, peut-on réellement considérer que les majoritaires ont bien pris en considération l'intérêt des minoritaires, et donc exécuté leur obligation de coopération, dans l'hypothèse où les majoritaires ont, justement, exprimé une volonté contraire[1553] ? La question ne manque pas de pertinence. Il est vrai que, par leur opposition, les minoritaires ont manifesté leurs divergences sur la manière dont la société devait fonctionner et la manière de réaliser l'objet social. Cependant, cela ne signifie pas *de facto* que les majoritaires ont négligé l'intérêt commun. Simplement, ils en font une appréciation autre[1554]. S'il est évidemment spécieux d'affirmer que la décision des majoritaires correspond à la volonté de tous, elle correspond néanmoins à la volonté générale[1555]. L'acceptation de la décision

---

[1548] B. Solle, « Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 40, spéc. p. 41.
[1549] T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com*. 1984, p. 581, spéc. p. 614.
[1550] P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mél. F. Terré*, *L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 635, spéc. p. 642 : l'auteur met en évidence le fait que la consécration de la modification du contrat à la majorité est concomitante à la consécration de la libre cessibilité des droits sociaux.
[1551] B. Solle, art. préc., spéc. 52.
[1552] C'est le cas des décisions de révocation de gérants associés lorsque tous les associés sont gérants ou celles de cession de parts sociales dans les sociétés en nom collectif.
[1553] D. Schmidt, art. préc., spéc. p. 8 : « *L'opposition des minoritaires ne met-elle pas en évidence que la volonté majoritaire n'est autre que celle du plus grand nombre, et non celle de tous ?* ».
[1554] C. Ruellan, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1997, n° 812, p. 597 : « *Si les visions sont différentes, l'intérêt reste le même et doit être défini par tous* ».
[1555] X. Boucobza, art. préc.

majoritaire par le minoritaire n'est que la résultante de son *affectio societatis*[1556]. C'est dire s'il existe bien une réciprocité[1557] dans l'existence de cette obligation de coopération[1558], quand bien même si celle-ci apparaîtrait renforcée du coté des majoritaires.

414. Ainsi, et si l'on s'accorde à reconnaître dans tout contrat une convergence d'intérêts impliquant l'existence d'une obligation de coopération à la charge des parties, il n'y a plus d'obstacle à admettre la flexibilité du principe d'immutabilité hors de la matière sociétaire.

b- En droit commun des contrats

415. L'obligation de prise en charge des intérêts du débiteur. Comme en matière de société, la reconnaissance d'un intérêt commun ou tout du moins d'une convergence d'intérêts en droit commun des contrats permet, là encore, de plaider en faveur d'une flexibilité de l'immutabilité contractuelle. En effet, de la reconnaissance d'une union d'intérêts naît une obligation de coopération qui implique de la part du créancier qu'il prenne en considération les intérêts de son débiteur pour servir leur intérêt commun et, donc, pour pérenniser leur relation contractuelle[1559]. A cette fin, on peut considérer que l'obligation de coopération se mue en obligation de renégocier le contrat devenu déséquilibré suite à un bouleversement des circonstances.

Or, il semble que ce soit bien cette motivation à résonance solidariste qui ait permis à la Cour de cassation de prendre en considération l'imprévision contractuelle. En effet, après avoir longtemps refusé de tenir compte du déséquilibre survenu postérieurement à la formation du contrat, la jurisprudence a finalement assoupli sensiblement sa position dans une série d'arrêts

---

[1556] En ce sens, v. F. G. Trébulle, note sous CA Paris, 5 mars 2002, CA Paris, 30 avril 2002, CA Montpellier, 18 juin 2002, CA Paris, 4 octobre 2002, *Dr. soc*. 2003, comm. 42 : « *L'*affectio societatis *ne comprend pas uniquement la volonté de participer à la société ; il implique aussi le devoir d'accepter la loi sociale et notamment le fait majoritaire* ».

[1557] C. Ruellan, th. préc., n° 812, p. 597 : « *cette nécessaire réciprocité rappelle que majoritaire et minoritaire ont un intérêt commun, la réussité de l'entreprise sociale* ».

[1558] K. G. Weil, art. préc., spéc. p. 565 : « *l'associé minoritaire qui, par son excès de zèle, bloquerait la vie sociale est tout autant susceptible d'être poursuivi pour abus de minorité. De tels agissements seraient constitutifs d'une violation de son obligation de loyauté* ». Cette solution n'est pas propre au droit allemand. V. Y. Guyon, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. soc*. 1989, p. 439, spéc. p. 442 : « *L'*affectio societatis *leur impose de respecter la volonté de la majorité, même s'ils ne la partagent pas* ».

[1559] V. *supra*, n° 354 et s.

qui, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil[1560], ont considéré que le créancier était tenu d'une obligation de renégociation ou d'adaptation du contrat. En cela, elle conforte bien l'idée d'une intensification de l'obligation de bonne foi à la charge des parties permettant de faire fléchir la force obligatoire du contrat[1561].

Dans un premier arrêt, la Cour de cassation a ainsi approuvé la Cour d'appel d'avoir condamné une compagnie pétrolière à verser des dommages et intérêts à son distributeur agréé privé des moyens de pratiquer des prix concurrentiels[1562]. En effet, le distributeur contraint de s'approvisionner exclusivement auprès de la compagnie versait un prix bien supérieur à celui pratiqué par les mandataires de sa cocontractante à l'égard du consommateur final. Pour cette raison, la compagnie, tenue par une obligation de bonne foi, aurait dû proposer à son distributeur une modification des conditions d'approvisionnement prévues au contrat.

La Cour de cassation a, par la suite, réitéré sa position. Un mandataire reprochait ainsi à son mandant de ne pas lui avoir permis de pratiquer des tarifs concurrentiels. Souffrant de difficultés économiques, le mandataire dénonçait les ventes parallèles par des centrales d'achat tolérées par son mandant. La chambre commerciale de la Cour de cassation a alors censuré la décision des juges du fond pour n'avoir pas recherché « *si, informées des difficultés du mandataire en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achat qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits*

[1560] L'article 1134, alinéa 3, du Code civil se révèle être un fondement plus légitime que l'article 1135 du Code civil pour accueillir la demande de révision. Si les notions ont bien une parenté, la confusion ne doit pas être opérée. V. R. Desgorces, *La bonne foi dans le droit des contrats, Rôle actuel et perspectives*, thèse Paris II, 1992, p. 21 et p. 56 : « *l'équité (art. 1135) sert au juge, selon nous, à déterminer l'étendue des obligations des contractants, alors que la bonne foi est déjà dans le contenu du contrat et s'impose aux contractants (art. 1134)* ».

[1561] Certaines juridictions du fond ont elles aussi exprimé leur volonté de s'inscrire dans cette tendance solidariste. En témoigne explicitement un arret de la Cour d'appel de Nancy (CA Nancy, 26 septembre 2007, *D.* 2008, p. 1120, note M. Boutonnet) qui, au visa des articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil, a considéré que les parties étaient tenues de renégocier le contrat devenu déséquilibré par l'effet du changement de législation. Elle a profité de l'occasion pour citer le Professeur Bruno Oppetit et rappelé que « *la doctrine a d'ailleurs donné à l'obligation d'éxécuter les conventions de bonne foi une dimension nouvelle en considérant qu'au-delà des intérêts particuliers de chacun, une recherche de l'intérêt commun (voire du bien commun) doit animer les cocontractants et que l'éthique individualiste doit céder le pas à une justice contractuelle* ».

[1562] Cass. com., 3 novembre 1992, Société française des pétroles BP c/ Michel Huard ; *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *JCP G* 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; *Defr.* 1993, p. 1377, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1993, p. 124, note J. Mestre.

vendus dans le cadre des ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat »[1563].

La Cour de cassation semble encore avoir implicitement confirmé sa position dans un arrêt ultérieur. En l'espèce, une commune avait concédé l'exploitation d'un restaurant d'entreprises à une société laquelle l'avait sous-concédée à une seconde société. Quelques années après, la société concessionnaire avait résilié le contrat, invoquant l'impossibilité économique de poursuivre l'exploitation. Déboutée de sa demande par les juges du fond, la société avait formé un pourvoi en cassation en faisant valoir que les concédants avaient le devoir de mettre leur concessionnaire en mesure d'exécuter le contrat « *dans des conditions qui ne soient pas manifestement excessives pour elle et d'accepter de reconsidérer les conditions de la convention dès lors que, dans son économie générale, un déséquilibre manifeste était apparu* ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que la société concessionnaire n'invoquait pas le refus de renégocier de la commune et de la société un contrat devenu déséquilibré par suite d'un bouleversement des circonstances, mais se contentait de dénoncer « *le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat* » alors que le concessionnaire « *ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, il n'avait pas su apprécier* »[1564]. *A contrario*, ne peut-on en déduire qu'il en aurait été différemment en présence d'un déséquilibre intervenu en cours d'exécution du contrat ? Rien n'est plus douteux[1565].

416. La portée de l'obligation de prise en charge. Porteuses d'espoir, ces solutions ont cependant été diversement interprétées par la doctrine.

D'une part, certains auteurs n'ont pas manqué de souligner que, dans l'ensemble, les espèces dans lesquelles la Cour avait admis l'obligation de renégociation ne faisaient pas

[1563] Cass. com., 24 novembre 1998, M. Chevassus Marche c/ sociétés Groupe Danone, Brasseries Kronenbourg et Eaux minérales d'Evian, *Bull. civ*. IV n° 277 ; *JCP E* 1999, 29, p. 1242, note C. Jamin ; *JCP G* 1999, n° 48, p. 2151, note Y. Picod.
[1564] Cass. civ. 1ère, 16 mars 2004, *Bull. civ*. I, n° 86 ; *D*. 2004, p. 1754, note D. Mazeaud ; *RTD civ*. 2004, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages.
[1565] V. cependant le rapide commentaire d'un conseiller à la Cour de cassation qui conteste l'interprétation solidariste donnée à cet arrêt : O. Renard-Payen, *JCP E* 2004, 737.

véritablement état d'imprévision. En effet, dans la première[1566] comme dans la deuxième espèce[1567], les obstacles rencontrés par les débiteurs dans l'exécution de leur prestation n'étaient pas tant dus à un bouleversement des circonstances économiques qu'au comportement du créancier. En définitive, il n'est donc pas certain qu'à travers ces décisions, la Cour de cassation ait réellement voulu consacrer la théorie de l'imprévision indépendamment de l'attitude du contractant[1568]. Le doute est d'ailleurs d'autant plus permis que la Cour de cassation a ultérieurement, et à plusieurs reprises, refusé la reconnaissance d'une obligation de renégociation en cas de réelle imprévision[1569].

D'autre part, il n'est pas certain que l'obligation de renégociation ait vocation à s'appliquer à tous les contrats. En effet, les particularités des contrats en cause liées au caractère exclusif de l'approvisionnement, à la durée de la relation contractuelle ou encore à l'importance des investissements réalisés par le créancier ont pu influencer la Cour de cassation[1570]. Sans doute était-on en présence de contrats porteurs d'un intérêt commun[1571] justifiant un degré plus élevé de coopération entre les contractants[1572]. Aussi l'idée a-t-elle pu être défendue d'une dichotomie

---

[1566] Cass. com., 3 novembre 1992, Société française des pétroles BP c/ Michel Huard ; *Bull. civ*. IV, n° 338 ; *JCP G* 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; *Defr*. 1993, p. 1377, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ*. 1993, p. 124, note J. Mestre.

[1567] Cass. com., 24 novembre 1998, M. Chevassus Marche c/ sociétés Groupe Danone, Brasseries Kronenbourg et Eaux minérales d'Evian, *Bull. civ*. IV n° 277 ; *JCP E* 1999, 29, p. 1242, note C. Jamin ; *JCP G* 1999, n° 48, p. 2151, note Y. Picod.

[1568] V. not. L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, préf. L. Aynès, n° 348, p. 220 ; J. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation en service extraordinaire », Site internet de la Cour de cassation : « *A défaut d'agissements blâmables de la partie forte, il n'y a pas d'obligation de renégocier le contrat devenu déséquilibré* » ; *Contra* : G. Wicker, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 151, spéc. p. 173 : « *dans la mesure où le juge français tend à admettre une obligation d'adaptation lorsque le changement des circonstances est imputable à l'une des parties, on voit mal comment il pourrait maintenir son refus d'admettre cette obligation lorsque le changement est indépendant de leur volonté* ».

[1569] Cass. civ. 3e, 10 décembre 2003, pourvoi n° 02-14990 : la Cour de cassation a considéré qu'en cas de krach du marché immobilier « *le crédit bailleur, qui n'était pas responsable des difficultés du marché locatif… et qui n'avait fait qu'appliquer les termes du contrat, n'avait pas l'obligation de proposer un protocole modifiant le contrat initial* » ; Cass. civ. 3e, 18 mars 2009, pourvoi n° 07-21260, *RTD civ*. 2009, p. 528, obs. B. Fages.

[1570] C. Jamin, « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit. et patr*. mai 1998, p. 46 : « *La solution n'est peut être pas extensible pour servir de modèle à tous les contrats* ».

[1571] L. Thibierge, th. préc., n° 347, p. 219 ; C. Witz, art. préc., spéc. p. 180 : « *Le contexte particulier des contrats de distribution rend difficile tout élargissement de la portée des arrêts intervenus* » ; M. Malaurie-Vignal, « Solidarisme, distribution et concurrence », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 95, spéc. p. 104 : « *le contrat de distribution est un instrument privilégié de coopération. Chacun agit dans son intérêt et dans celui de l'autre* ».

[1572] En ce sens, v. S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner, n° 453, p. 366-367 : dans le contrat d'intérêt commun (qualifié par l'auteur de contrat-coopération) « *la règle de bonne foi revêt, sous l'effet de la norme de coopération, une portée normative positive.*

entre l'obligation de prise en considération des intérêts de l'autre (aspect minimaliste de l'obligation de coopération) et l'obligation de prise en charge (aspect maximaliste de l'obligation de coopération). Pour cette raison, il existerait une différence de nature entre l'obligation de coopération et l'obligation de renégociation, la première n'impliquant du cocontractant en principe aucune concession particulière, contrairement à la seconde[1573].

En réalité, sans excéder ses limites, l'obligation de renégociation exprime simplement un degré élevé de coopération. Accepter de renégocier revient à tout faire pour rendre la convention effective et à servir les intérêts de son cocontractant pour satisfaire l'objectif contractuel commun[1574]. Dans les deux espèces, l'admission de l'obligation de renégocier permettait de sauvegarder tant les intérêts du créancier que ceux du débiteur[1575]. Il n'y a donc aucune raison valable de situer l'obligation de renégociation hors du champ de l'obligation de coopération. Ces deux obligations ne se distinguent pas tant par leur nature que par leur degré.

Néanmoins, même apparentée à une exigence supérieure de coopération, l'obligation de renégociation doit pouvoir être imposée quel que soit le contrat en cause[1576]. Si l'obligation de

---

Elle signifie que les parties doivent, non seulement exécuter leurs prestations, mais coopérer afin d'assurer la complémentarité dans la perspective du projet commun. L'exigence de coopération impose alors, en toute logique, aux parties d'adapter le contenu du contrat de telle sorte qu'il puisse servir utilement les intérêts économiques des partenaires » ; F. Descorps-Declère, *Pour une obligation d'adaptation des contrats de coopération, contribution à l'étude du contrat évolutif*, thèse Paris I, 2000.

[1573] Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, 3318, n° 2 ; en ce sens, v. D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165, spéc. p. 183.

[1574] Le Professeur Yves Picod, art. préc., spéc. p. 70, admet toutefois le lien étroit qui unit obligation de négociation et obligation de coopération « *l'obligation de négocier apparaît comme le prolongement d'une obligation de coopérer en vue d'aplanir les difficultés ou les obstacles à l'exécution du contrat* » ; P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé*, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux, n° 245, p. 135 : « *L'idée d'imposer aux créanciers une obligation de renégociation peut s'analyser comme une conséquence logique de l'obligation de coopération*…» ; D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47, spéc. p. 53 : « *Cette obligation de renégociation, qui n'emporte pas celle de réviser le contrat, est remarquable car elle illustre la face la plus dynamique de la bonne foi qui se traduit par un devoir de coopération entre les contractants* ».

[1575] J. Hauser, « Rapport de synthèse », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 193, spéc. p. 197 : on pourrait voir dans l'obligation de renégocier les traces du solidarisme « *mais, immédiatement, on voit bien que ce n'est pas pour l'autre qu'on y consentira mais dans son intérêt propre* » ; L. Thibierge, th. préc ;, n° 349, p. 220 ; P. Stoffel Munck, op. cit., n° 148, p. 92.

[1575] L. Thibierge, th. préc., n° 760, p. 423 : « *la relation n'étant profitable que dans la mesure où elle s'inscrit dans la durée, l'intérêt porté à la continuation du contrat commande de rechercher une solution pour surmonter les obstacles imprévus, plutôt que de se résoudre à la force majeure ou à la résiliation anticipée. Cet intérêt n'est nullement contraire à celui, égoïste, propre à chaque partie : chacun maximise son profit en exécutant de bonne foi la convention. Et si, d'aventure, une partie ne voyait pas plus loin que son intérêt immédiat, il appartient alors au juge de faire primer l'intérêt commun poursuivi au moyen du contrat* ».

[1576] L. Thibierge, th. préc., n° 730 et 731, p. 406 et 407 : « *Par le jeu de la force majeure, le créancier ne reçoit en effet ni le paiement prévu, ni de compensation sous forme de dommages et intérêts. Qui plus est, il devra le plus*

renégociation trouve davantage à s'appliquer dans les contrats cristallisés autour d'un intérêt commun[1577], elle doit être généralisée et s'appliquer aux contrats d'échange *stricto sensu*[1578]. La Cour de cassation semble au demeurant en ce sens. Elle a en effet admis en matière de contrat de travail que pesait sur l'employeur une obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi[1579] et ce, alors même que le contrat de travail n'est pas en principe considéré comme un contrat d'intérêt commun[1580].

En réalité, seuls devraient être soustraits du champ d'application de l'obligation de renégociation les contrats qui se concluent et s'exécutent en un trait de temps et les contrats aléatoires. Pour les premiers, la raison en est évidemment que seuls les contrats qui s'inscrivent

---

souvent se procurer la marchandise ou la prestation sur le marché à un prix plus élevé. En d'autres termes, le créancier a tout à perdre avec la force majeure. En acceptant de renégocier le contrat frappé par l'imprévu, le créancier minimise ainsi son préjudice : plutôt que de tout perdre, mieux vaut alors renoncer à une partie de la créance ou à un terme » ; en ce sens, v. P. Stoffel-Munck, *op. cit*., n° 58, p. 48.

[1577] L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, préf. L. Aynès, n° 758 à 760, p. 421 à 423 : « *l'intérêt commun à la poursuite du contrat fait prévaloir la solidité et la pérennité d'un lien singulier sur le jeu mécanique d'obligations abstraites. Il appelle une exigence renforcée de flexibilité, d'adaptabilité face à l'imprévu* ».

[1578] Certains auteurs ont suggéré de limiter l'application de cette obligation de renégociation aux seuls contrats relationnels. V. H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339, spéc. p. 343 : ces contrats seraient particulièrement concernés car constituent « *une source endogène d'imprévision* », mais l'auteur précise p. 362 que « *l'admission de la révision pour imprévision sur le fondement de la bonne foi n'a pas de raison d'être réservée aux seuls contrats relationnels* ». En d'autres termes, il invite la Cour de cassation à se fonder autrement pour n'accueillir que sélectivement la théorie de l'imprévision ; en ce sens, v. C. Boismain, *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005, préf. M. Fabre-Magnan. Or, l'imprécision de la notion de « contrat relationnel » empêche justement de considérer qu'elle puisse servir de référence pour la détermination du champ d'application de cette obligation de renégociation.

[1579] Cass. soc., 25 février 1992, *Bull. civ*. V, n° 122 ; *D*. 1992, p. 390, note F. Défossez ; *RTD civ*. 1992, p. 760, obs. J. Mestre ; Cass. soc., 13 juillet 2010, *Bull. civ*. V, n° 172. Cette obligation prétorienne d'adaptation fondée initialement sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil a, par la suite, fait l'objet d'une consécration légale, d'abord, à l'article L. 932-2 du Code du travail issu de la loi Aubry II du 19 janvier 2000, puis reprise à l'article L. 321-1 du Code du travail issu de la loi du 17 janvier 2002 et désormais prévue à l'article L. 6321-1 du Code du travail qui dispose que « *l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail* ».

[1580] C. Radé, « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 75, spéc. p. 77 : « *A s'en tenir à une approche rapide des relations professionnelles, salariés et employeurs ne se situeraient pas naturellement dans une perspective de concorde mais s'affronteraient pour la satisfaction de leurs propres intérêts* » et p. 79 : « *Au sein de l'entreprise, les salariés et les employeurs poursuivent des buts souvent opposés, les premiers cherchant à améliorer leur situation dans l'entreprise alors que ces derniers tentent de dminuer le coût social de production* ». Si la jurisprudence a explicitement fondé le devoir d'adaptation à la charge de l'employeur sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, certains auteurs ont proposé d'autres fondements. Madame Cécile Martin le justifie *via* la théorie des risques : A.-C. Martin, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, 2009, préf. D. Ferrier, n° 172, p. 99 : « *Plus que l'exécution du contrat de bonne foi, il s'agit au travers de l'imposition de ce devoir, d'une manifestation supplémentaire du fondement des règles légales de l'imputation des risques. L'employeur, désigné par la loi en tant que destinataire de l'imputation des risques de l'entreprise, doit, parce qu'il recueille le profit, supporter tous les risques* ». L'auteur propose d'étendre ce raisonnement hors du contrat de travail.

dans la durée peuvent être frappés d'imprévision[1581]. Pour les seconds, la solution ne s'en justifie pas moins : puisque les parties ont accepté le risque qu'un évènement ultérieur modifie l'équilibre initial de la prestation, l'aléa chasse l'imprévision[1582].

Enfin, de par l'interprétation *a contrario* de l'arrêt de la chambre commerciale du 16 mars 2004[1583], l'obligation de renégociation ne serait mise en œuvre que lorsque le déséquilibre serait contemporain à l'exécution du contrat. Si la Cour de cassation a en effet refusé l'existence d'une obligation de renégociation, c'est en raison du déséquilibre structurel invoqué. Or, le déséquilibre structurel sort du cadre de l'imprévision pour intégrer celui de la lésion. Aussi semble-t-il pertinent d'opérer une dichotomie entre le déséquilibre contemporain de la formation du contrat, pour lequel la coopération ne permettrait pas de faire fléchir le principe d'immutabilité par les parties, et le déséquilibre contemporain de l'exécution du contrat, pour lequel la flexibilité pourrait autoriser une renégociation du contrat. Alors que le déséquilibre structurel résulte de la négligence du contractant qui a mal estimé ses intérêts, le déséquilibre contemporain de l'exécution du contrat n'est en effet d'aucune façon imputable au débiteur. Comme en matière de force majeure, on ne peut reprocher au contractant de ne pas avoir prévu l'imprévisible. Par conséquent, dès l'instant où l'accomplissement de la prestation demeure possible, la renégociation permet de garantir le succès de l'opération contractuelle et doit, pour cette raison, être encouragée.

417. La nature de l'obligation de prise en charge. Si la Cour de cassation n'a pas pris soin de définir les modalités de cette obligation de renégociation, il semble raisonnable de penser que le créancier n'est tenu qu'à une obligation de moyens[1584]. Au reste, c'est la solution retenue par les principes du droit européen des contrats[1585]. Précisément, seule constituerait une obligation de résultat, l'obligation de se rapprocher en vue d'une modification des termes du

---

[1581] C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 661, spéc. p. 669 : « *l'imprévision se manifeste au moment de l'exécution, elle se traduit par une inadéquation entre les clauses consenties* ex ante *et les circonstances de leur mise en œuvre. Elle n'a donc pas de pertinence pour le contrat spot, là où formation et exécution coïncident* ». Toutefois, certains contrats, bien qu'à exécution instantanée, peuvent être frappés d'imprévision dans le cas où l'exécution des obligations est différée par les parties.

[1582] P. Stoffel-Munck, *op. cit*., n° 78, p. 57 ; L. Aynès, L'imprévision en droit privé, RJC 2005, p. 397, spéc. p. 402.

[1583] V. *supra*, n° 415.

[1584] L'obligation de coopération est elle-même présentée comme une obligation de moyens. V. Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, I, 3318, n° 20.

[1585] C. Witz, « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 175, spéc. p. 183.

contrat initial. En revanche, l'obligation de renégociation ne contraindrait pas le créancier à parvenir à un accord. L'obligation serait donc considérée comme exécutée dès lors que le créancier aurait accepté et réalisé un véritable effort de renégociation[1586]. Cela implique du créancier « *des actes et une attitude. Des actes : émettre et recevoir des propositions, faire connaître sa réaction et l'expliquer, informer. Une attitude : se prêter loyalement à ce dialogue, c'est-à-dire sans duplicité et sans tactique dilatoire, avec l'intention d'aboutir à un accord* »[1587]. L'obligation de renégocier devrait donc être considérée comme inexécutée lorsque le créancier propose des prix bien supérieurs à ceux du marché[1588], ou lorsque celui-ci refuse une proposition raisonnable du débiteur[1589].

418. L'avenir de l'obligation de prise en charge. Dans une décision ultérieure, la Cour de cassation a cependant substitué au fondement de la bonne foi celui de la cause pour remédier au déséquilibre contractuel survenu lors de l'exécution du contrat. En effet, une société d'exploitation de chauffage (Soffimat) avait conclu un contrat d'une durée de douze ans portant sur la maintenance de deux moteurs d'une centrale de production de co-génération moyennant une redevance annuelle forfaitaire. La société cocontractante (SEC) avait assigné la société d'exploitation de chauffage pour que soient effectués les travaux de maintenance prévus dans le contrat. La Cour d'appel de Paris avait accueilli la demande et condamné la société à effectuer lesdits travaux de maintenance pour les motifs suivants. D'abord, le contrat n'était pas dépourvu de cause lors de la conclusion du contrat. Ensuite, la disposition contractuelle invoquée aux fins de caducité du contrat concernait les conditions de reconduction du contrat au-delà de son terme. Enfin, la force majeure ne pouvait résulter de la rupture d'équilibre entre les obligations des parties tenant au refus de la société créancière de renégocier le contrat. La Cour de cassation a cassé et annulé la décision de la Cour d'appel au visa de l'article 1131 du Code civil : « *sans rechercher comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment*

[1586] L'avant-projet de réforme du droit des obligations va en ce sens, v. D. Fenouillet, « Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un entre-deux perfectible », *RDC* 2006, p. 67 et s.

[1587] L. Aynès, « L'obligation de renégocier », *RJC* 1999, n° 23 et 24, p. 18 ; en ce sens, v. Y. Lequette, « De l'efficacité des clauses de Hardship », in *Mél. C. Larroumet*, Economica, 2010, p. 267, spéc. p. 277 : « *il ne s'agit pas de requalifier l'obligation de renégociation en une obligation de résultat, mais de faire en sorte qu'elle soit traitée, à l'égard de celui qui bénéficie du déséquilibre, comme une véritable obligation de moyens plutôt que comme un engagement potestatif* ».

[1588] En ce sens, v. Y. Lequette, art. préc., spéc. p. 278.

[1589] Y. Lequette, art. préc., spéc. p. 278 ; B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974, p. 794, spéc. p. 807.

le coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant payé par la société SEC, de rééquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de la signature du contrat en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC exigeait l'exécution, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale »[1590]. Dans cette décision, la Cour de cassation estime que la rupture de l'économie du contrat du fait de l'évolution des circonstances prive le contrat de cause. Or si la solution présente l'avantage de mettre fin aux incertitudes que laisse planer l'obligation de prise en charge ou de renégociation[1591], elle implique de prononcer la caducité du contrat. Or, sauf à ce que l'imprévu soit considéré comme dirimant[1592], ou que l'attitude des contractants révèle une coopération future impossible[1593], il semble toujours préférable de sauvegarder la force obligatoire du contrat.

Toutefois, que l'on se fonde sur l'obligation de coopération ou sur la cause, il n'est de toute façon pas opportun d'admettre de manière inconditionnelle la modification du contrat en cours d'exécution.

B- LA FLEXIBILITÉ CONDITIONNÉE PAR LA PRÉSERVATION DE L'INTÉRÊT OU DE L'OBJECTIF COMMUN

419. Si l'obligation de coopération fondée sur l'article 1134 du Code civil peut permettre le développement de l'unilatéralisme pour garantir l'efficacité durable du contrat, la flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle doit être encadrée. Il n'est en effet pas question d'admettre n'importe quelle modification du contrat. La préservation de la sécurité juridique s'y oppose. La flexibilité ne doit ainsi être admise qu'autant qu'elle permet de sauvegarder l'intérêt ou l'objectif contractuel commun, que ce soit en droit des sociétés (1) ou en droit commun des contrats (2).

[1590] Cass. com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-67369 ; *D.* 2010, p. 2485, note T. Genicon, *D.* 2010, p. 2481, note D. Mazeaud ; *JCP G* 2010, 1056, note T. Favario.

[1591] V. à ce sujet les propositions formulées par Y. Lequette, art. préc.

[1592] L. Thibierge, th. préc., n° 769 et s., p. 426 et s. : l'auteur distingue trois types d'imprévus : « *l'imprévu indifférent, qui n'appelle aucune sanction juridique, l'imprévu menaçant, qui nécessité une réponse juridique imminente, et enfin l'imprévu dirimant, celui contre lequel on ne peut plus rien* ».

[1593] P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 267, p. 143 : « *si l'attitude du débiteur n'est pas coopérative, il ne sert à rien de vouloir à tout prix maintenir la convention, même modifiée, car l'*affectio contractus *a disparu et c'est vers un échec annoncé que l'on se dirige si l'on poursuit les négociations* ».

1- En droit des sociétés

420. La sanction de la violation de l'intérêt commun. Dans le contrat de société, l'exécution de l'obligation de coopération par les majoritaires est appréciée à l'aune de l'intérêt commun[1594]. La flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle n'est légitime qu'autant que l'unilatéralisme a favorisé l'intérêt de tous les associés et non seulement celui des seuls majoritaires[1595]. En effet, s'il existe un intérêt commun aux associés, il ne doit pas faire oublier que les associés sont également animés d'intérêts divergents. Dès lors, le juge se doit de vérifier que les majoritaires ont bien pris en considération l'intérêt commun lors de la délibération. La décision prise par les majoritaires dans leur seul intérêt constitue une violation de leur obligation de coopération qui doit être sanctionnée[1596].

421. Les fondements. Le droit des sociétés possède des instruments propres permettant de préserver la communauté d'intérêts des associés et de sanctionner l'exécution défectueuse de l'obligation de coopération.

En premier lieu, l'abus de majorité constitue un remède curatif efficace qui permet d'annuler la décision qui a été prise « *contrairement à l'intérêt général et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité* ». A l'aune de cette formule prétorienne désormais constante, on comprend alors que deux éléments doivent être cumulativement rapportés pour sanctionner les majoritaires : l'atteinte à l'intérêt général, qui peut être assimilé à celui de la société[1597], et l'atteinte à l'intérêt commun. La seule atteinte à l'intérêt

---

[1594] La Cour d'appel de Bruxelles (CA Bruxelles, 13 janvier 1971, *RCJB* 1973, p. 260, note Y. Schoentjes-Merchiers) a expressément affirmé que toutes les sociétés étant constituées dans l'intérêt commun des parties, c'est par rapport à cette finalité que la bonne foi devait être mise en œuvre.

[1595] P. Didier, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements*, *RJC* 1995, n° spécial, p. 74, spéc. p. 76-77.

[1596] En ce sens, v. Comm. Bruxelles (12e ch.), 22 juin 1992, *RPS* 1993, p. 36 : « *les décisions de l'assemblée générale ne peuvent violer la bonne foi inhérente à tout contrat, mais s'inspirer au contraire de l'intérêt commun des parties associées est indiscutable et qu'on ne peut sacrifier l'intérêt particulier d'un associé sans porter atteinte à la volonté expresse ou présumée des signataires du pacte social* ».

[1597] V. la remarque formulée par A. Bennini, « L'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 155, spéc. p. 158, note de bas de page n° 9 : « *La chambre commerciale fait appel dans l'arrêt Piquard, à la notion d'intérêt général de la société au lieu et place de la notion d'intérêt social. Par cette précision terminologique, la chambre commerciale tente de contourner les controverses doctrinales relatives au contenu de la notion d'intérêt social* ».

des minoritaires est donc en principe insuffisante à caractériser l'abus[1598]. Il faut, de surcroît, que soit démontrée l'atteinte à l'intérêt social pour prétendre à l'octroi des dommages et intérêts[1599] et à l'annulation de la décision litigieuse[1600]. Par conséquent, si l'abus de majorité contribue à préserver l'intérêt des minoritaires, l'analyse de ses critères révèle l'imperfection de la protection[1601].

En second lieu, il est possible de trouver dans l'article 1844-10 du Code civil le fondement textuel d'une sanction en nature de l'obligation de coopération[1602] : « *la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou l'une des causes de nullité des contrats en général* ». Or, précisément, l'article 1833 du Code civil fait de l'intérêt commun un critère essentiel du contrat de société et, en cela, constitue une disposition impérative. Aussi est-il possible de déduire que toute décision prise contrairement à l'intérêt commun peut encourir la nullité sans qu'il soit nécessaire de caractériser en supplément la contrariété à l'intérêt social[1603].

Toutefois, ce fondement spécifique apparaît en réalité superfétatoire. En effet, le droit commun possède déjà un fondement légal adéquat permettant de sanctionner les majoritaires qui n'ont eu égard qu'à leurs seuls intérêts au détriment de ceux des autres. *De lege ferenda*, l'article 1134, alinéa 3, du Code civil prétend constituer le fondement naturel de la violation de l'intérêt commun[1604]. Or, on l'a dit, l'associé majoritaire, qui a voté sans prendre en considération l'intérêt

---

[1598] M. Lathelize-Bonnemaizon, « Bilan et perspective du devoir de loyauté en droit des sociétés », *LPA*, 23 juin 2000, n° 125, p. 7, spéc. p. 10.

[1599] L'octroi de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil suppose que les minoritaires assignent non pas la société mais les majoritaires eux-mêmes. V. M. Lathelize-Bonnemaizon, art. préc., spéc. p. 10.

[1600] Il ne s'agit pas d'un cas d'école. Le Professeur Dominique Schmidt (De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, I, 48, p. 535, spéc. p. 536) donne l'exemple de la fusion entreprise en 1989 entre les sociétés Gefina et Epeda Bertrand Faure, la première détenant 77,8% du capital de la seconde. Partant, l'opération modifiait la structure financière de la filiale absorbante dont l'endettement consolidé passait de 1 milliard de francs à 3,1 milliards après. Or, l'absorption de la société mère n'a pas été jugée contraire à l'intérêt de sa filiale alors qu'elle n'était pas conforme à l'intérêt commun puisque les minoritaires de celles-ci devaient supporter la prise en charge par leur société des dettes de l'absorbée. La décision, bien que conforme à l'intérêt social, portait donc atteinte à l'intérêt commun. Elle n'a cependant pas pu être remise en cause sur le fondement de l'abus de droit.

[1601] V. *infra*, n° 511 et s.

[1602] En ce sens, v. M. Lathelize-Bonnemaizon, art. préc., spéc. p. 9.

[1603] D. Schmidt, « Les associés et les dirigeants sociaux », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. V. Magnier, p. 11, spéc. p. 14 : « *l'article 1844-10 du Code civil prévoit la nullité des actes et délibérations pris en violation de l'article 1833. La nullité sanctionne la décision prise sous l'emprise d'un conflit d'intérêts parce que ce conflit viole le fondement même de la société, qui est la communauté d'intérêts des associés* ».

[1604] En ce sens, v. M. Lathelize-Bonnemaizon, art. préc., spéc. p. 13 ; J. Paillusseau, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big bang du droit des sociétés », *D.* 1999, p. 333 ; la Commission bancaire et financière Belge citée par G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe*,

des minoritaires, a méconnu son obligation de coopération[1605] dont on a démontré qu'elle n'était elle-même qu'un dérivé de l'obligation de bonne foi[1606]. En revanche, compte tenu de l'article 1844-10 du Code civil, il n'est pas certain que la violation de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil puisse être sanctionnée par la nullité de la décision[1607]. Les minoritaires pourront simplement prétendre à l'obtention de dommages et intérêts ou à se retirer de la société[1608]. Il s'agit donc sans doute là d'un regrettable inconvénient attaché au jeu de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil.

422. Comme en droit des sociétés, la préservation de l'intérêt commun délimite la flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle en droit commun des contrats.

Bruxelles, Larcier, 1997, p. 198, spéc. p. 199 : « *La poursuite de l'intérêt commun est de l'essence même du lien juridique unissant les associés et circonscrit par conséquent leur droit. La société demeure, entre associés, un contrat soumis aux principes généraux régissant les obligations contractuelles. Si certains associés détournent à des fins personnelles les pouvoirs octroyés par le pacte social pour prendre des décisions, certes conformes à l'intérêt de la société, mais préjudiciables à leurs coassociés, ils violent l'obligation légale de bonne foi qui doit toujours dominer leurs rapports avec ces derniers et l'article 1833 du Code civil* » et p. 209 : « *La bonne foi impose aux associés de s'inspirer, dans tous les actes sociaux, de l'esprit fraternel censé présider à la conclusion du contrat de société et de bannir les tendances qui les pousseraient à exploiter leurs prérogatives d'associés pour s'arroger des avantages personnels au détriment des intérêts de leurs coassociés ou de ceux propres de la société* ».

[1605] H. Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p. 273 : l'auteur confirme qu'est bien caractérisée une violation de l'obligation de loyauté lorsqu' « *une personne use de son influence ou de ses relations pour favoriser des intérêts particuliers, et surtout les siens propres, au détriment de l'intérêt d'autrui, alors qu'elle était, de par sa position, tenue à l'impartialité ou obligée de servir les intérêts qu'elle a trahis* » ; en ce sens, v. B. Feugère, « Le devoir de loyauté en droit des affaires, Exposé introductif », in Colloque du 28 octobre 1999 sous la présidence de P. Bézard, *Gaz. Pal.* 2000, p. 2110, spéc. p. 2111 : « *La loyauté implique le respect du contradictoire, l'absence de conflits d'intérêts, la confidentialité et le secret professionnel sans lesquels on ne peut faire œuvre de justice* ». En réalité, cependant, plus que l'obligation de loyauté (qui suppose en principe un comportement passif), c'est l'obligation de coopération qui est ici méconnue.

[1606] V. *supra*, n° 362 et s.

[1607] *Contra* : M. Lathelize-Bonnemaizon, « Bilan et perspective du devoir de loyauté en droit des sociétés », *LPA*, 23 juin 2000, n° 125, p. 7, spéc. p. 11 : « *On trouvera un autre avantage au fondement contractuel du devoir de loyauté dans la mesure où ce dernier offre la possibilité au juge de sanctionner autrement que par l'octroi d'une réparation pécuniaire. Le juge pourra effectivement décider d'annuler la décision prise ou la convention passée en violation de l'obligation d'exécuter le contrat social, ce qui satisfera amplement les demandeurs en justice lésés par le comportement déloyal et évitera d'avoir à évaluer un préjudice difficilement déterminable* ».

[1608] Dans certaines législations, la violation de l'obligation de coopération peut même aboutir à l'exclusion de l'associé majoritaire. Cette exclusion est autorisée par exemple en droit allemand. Elle constitue toutefois une mesure exceptionnelle. Elle se trouve subordonnée à l'existence d'un motif grave et à l'existence d'une clause statutaire prévoyant par exemple le rachat forcée des parts. V. K. G. Weil, « La protection des associés minoritaires en droit allemand des sociétés à responsabilité limitée », *Rev. soc.* 1993, p. 561, spéc. p. 565.

2- En droit commun des contrats

423. Dichotomie entre bouleversement et modification des circonstances. En droit commun, la flexibilité doit également être encadrée. La préservation de la sécurité juridique justifie en effet de ne pas ouvrir la porte à toute modification du contrat en cours d'exécution[1609]. Il convient de soumettre l'exécution de l'obligation de renégociation à deux conditions cumulatives. D'une part, l'obligation de renégociation ne doit être mise en œuvre que lorsque l'évènement à l'origine de la modification des circonstances se révèle imprévisible[1610]. D'autre part, la demande de modification unilatérale du contrat ne doit être admise, là encore, qu'autant qu'elle permet de sauvegarder l'objectif ou l'intérêt contractuel commun[1611]. Partant, il est impossible d'admettre que la modification puisse être sollicitée pour n'importe quel déséquilibre, quel que soit le contrat en cause. C'est dire s'il importe de tracer des frontières entre la simple modification des circonstances et le bouleversement des circonstances.

La simple modification doit l'emporter lorsque les circonstances nouvelles n'ont pas suffisamment affecté les termes de l'échange. Dit autrement, le déséquilibre ne permet pas la modification du contrat. En revanche, il y a bouleversement des circonstances lorsque les termes de l'échange se trouvent substantiellement affectés[1612]. Tel sera le cas lorsque l'existence de l'intérêt commun ou de l'objectif commun se trouvera remise en cause, c'est-à-dire lorsque le contractant victime de la modification des circonstances perdra tout intérêt à la poursuite du

---

[1609] En ce sens, v. F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de Philosophie du Droit* 1999, p. 259, spéc. p. 273, note de bas de page n° 81 : « *il est important que cette solidarité n'entraîne pas automatiquement une modification du contrat, ce qui de façon regrettable affecterait la sécurité des transactions* » ; R. Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ*. 1907, p. 245, spéc. p. 246 et 247.

[1610] En ce sens, v. Y. Picod, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57, spéc. p. 73 : « *l'évènement générateur de l'obligation… doit être anormal en ce sens qu'il doit avoir échappé aux prévisions raisonnables et à l'action des parties* » ; L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, préf. L. Aynès, n° 538 et s., p. 316 et s. La même condition est également requise en droit administratif. V. A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, *Fasc. 70 : Durée dans les contrats*, in *J-Cl. Contrats-Distribution*, 2007, n° 128.

[1611] En ce sens, v. Y. Picod, art. préc., spéc. p. 73 : « *Le changement des circonstances doit avoir provoqué un véritable bouleversement de l'économie du contrat* ».

[1612] En ce sens, v. C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 661, spéc. p. 670 : « *L'importance du déséquilibre se mesure donc non pas à ses causes, mais par ses effets sur l'équilibre du contrat* » ; L. Aynès, L'imprévision en droit privé, *RJC* 2005, p. 397, spéc. p. 401-402.

contrat[1613]. L'avant-projet de réforme du droit des obligations abonde en ce sens[1614]. En somme, la violation de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil ne sera sanctionnée que lorsque le créancier aura refusé de renégocier le contrat qui, par suite du changement des circonstances, se sera retrouvé dépourvu de tout objectif ou de tout intérêt commun[1615].

424. En définitive, la modification unilatérale du contrat n'est hérésie que dans une conception anachronique du contrat. En effet, dès lors que l'on privilégie une conception renouvelée du contrat placée sous le sceau de la coopération, la loi de la majorité ou la modification unilatérale du contrat n'apparaissent plus comme un procédé anti-contractuel[1616].

Un raisonnement proche peut également être adopté lorsque le juge procède à une modification du contrat qui, dès sa conclusion, accuse un déséquilibre flagrant.

§2 LA FLEXIBILITE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITE CONTRACTUELLE PAR LE JUGE

425. L'opération contractuelle ne peut être considérée comme accomplie qu'autant que l'intérêt commun et l'objectif commun contractuel se trouvent accomplis. C'est à cette condition que l'on peut considérer que l'objet du contrat est réalisé. Or, susceptible de priver une partie de tout intérêt à l'opération envisagée, le déséquilibre contractuel présent dès la formation du contrat

---

[1613] Il est possible pour le droit français de s'inspirer de la théorie allemande du fondement contractuel. En d'autres termes, l'obligation de renégociation doit naître « *lorsque les circonstances constituant le fondement du contrat ont radicalement changé après la conclusion de celui-ci, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause* ». V. P. Ancel et R. Wintgen, « La théorie du fondement contractuel (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *RDC* 2006, n° 3, p. 897 et s.

[1614] Article 1135-1 de l'avant-projet : « *les parties sont encouragées à stipuler des clauses de renégociation de leur contrat pour le cas où il adviendrait que par l'effet des circonstances l'équilibre initial de leurs prestations fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une des parties* » et article 1135-2 de l'avant-projet : « *A défaut de pareille clause, hypothèse qu'on ne saurait négliger, la partie qui perd son intérêt au contrat peut demander au juge, le président du tribunal de grande instance, qu'il ordonne la négociation salvatrice* ».

[1615] Tel est cependant le cas lorsque la disproportion entre les prestations réciproques est devenue excessive. Les Principes du droit européen des contrats vont en ce sens (art. 6.111 (2)) : si l'exécution du contrat devient *onéreuse à l'excès* pour une partie, elles sont tenues de négocier en vue d'adapter le contrat.

[1616] S. Vaisse, *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967, p. 268 : « *si ce régime n'est pas entièrement contractuel, il n'est jamais anti-contractuel, si du moins on accepte d'assouplir quelque peu la notion de contrat élaborée au XIXe siècle sur la base d'un subjectivisme excessif* » ; D. Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 8, spéc. p. 9 : « *on ne peut toutefois nier que l'immutabilité du contrat fait désormais partie de notre mythologie contractuelle et que la volonté unilatérale est parfois dotée d'une influence sur la vitalité et la pérennité du lien contractuel* ».

peut compromettre son succès. Il apparaît dès lors opportun de procéder à un rééquilibrage du contrat.

Même si le droit français refuse en principe de tenir compte de la lésion[1617], l'obligation de coopération peut servir de fondement à une certaine immixtion judiciaire dans la loi des parties. En effet, la partie qui a conclu un contrat déséquilibré a nécessairement pris en considération ses seuls intérêts et méconnu son obligation de coopération. En conséquence, le juge doit pouvoir rétablir l'équilibre contractuel (A) sans pour autant sacrifier l'intérêt ou l'objectif contractuel commun (B).

A- LA MECONNAISSANCE DE L'OBLIGATION DE COOPERATION : FONDEMENT DE LA FLEXIBILITE

426. L'obligation de coopération peut constituer le fondement juridique de la réécriture du contrat par le juge en droit des sociétés (1) et en droit commun des contrats (2).

1- En droit des sociétés

427. L'existence d'un fondement spécifique. En droit des sociétés, l'article 1844-1 du Code civil dispose qu'il appartient au juge de réputer non écrite la clause qui attribue tous les bénéfices ou toutes les pertes à un associé ou qui exclut un associé de la totalité des bénéfices ou des pertes[1618]. C'est donc le législateur lui-même qui autorise le juge à s'immiscer dans le pacte social pour rétablir l'équilibre contractuel. La disposition connaît une portée générale[1619] et permet au juge de corriger le déséquilibre[1620]. Le recours au droit commun des contrats aurait cependant tout autant permis la suppression de la clause léonine.

[1617] J. Mestre et A. Laude, « L'interprétation active du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9.

[1618] Ces clauses dites léonines se révèlent en pratique difficiles à déceler car rédigées avec subtibilité mais dont l'effet indirect est de prémunir l'associé contre les aléas de la société. V. V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, préf. C. Saint-Alary-Houin, n° 341 et s., p. 312 et s. ; H. Le Nabasque et M. Barbier, « Les clauses léonines », *Dr. soc., Actes pratiques* 1996, p. 1, spéc. p. 3.

[1619] A. Couret, « Groupements de moyens et pactes léonins », *Bull. Joly soc*. 1992, § 343, p. 1057, spéc. p. 1058.

[1620] F.-X. Lucas, *Fasc. 15-30 : Théorie des bénéfices et des pertes.- Clauses léonines*, in *J-Cl soc. Traité*, 2012, n° 9 : « *L'application de la prohibition aux sociétés sans personnalité morale est au demeurant pleinement justifiée, dès lors que la prohibition des clauses léonines relève de l'aspect contractuel, et non institutionnel, de la société* ».

428. Les fondements potentiels de droit commun. L'intervention judiciaire aurait d'abord pu solliciter l'article 1131 du Code civil qui dispose que « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* ». En effet, l'associé, qui s'attribue tous les bénéfices et retire par suite aux autres associés tout espoir d'enrichissement, supprime de la sorte la cause de leur obligation[1621]. Toutefois, le recours à l'article 1131 du Code civil encourt deux inconvénients. D'une part, il ne permet pas de sanctionner l'associé qui s'est préservé de toute perte à partir du moment où les autres associés perçoivent leur part dans les bénéfices[1622]. D'autre part, il interdit de procéder au rééquilibrage judiciaire du contrat. En effet, l'engagement sans cause est frappé de nullité. En conséquence, instrument de justice contractuelle, la cause n'autorise pas traditionnellement la réécriture judiciaire du contrat[1623].

L'article 1134, alinéa 3, du Code civil semble en revanche pouvoir constituer un fondement au rééquilibrage du contrat. On l'a vu, plus qu'une obligation de loyauté, l'article 1134, alinéa 3, du Code civil crée une véritable obligation de coopération à la charge des parties que l'on a traditionnellement traduite par la notion d'*affectio societatis* en matière de société. Dès lors, peut-on considérer que l'associé qui s'est garanti contre tout risque de perte a, de la sorte, manifesté son refus de collaborer à l'aventure sociale[1624] ? C'est probable. L'*affectio societatis* emporte en effet une obligation d'accepter les risques inhérents à la société[1625]. En témoigne

---

[1621] En ce sens, v. T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 61 : « *L'intérêt commun reflète ainsi la cause de l'engagement de l'associé. Celui-ci réalise un apport à la société en vue de participer au partage des bénéfices sociaux. S'il en est exclu du fait d'une stipulation contractuelle, son engagement devient sans cause* » ; A. Couret, art. préc., spéc. p. 1058 ; F.-X. Lucas, art. préc., n° 8 ; R. Secnazi, *Le contrat léonin*, thèse Paris I, 2000, n° 224 ; J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis, n° 508, p. 357 : « *les alliés ne peuvent jamais stipuler une clause léonine, car celle ci altère la cause de l'obligation d'un allié au point que sa relation avec les autres alliés ne soit plus une relation d'alliance mais d'échange* » ; F. Chénedé, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, Economica*, 2008, préf. A. Ghozi, n° 304, p. 285 : « *la prohibition des clauses léonines n'est que la transposition au contrat de société, de l'exigence de la cause (article 1131 du Code civil)* » ; H. Le Nabasque et M. Barbier, art. préc., spéc. p. 5 : « *Si la stipulation est nulle, c'est donc parce qu'elle surpprime sans cause (art. 1131 du Code civil), la vocation d'un associé ou de plusieurs à un traitement égalitaire* ».

[1622] Sauf à considérer que la cause de l'obligation des associés réside de manière générale dans la vocation aux résultats, c'est-à-dire les bénéfices aussi bien que les pertes. V. R. Secnazi, th. préc., n° 224.

[1623] *Contra* : G. Piette, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 495 et s., p. 258 et s.

[1624] En ce sens, v. J. Hamel, « L'*affectio societatis* », *RTD civ*. 1925, p. 761, spéc. p. 775 : « *Volonté d'union, volonté d'accepter délibérément certains risques, ce sont là, semble-t-il, les deux éléments dont la juxtaposition constitue l'*affectio societatis » ;

[1625] S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner, n° 335, p. 250 : « *En matière de contrat-partage, on doit considérer que le contrat est commutatif lorsque les parties ont connaissance de la proportion des résultats à laquelle elles auront droit en contrepartie de leurs apports. Certes, elles ne peuvent pas encore connaître le montant des avantages qu'elles recevront car celui-ci dépendra des résultats de leur union. Cependant, et c'est là l'essentiel, les parties savent déjà que si leur activité commune est profitable, elles recevront une fraction déterminée des bénéfices : 1/3, ¼, la moitié, etc… Pour autant,*

l'article 1832 du Code civil qui met à la charge de chaque associé une obligation de contribuer aux pertes. C'est d'ailleurs précisément ce degré supplémentaire de solidarité qui différencie le contrat-organisation du contrat-échange d'intérêt commun et impose, par suite, un degré supplémentaire de coopération[1626]. Il en résulte que celui qui refuse d'encourir le moindre risque dénature le contrat de société et refuse de collaborer à l'aventure sociale[1627]. Il doit alors être sanctionné en procédant au besoin à un réquilibrage judiciaire du contrat. Partant, il est possible de concevoir une extension de la prohibition des clauses léonines à d'autres contrats-organisation tels que les groupements d'intérêt économique[1628].

Un raisonnement analogue peut être tenu en droit commun lorsqu'une clause déséquilibre manifestement un contrat synallagmatique.

2- En droit commun des contrats

429. Si la flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle est traditionnellement condamnée par les volontaristes (a), elle est, en revanche, promue par les solidaristes comme sanction de l'obligation de coopération (b).

a- Le refus de la flexibilité par les volontaristes

430. Les raisons. Le Code civil n'exige aucun équilibre contractuel[1629] : « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes* »[1630]. C'est

---

si en principe, les contrats de type synergique ne revêtent pas à proprement parler un caractère aléatoire, il n'en demeure pas moins que l'aléa les habite. Ces contrats forment des obligations qui ne sont que les moyens de concourir à une exploitation commerciale dont les résultats sont, par hypothèse, aléatoires » ; Le Doyen Joseph Hamel, art. préc., spéc. p. 771, considère lui aussi que la société ne peut pas être classée dans la catégorie des contrats aléatoires mais pour une raison différente : la classification des contrats aléatoires serait réservée à la catéorie des contrats synallagmatiques.

[1626] Pour une approche similaire, v. T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581 : c'est l'intérêt commun qui justifie une collaboration égalitaire des associés et, donc, la prohibition des clauses léonines.

[1627] En ce sens, v. A. Couret, art. préc., spéc. p. 1058 : « *La disposition exonérant un associé de toute participation aux pertes n'est-elle pas contraire à l'*affectio societatis, *au* jus fraternitatis, *caractéristiques nécessaires de la société quoique non requises expressément par un texte ?* » ; G. Ripert et R. Roblot cité par F.-X. Lucas, art. préc., n° 3 : la clause léonine « *aurait dû être condamnée s'il n'y avait pas eu une interdiction légale, car elle est inconciliable avec le dessein que se proposent les parties en contractant* ».

[1628] F.-X. Lucas, art. préc., n° 9.

[1629] E. Demontès, « Théorie de la lésion dans les contrats », in *Mél. H. Capitant*, Vaduz, 1977, p. 171 et s.

[1630] Article 1118 du Code civil.

dire si la lésion[1631] ne constitue pas une cause générale de nullité[1632] et si le juge n'est pas autorisé par le législateur à procéder à la modification d'un contrat même manifestement conclu déséquilibré[1633]. Présumés libres et égaux par les tenants de l'autonomie de la volonté, les contractants sont seuls capables d'apprécier leur intérêt de façonner l'équilibre de leur relation[1634].

431. Appréciation critique. Dès lors que l'on prend conscience de l'existence des rapports inégalitaires et de l'inaptitude des parties à défendre leurs intérêts[1635], le principe doit évidemment être inversé : le contrat est soumis à un risque de déséquilibre[1636]. En effet, si le déséquilibre est de l'essence de certains contrats, tels les contrats conclus à titre gratuit[1637], les contrats dits synallagmatiques commutatifs ont en revanche vocation à créer des obligations réciproques et équivalentes. Or, il est devenu banal de dénoncer la complexification des produits et des services, le développement de la société industrielle et l'accroissement des inégalités

---

[1631] G. Chantepie, *La lésion*, LGDJ, 2006, préf. G. Viney : « *la lésion est le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles*.

[1632] En 1804, le Code civil n'admettait la lésion que dans deux contrats seulement, en matière de partage (art. 887, alinéa 2) et en matière de vente immobilière (art. 1674). Il admettait également la lésion à l'égard des mineurs non émancipés et, sous certaines conditions, des mineurs émancipés (art. 1305). Le législateur a progressivement étendu la liste des contrats pouvant être rescindés ou révisés.

[1633] J. Mestre et A. Laude, « L'interprétation active du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9 et s. : le juge n'est pas autorisé à dénaturer un contrat dont les stipulations sont claires et précises. Ce n'est qu'en présence d'une ambiguïté contractuelle qu'il est tenu d'interpréter la volonté des parties. Le juge n'est toutefois pas libre dans son interprétation. Il est tenu de se référer aux directives d'interprétation qui figurent dans le Code civil et doit en priorité rechercher l'intention commune des parties.

[1634] G. Piette, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 15, p. 31 : « *Le contrat ayant été voulu par ses auteurs, il est difficilement concevable qu'il puisse être préjudiciable pour l'un des contractants* ».

[1635] E. Agostini, « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice », *D*. 1994, chron. p. 235, spéc. p. 235-236 : « *Les hommes ne naissent égaux ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en talents. Les hasards et les évènements mettent encore entre eux des différences. Ces inégalités qui sont l'œuvre de la nature entraînent nécessairement celles que l'on rencontre dans la société* ». Au vrai, si les inégalités ont toujours existé (la société de l'Ancien Régime était fondamentalement inégalitaire), les inégalités se sont accentuées notamment avec la pratique des contrats types véritables. Cette intensification des inégalités a participé à la prise de conscience d'une inadaptation de la théorie volontariste à la réalité contractuelle.

[1636] P. Puig, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 93, spéc. p. 101 : « *le développement du contrôle de proportionnalité dans le contrat est directement lié à l'admission de l'inégalité entre les contractants* ».

[1637] V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, préf. C. Saint-Alary-Houin ; J.-M. Guéguen, « Le renouvellement de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D*. 1999, chron. p. 352, spéc. p. 352 : « *L'idée d'équilibre dans le contrat, l'expression de justice, n'a de sens que dans les contrats synallagmatiques commutatifs à titre onéreux car eux seuls sous-tendent la réciprocité des prestations* ». Cette dernière affirmation est cependant partiellement exacte. En témoigne le contrat de société qui n'est pas un contrat synallagmatique.

contractuelles[1638]. En conséquence, ne doit-on pas contraindre la partie forte à prendre en considération les intérêts de son cocontractant afin de préserver l'intérêt ou l'objectif contractuel commun[1639] ? Sans aucun doute[1640]. Partant, le juge devrait être autorisé à rétablir l'équilibre contractuel rompu[1641].

b- L'admission de la flexibilité par les solidaristes

432. L'obligation de coopération, fondement potentiel. La création d'une obligation de coopération à la charge des parties autorise l'immixtion du juge dans le contrat. A partir du moment où l'on admet que la coopération, comme la bonne foi, doit irriguer le contrat dès sa formation, l'immixtion du juge s'en trouve justifiée. La jurisprudence semble abonder en ce sens[1642]. De par la consécration d'une obligation générale précontractuelle d'information et l'admission de la réticence dolosive, la jurisprudence a explicitement confirmé sa volonté de renforcer l'exigence de coopération lors de la formation du contrat[1643]. Aussi le pas doit-il être

---

[1638] G. Raymond, « Solidarisme contractuel en droit de la consommation », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 107.

[1639] F. Collart-Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 225, spéc. p. 240 : « *La liberté contractuelle est un principe essentiel et qui bien sûr doit demeurer. Mais il s'applique dans un contexte d'égalité des contractants et sous la réserve, pour chacun d'eux, de ce minimum de fraternité dont témoigne la prise en considération de l'intérêt de l'autre dans la détermination du contenu équilibré du contrat… Le principe d'égalité domine tout notre droit… entre associés et entre contractants… La fraternité donne une valeur positive à cette forme particulière du lien social qu'est le contrat. N'ayons pas peur du mot ni de sa connotation morale et posons déjà qu'elle suppose pour le moins la bonne foi dans les comportements, la recherche de l'équilibre dans les obligations ou avantages mutuels et l'absence d'abus dans les pouvoirs que le contrat donne à un contractant. C'est au nom de ce même principe que l'absence d'abus de pouvoir devrait être une règle pour les contrats comme elle l'est en droit de la concurrence ou en droit des sociétés* ».

[1640] En ce sens, v. G. Piette, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 108, p. 81 : « *Le contrat gravement déséquilibré est un contrat malade, qui, à terme, est menacé. Le contractant qui souffre du déséquilibre ne pourra généralement pas exécuter le contrat intégralement et convenablement. Ce dernier finira son existence de manière anticipée et pathologique, par une action en justice du créancier, visant au prononcé de l'exécution forcée ou à l'octroi de dommages et intérêts, qui ne sont finalement satisfactoire pour personne* ».

[1641] L. Weiller, « Processualisation et force obligatoire du contrat », *in* Regards comparatistes sur le phénomène contractuel, PUAM, 2009, p. 157, spéc. p. 157 ; F. Eudier, « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 225, spéc. p. 227 : « *lorsque l'une des parties est dans la dépendance de l'autre, le contenu du contrat n'est plus toujours le fruit d'une libre négociation. L'égalité juridique des contractants devenant alors une fiction en présence d'une inégalité économique flagrante, il convient de prendre en compte la réalité des faits en procédant à un rééquilibrage du contrat* ».

[1642] P. Mistretta, « L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive », *LPA*, 5 juin 1998, n° 67, p. 4.

[1643] La jurisprudence refuse néanmoins de faire peser sur l'acquéreur une obligation d'information sur la valeur de la chose. V. Cass. civ. 1ère, 3 mai 2000, *Bull. civ*. I, n° 131 ; *D*. 2002. somm. p. 928, obs. O. Tournafond. Et peu importe

franchi pour considérer que la partie, en situation de supériorité qui conclut délibérément un contrat fortement déséquilibré, a méconnu son obligation de coopération et, à titre de sanction, légitimer la réécriture judiciaire du contrat[1644]. Davantage que le bras armé du législateur, le juge devient alors le promoteur d'une certaine justice contractuelle[1645].

433. Les applications jurisprudentielles. Le droit positif s'inscrit parfaitement dans cette nouvelle compréhension du rapport contractuel. Ainsi, dès la fin du XIXème siècle, la jurisprudence s'est arrogé le pouvoir de réécrire certains contrats légalement formés mais jugés déséquilibrés, sur le fondement des articles 1135 et 1134, alinéa 3, du Code civil. Aussi a-t-elle accepté à plusieurs reprises de procéder à la réduction des honoraires d'un avocat, d'un mandataire, d'un notaire, d'un architecte, d'un banquier, d'un médecin, d'un conseil en organisation ou en gestion, d'un expert comptable, d'un détective, d'un généalogiste[1646] ou encore de réduire le prix des cessions ministérielles considéré comme excessif[1647]. Quant au législateur, il a poursuivi l'œuvre de la jurisprudence en santionnant les clauses abusives. Consacrée pour la première fois par la loi Scrivener du 10 janvier 1978[1648] puis modifiée par la loi du 1er février 1995[1649], la législation sur les clauses abusives permet au juge de corriger le déséquilibre contractuel en réputant non écrite toute clause déséquilibrante stipulée en faveur du

---

que l'acquéreur soit professionnel : Cass. civ. 3e, 17 janvier 2007 ; *Bull. civ.* III, n° 5 ; *D.* 2007, 1051, note D. Mazeaud.

[1644] En ce sens, v. F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de Philosophie du Droit* 1999, p. 259, spéc. p. 270 : « *l'article 1134 al. 3 convie le juge à rechercher dans la notion morale de la bonne foi les devoirs qui doivent accompagner l'exécution du contrat, et éventuellement à sanctionner leur inexécution. Ainsi se fait la transformation du devoir de coopération en obligation juridique pr le processus qui consiste d'une part à découvrir un devoir et d'autre part à sanctionner ou à prévoir une sanction pour son inobservation* ».

[1645] J.-P. Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle, A propos de l'arrêt Chronopost », *JCP G* 1998, I, doct. 152, p. 1315, spéc. p. 1315 : « *le fondement de la force obligatoire du contrat ne doit pas être recherché dans le dogme de l'autonomie de la volonté, mais dans la justice contractuelle qui impose de ne tenir juridiquement valables que les conventions ne présentant pas un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations réciproques* ».

[1646] En réalité, ces différentes hypothèses se situent aux frontières de la lésion et de l'imprévision car « *si les honoraires sont fixés lors de la conclusion du contrat… le contrat n'est affecté par le déséquilibre que postérieurement à sa conclusion* ». V. G. Piette, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 83, p. 69.

[1647] V. cependant Cass. civ. 1ère, 7 décembre 2004, pourvoi n° 01-10271, *RDC* 2005, n° 3, p. 681, note D. Mazeaud : « *S'appliquent aux cessions d'offices publics ou ministériels les règles de droit commun de la vente mobilière qui n'admettent pas la révision du prix* ».

[1648] Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

[1649] Loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

professionnel au détriment du consommateur[1650]. La sanction n'est pas sans rappeler celle choisie par le législateur en droit des sociétés[1651] et apparaît d'autant plus efficace que le professionnel ne peut se soustraire à ses obligations et doit donc poursuivre le contrat sans la clause, quand bien même celle-ci aurait été déterminante de son engagement[1652]. La jurisprudence n'a pas hésité à prendre le relais en dehors du champ du droit de la consommation pour sanctionner les clauses abusives dans les contrats bancaires, d'assurance et de transport en décidant que « *la clause limitative de responsabilité qui contredit la portée de l'obligation essentielle doit être déclarée non écrite* »[1653]. La sanction judiciaire ne surprend pas. Promettre une chose et son contraire revient à refuser de coopérer. D'autres décisions ont annulé des contrats dont l'une des prestations était jugée dérisoire et les privait alors de cause[1654]. C'est cette fois la disproportion économique qui révèle une mauvaise exécution de l'obligation de coopération et justifie la sanction judiciaire.

434. La cause : fondement inadéquat. Le fondement retenu dans nombre de ces espèces appelle cependant l'attention. En effet, plutôt que de se fonder sur l'article 1134, alinéa 3, du

---

[1650] Article L. 132-1 du Code de la consommation : « *Les contrats conclus entre les professionnels et les non-professionnels ou consommateurs sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat* ». Avant même qu'il y soit autorisé par la loi du 1er février 1995, le juge s'est même reconnu le droit de sanctionner le caractère abusif d'une clause. V. Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, *Bull. civ*. I, n° 153 ; *JCP G* 1991, II, 21763, note G Paisant ; *RTD civ*. 1991, p. 526, obs. J. Mestre.

[1651] Jean Foyer avait proposé en 1977 lors du débat sur la consécration des clauses abusives de retenir l'appellation de « clauses léonines ». Cela témoigne indéniablement de l'influence qu'exerce le droit des sociétés sur le droit commun des contrats.

[1652] Pour une vision approchante, v. G. Raymond, « Solidarisme contractuel en droit de la consommation », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 107, spéc. p. 113 : « *Reconnaître l'existence de clauses abusives, c'est vouloir redonner au contrat l'équilibre détruit par l'exercice d'un pouvoir abusif du professionnel dans sa relation au consommateur. En déclarant la clause abusive non écrite, le juge sanctionnera le professionnel de l'abus qu'il a commis soit en raison de sa puissance économique, soit en raison de sa meilleure connaissance des affaires* ».

[1653] Cass. com., 22 octobre 1996, *Bull. civ*. IV, n° 261 ; *JCP E* 1997, 924, note K. Adom ; *JCP G* 1997, II, 22881, note D. Cohen.

[1654] La Cour de cassation a admis, sur le fondement de la cause, la nullité d'un contrat d'approvisionnement exclusif car, au regard de l'engagement d'exclusivité souscrit pour une durée de cinq ans par le distributeur, l'avantage procuré par le fournisseur était jugé dérisoire. Certes, en l'espèce, la cause du distributeur dans sa conception classique existait. Elle résidait dans l'obtention et la garantie d'un prêt de 40.000 francs. Mais, cette contrepartie se révélait très insuffisante par rapport à la prestation à laquelle il était lui-même tenu : Cass. civ. 1ère, 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-14285 ; *Defr*. 1998, art. 36860, p. 1040, obs. D. Mazeaud ; Cass. com, 8 février 2005, *Bull. civ*. IV, n° 21 ; *RDC* 2005, p. 684, note D. Mazeaud.

Code civil, la jurisprudence choisit de solliciter l'article 1131 du Code civil. De là, certains auteurs voient dans la cause la proclamation d'un nouvel instrument de justice commutative[1655].

D'une part, dans toutes ces espèces, la cause de l'obligation telle que classiquement conçue existait mais se révélait disproportionnée au regard de la prestation fournie.

D'autre part et surtout, les magistrats prennent quelques libertés avec la traditionnelle sanction de l'absence de cause pour lui préférer la révision du contrat. Cela se justifie aisément. En adoptant une attitude incohérente, le contractant n'a pas œuvré au succès de l'opération contractuelle. Ce faisant, il a agi en violation de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, disposition qui seule permet de fonder la réécriture judiciaire du contrat[1656]. Pour cette raison, la subjectivisation de la cause apparaît comme un détour inutile.

435. En définitive, l'obligation de coopération à la charge des parties ne conforte-t-elle pas le changement de devise contractuelle[1657] ? A la célèbre formule de Fouillée, « *qui dit contractuel, dit juste* », se substitue désormais peut-être celle du Professeur Denis Mazeaud, « *qui dit proportionnel dit juste* »[1658]. Ce serait cependant aller trop loin. L'enthousiasme jurisprudentiel en faveur de l'admission d'un principe de proportionnalité ne doit pas créer l'illusion. L'heure n'est pas à la célébration d'un principe général de modification pour lésion, mais plus modestement à une correction des déséquilibres qui empêchent la réalisation de l'objet du contrat.

[1655] J.-M. Guéguen, art. préc. ; J.-P. Chazal, art. préc.

[1656] Contrairement à la cause, la bonne foi ne connaît pas de sanction spécifique. On peut donc admettre que le juge choisisse librement la sanction à adopter. V. M. Billiau, « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXIe siècle », *in Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 119, spéc. p. 127.

[1657] J.-J. Barbiéri, *Vers un nouvel équilibre contractuel, Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution des contrats*, thèse Toulouse, 1981 ; S. Legac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, préf. H. Muir Watt.

[1658] D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117, p. 12 ; A. Benabent, « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 14 : en quelques années, « *le juge civil s'est doté de puissants moyens d'intervention et surtout a changé d'état d'esprit envers l'économie du contrat, remplaçant un respect dévot par un contrôle activiste de sa légitimité* ».

B- UNE FLEXIBILITE CONDITIONNEE PAR LA PRESERVATION DE L'INTERET OU DE L'OBJECTIF COMMUN

436. Si l'on admet que le juge peut se fonder sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil pour rétablir l'équilibre de la convention, il n'est pas question d'admettre son ingérence permanente dans la sphère contractuelle. Là encore, l'impératif de sécurité juridique commande, tant en droit des sociétés (1) qu'en droit commun des contrats (2), de ne sanctionner que les déséquilibres manifestes qui empêchent l'accomplissement de l'intérêt ou de l'objectif contractuel commun auquel est précisément assujettie l'obligation de coopération.

1- En droit des sociétés

437. Une immixtion judiciaire limitée. En matière sociétaire, l'immixtion du juge se trouve limitée à un double égard.

En premier lieu, l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil ne laisse pas au juge le choix de la sanction à adopter : la clause jugée léonine doit être réputée non-écrite[1659]. Le juge ne dispose donc pas de la faculté d'anéantir la société. En cas de clause jugée abusive, c'est l'article 1844-1, alinéa 1, du Code civil qui trouve à s'appliquer lequel prévoit une répartition proportionnelle des bénéfices en fonction du nombre de droits sociaux détenus. La sanction doit être approuvée[1660]. Elle permet en effet de préserver la force obligatoire du contrat de société et du contrat d'apport et de sanctionner la partie qui n'a eu d'égard qu'à ses seuls intérêts et qui se trouve contrainte de poursuivre le contrat.

En second lieu et surtout, le juge ne dispose pas de la faculté d'intervenir quand il le souhaite. Il n'est en effet habilité par le législateur à modifier la convention que lorsque l'intégralité des bénéfices ou des pertes a été octroyée à un associé au détriment des autres. La

---

[1659] L'article 1844-10 du Code civil est explicite à ce sujet. Il dispose que « *La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dipositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1er, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. Toute clause contraire à une disposition impérative du présent titre, dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite* ». L'ancienne formulation adoptée par l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 (abrogé par l'Ordonnance 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce) était plus explicite encore puisqu'elle diposait que « *la nullité de la société ne peut non plus résulter de la nullité des clauses prohibées par l'article 1844-1 du Code civil* ».

[1660] La solution est cependant discutée par certains auteurs. V. A. Couret, « Groupements de moyens et pactes léonins », *Bull. Joly soc*. 1992, § 343, p. 1057, spéc. p. 1057. « *Ne peut-on pas, dans certains cas, lorsque la clause a été la cause impulsive et déterminante du contrat, aller jusqu'à l'annulation du contrat lui-même ?* ».

simple disproportion entre les bénéfices perçus et la part détenue dans le capital social ne suffit pas à autoriser son intervention[1661]. Cette limite se justifie dans une double mesure.

438. Les raisons. Tout d'abord, elle garantit la préservation de la liberté contractuelle et de la sécurité juridique[1662]. Le pacte social doit en effet demeurer un acte de prévision que le juge ne saurait trop facilement trahir[1663]. La disproportion n'apparaît d'ailleurs pas nécessairement injuste. Certains associés s'investissant davantage dans la société, il peut sembler naturel de rompre l'égalité arithmétique et de récompenser les associés actifs par l'octroi de droits financiers supplémentaires[1664].

Ensuite et surtout, rappelons que la mise en œuvre de l'obligation de coopération doit être appréciée à l'aune de l'intérêt commun. Aussi l'obligation de coopération de l'associé ne doit-elle être considérée comme inexécutée que lorsque la clause litigieuse a eu pour effet de porter atteinte à l'intérêt commun[1665]. Or, dès l'instant qu'un associé se voit attribuer une part dans les bénéfices, même si celle-ci n'est pas proportionnelle à la part qu'il détient dans le capital social, il tire bien avantage du contrat de société. Partant, l'intérêt commun s'en trouve préservé et, par suite, le succès de l'opération contractuelle garanti. La justice distributive à laquelle se trouve soumis le contrat de société n'impose pas une répartition proportionnelle mais simplement que chacun participe au partage[1666].

De la même manière, est-il possible d'expliquer l'interdiction d'octroyer à un associé la totalité des pertes. L'associé qui, dès la formation du contrat, s'exonère de toutes les pertes et

---

[1661] La lésion n'est prise en considération à titre exceptionnel que dans deux types de sociétés. D'une part, dans les sociétés constituées en vue de l'attribution d'immeubles aux associés par fractions divises, dans lesquelles la lésion du plus d'un quart permet à l'associé victime du de la lésion d'obtenir du juge le remboursement ou le paiement contre les associés avantagés (article L. 212-5 du Code de la construction et de l'habitation). D'autre part, dans les cheptels à moitié dans lesquels les associés sont contraints par la règle de partage par moitié (article 1819, alinéa 2 et 3, du Code civil). Dans toutes les autres sociétés, l'intervention du juge est subordonnée à l'existence d'un déséquilibre flagrant.

[1662] A. Couret, « Groupements de moyens et pactes léonins », *Bull. Joly soc*. 1992, § 343, p. 1057, spéc. p. 1057 : « *Le simple déséquilibre ne saurait suffire : un certain absolutisme dans l'excès est nécessaire pour que la qualification* (de clause léonine) *soit retenue* » ; F.-X. Lucas, *Fasc. 15-30 : Théorie des bénéfices et des pertes.- Clauses léonines*, in *J-Cl soc. Traité*, 2012, n° 13 : « *Il s'agit donc, ici comme ailleurs, de laisser s'épanouir la liberté contractuelle, tout en la contenant dans des limites, ici relativement lâches, de l'ordre public* ».

[1663] P. Rémy, « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 3, spéc. p. 10.

[1664] P. Puig, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 93, spéc. p. 99.

[1665] D. Schmidt, « De l'intérêt commun des associés », *JCP G* 1994, I, 3793 : « *C'est l'exigence de l'intérêt commun qui condamne la clause léonine par laquelle un associé est privé de toute part dans les bénéfices ou exonéré de toute contribution aux pertes* ».

[1666] B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 434, p. 351.

refuse ainsi de participer aux aléas de l'aventure collective manifeste son refus de collaborer en négligeant l'intérêt de ses coassociés et donc l'intérêt commun. Là encore, l'associé exonéré de ses pertes sera moins disposé à s'investir dans la société que celui qui encourt le risque de perdre son apport. Dès lors qu'il prend un risque de perte, même minime, il sera plus enclin à mettre tout en oeuvre pour que l'aléa social ne se réalise pas en sa défaveur.

2- En droit commun des contrats

439. Une limite opportune. Comme en matière de société, la coopération contractuelle a pour but de faciliter l'accomplissement de l'intérêt ou de l'objectif commun. Pour autant, si le juge peut intervenir pour sanctionner l'inexécution de l'obligation de coopération, il ne peut intervenir pour corriger n'importe quel déséquilibre[1667]. Il en va là encore de la préservation de la sécurité juridique[1668]. Les parties doivent pouvoir compter sur la prévisibilité de leur accord. Partant, la correction judiciaire du contrat n'est légitime qu'autant que l'intérêt ou l'objectif commun est annihilé par l'existence du déséquilibre. Il en résulte que seul un déséquilibre qui prive une partie de tout intérêt au contrat peut autoriser l'immixtion judiciaire[1669]. La jurisprudence semble abonder en ce sens.

440. Une limite appliquée par le juge. En premier lieu, elle refuse d'annuler un contrat dont l'intérêt ou l'objectif contractuel commun n'est pas atteint par le déséquilibre. La Cour de cassation avait pourtant semblé un temps admettre le contraire dans le fameux arrêt Point Club vidéo. En l'espèce, un couple avait conclu avec une société un contrat de location de cassettes et de création d'un point vidéo. Or, l'exploitation du commerce dans une agglomération de 1314 habitants s'était révélée être un échec. Comme la Cour d'appel, la Cour de cassation avait fait droit à leur demande et considéré que « *l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les*

[1667] Y. Neveu, « Le devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle », *Gaz. Pal.* 2000, p. 2112 et s. : « *le contrat révisé n'a plus de contrat que le nom et c'est au milieu de ces décombres que vient s'établir la réglementation du juge… nous devons cependant reconnaître que le contrôle de la morale contractuelle par le juge est utile et correspond à un besoin contemporain. Toutefois, ce contrôle doit demeurer mesuré à peine de ruiner la sécurité des contrats* ».

[1668] F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil, *Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 304 : « *admettre une remise en cause du contrat au prétexte d'une inégalité des prestations, ce serait ouvrir la voie à des contestations sans fin et ruiner la sécurité juridique* ».

[1669] J. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation en service extraordinaire », Site internet de la Cour de cassation.

parties était impossible ». Il convenait alors d'annuler « *la convention pour absence de cause dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes* ». A suivre la Cour de cassation, l'économie du contrat, c'est-à-dire le but commun de la convention, résidait dans la diffusion des cassettes qui, parce que impossible, privait le contrat de cause. Or, en réalité, l'objectif commun de ce contrat-échange *stricto sensu* résidait dans la réalisation de la première location. La cause de l'obligation du preneur existait donc et permettait au contrat de conserver son utilité. En décider autrement reviendrait à mettre à la charge du cocontractant bailleur une véritable obligation de prise en charge des intérêts du preneur qui le conduirait à devoir se renseigner sur la viabilité du projet poursuivi par son cocontractant[1670]. Or, si une telle prise en charge aurait pu se justifier dans un contrat d'intérêt commun, elle ne pouvait être imposée pour un contrat-échange *stricto sensu* comme le contrat de bail[1671]. Pour l'ensemble de ces raisons, on ne peut donc que se réjouir de la décision ultérieure de la Cour de cassation qui, à l'occasion de faits similaires, a refusé d'annuler le contrat sur le fondement de la cause[1672] au motif que « *la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre* »[1673]. La solution ne souffre donc plus la discussion. Que ce soit sur le fondement de la cause ou sur celui de l'obligation de bonne foi ou de coopération, il n'est pas question de s'immiscer dans le contrat dès lors que l'objectif ou l'intérêt commun contractuel se trouve sauvegardé.

En second lieu, la jurisprudence n'accepte de réputer non écrite la clause d'un contrat non consumériste qu'à la condition que celle-ci ait porté atteinte de manière substantielle à une obligation essentielle. La Cour de cassation l'a affirmé explicitement : « *seule est réputée non*

[1670] Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, 3318, n° 22 : « *La vocation du droit n'a jamais été et ne doit surtout pas devenir de transformer les agents juridiques en incapables majeurs* » et n° 25 « *le profane ne saurait rester passif sous le seul prétexte qu'il est présumé ignorant… L'obligation d'informer s'arrête là où commence l'obligation de se renseigner…* » ; J. Moury, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D*. 2000, p. 382, spéc. p. 382 : « *Le manque de clairevoyance, une excessive confiance dans la conjoncture, voire la négligence, deviennent aussi facteurs d'anéantissement du contrat au bénéfice même de l'auteur de ces coupables manquements* ». Rares sont d'ailleurs les auteurs qui ont apprécié la position adoptée par la Cour de cassation dans cet arrêt. Pour une critique positive de la solution, v. cependant P. Delebecque, note sous Cass. civ. 1ère, 3 juillet 1996, *Defr*. 1996, n° 17, p. 1015.

[1671] Pour une analyse approchante, v. S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner, n° 205 et 206, p. 146 et s., spéc. n° 206, p. 148 : dans un contrat-échange *stricto sensu* « *à défaut de stipulation expresse, on ne saurait exiger d'une partie qu'elle procure les moyens permettant à l'autre partie d'exploiter utilement son entreprise alors qu'en vertu du contrat, elle ne retire elle-même aucun intérêt de cette exploitation* ».

[1672]

[1673] Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-11420 ; *RDC* 2009, p. 1345, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ*. 2009, p. 719, obs. B. Fages.

écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »[1674]. Partant, si la clause ne vide pas de toute substance l'obligation essentielle du débiteur, elle s'applique. Il ne suffit donc plus qu'une clause aménage les conséquences de la violation d'une obligation essentielle pour que le juge intervienne, il convient qu'elle vide de sa substance l'engagement du débiteur[1675] et fasse perdre tout intérêt pour la partie au contrat.

En troisième et dernier lieu, le juge refuse de procéder au rééquilibrage d'un contrat simplement disproportionné et d'accorder ainsi à la proportionnalité le label de principe[1676]. Dit autrement, elle refuse de soumettre le contrat aux exigences de la justice commutative qui aspire à ce que chacune des parties reçoive une prestation égale à celle qu'elle fournit. La jurisprudence se veut respectueuse de la volonté du législateur qui refuse de prendre en considération la lésion même dans les contrats consuméristes[1677] et qui conditionne la sanction de la clause abusive à un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties[1678]. Aussi la jurisprudence n'accepte-t-elle de prendre en considération l'erreur sur la valeur que lorsque celle-ci découle d'une erreur sur les qualités substantielles. Plus exactement, si la jurisprudence condamne l'exigence d'un équilibre objectif, elle se montre en revanche davantage réceptive à l'introduction d'un principe de juste mesure[1679] : seule la chasse aux disproportions manifestes est ouverte[1680]. Il

---

[1674] Cass. com., 29 juin 2010, *Bull. civ*. IV, n° 115, *RTD civ*. 2010, p. 555, obs. B. Fages ; *RDC* 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; *RDC* 2010, p. 1253, obs. O. Deshayes.

[1675] Un auteur suggère d'aller plus loin encore et de n'admettre la suppression de la clause que lorsque le déséquilibre excessif résulte d'un abus de puissance économique : J.-P. Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle, A propos de l'arrêt Chronopost », *JCP G* 1998, I, doct. 152, p. 1315 et s.

[1676] D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117, p. 12 : si le principe de proportionnalité « *existe, je ne suis pas certain de l'avoir rencontré… Mieux ou pire c'est selon, à supposer, comme j'en ai l'intuition, que la réalité d'un tel principe, relève plus pour l'heure, du militantisme doctrinal que de l'examen des normes contractuelles d'origine législative ou jurisprudentielle, je ne suis pas certain non plus de sa légitimité* ». En témoigne un arrêt de la Cour de cassation dans lequel elle a affimé que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* » : Cass. com., 10 juillet 2007, *Bull. civ*. IV, n° 188, *Bull. Joly soc*. 2007, p. 1187, note A. Couret ; *D*. 2007, 2844, note P.-Y. Gautier, *D*. 2007, 2839, note P. Stoffel-Munck, *RTD civ*. 2007, p. 773, obs. B. Fages.

[1677] L'article L. 132-8 du Code de la consommation prohibe toute appréciation de l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert.

[1678] Article L. 132-1 du Code de la consommation.

[1679] Cette volonté jurisprutielle d'instaurer un contrôle de proportionnalité est particulièrement remarquable en matière de cautionnement. Le législateur a consacré ce contrôle à l'article L. 341-4 du Code de la consommation : « *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de la conclusion du contrat, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où elle est appelée, ne lui permette de faire face à son engagement* ».

n'y a pas lieu de s'en étonner. Si une simple disproportion entre les prestations est insuffisante à compromettre l'intérêt ou l'objectif commun, tel n'est pas le cas d'un déséquilibre excessif. Aussi, si elle a accepté à plusieurs reprises de procéder à un rééquilibrage du contrat[1681], c'est parce que la disproportion était telle qu'elle conduisait à annihiler l'intérêt d'une des parties au contrat et, donc, l'objectif commun[1682]. La difficulté est alors de déterminer le seuil à partir duquel on considère que le déséquilibre est suffisamment important pour compromettre l'intérêt ou l'objectif contractuel commun. C'est dire si le tryptique « *liberté, égalité, proportionnalité* » est loin de constituer la nouvelle devise du droit commun des contrats[1683].

441. Quel que soit le contrat, la coopération constitue donc un instrument précieux pour permettre l'accomplissement de l'intérêt ou de l'objectif contractuel commun fixé par les parties. Il en résulte que si la coopération fait défaut et que s'instaure entre les parties une véritable mésentente, le contrat doit pouvoir être anéanti.

SECTION 2 LA FLEXIBILITE DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE CONTRACTUELLE

442. A partir du moment où l'on érige la coopération en un élément essentiel de la réalisation de l'opération contractuelle, le constat d'une impossible coopération ou d'une mésentente doit permettre d'accueillir la demande d'anéantissement du contrat par une partie (§1). Néanmoins, en raison des inconvénients que peut générer la disparition d'un contrat,

---

[1680] Pour une distinction entre ces deux conceptions de la proportionnalité, v. M. Behar-Touchais, « Droit privé, conclusion sur le principe de proportionnalité », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117, p. 68.
[1681] V. *supra*, n° 432.
[1682] D. Mazeaud, art. préc., spéc. p. 12 : « *Si l'égalité contractuelle est une lubie à laquelle le droit des contrats n'a rien à gagner, le déséquilibre manifestement excessif, fruit de l'arbitraire contractuel, est une injure au concept même de contrat qu'il convient donc de combattre avec énergie mais discernement* ». Une comparaison peut être opérée avec le droit international. V. D. Mazeaud, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 205, spéc. p. 215 : « *Les principes d'Unidroit et Européens sont hostiles à toute disproportion excessive entre les droits et obligations respectifs des contractants…* (ils) *ne sacrifient toutefois point l'impératif de sécurité juridique. Simplement, comme on l'a déjà dit, ils concilient ce dernier avec l'exigence de bonne foi et, en particulier, un devoir de collaboration qui sont incompatibles avec des déséquilibres contractuels excessifs. Le juge n'a donc pas pour mission d'instiller la proportionnalité dans le contrat en promouvant l'équivalence des prestations ; il lui appartient seulement d'effacer les excès manifestes qui ont leur source dans la déloyauté d'un contractant ou dans un bouleversement profond du contexte économique, politique et social dans lequel évolue le contrat* ».
[1683] P. Puig, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 93.

il convient d'en réduire le champ d'application aux seules hypothèses dans lesquelles l'intérêt ou l'objectif commun ne peut être accompli (§2).

§1 LA MÉCONNAISSANCE DE L'OBLIGATION DE COOPÉRATION : FONDEMENT DE LA FLEXIBILITÉ

443. La mésentente constitue une inexécution de l'obligation de coopération qui, à ce titre, doit permettre de mettre fin à l'aventure contractuelle en droit des sociétés (A) et en droit commun des contrats (B).

A- EN DROIT DES SOCIÉTÉS

444. L'article 1844-7-5° du Code civil permet à un associé de demander au juge la dissolution de la société. A première vue, cette demande formulée par une seule des parties semble heurter de front la force obligatoire du contrat. Comment autoriser une partie à mettre fin au contrat de société sans assentiment des autres associés ? Une telle possibilité semble pourtant pouvoir se justifier en recourant à l'idée d'un *mutuus dissensus* tacite (1). L'inexécution de l'obligation de coopération semble cependant constituer un fondement plus solide (2).

1- La résiliation pour mésentente : un *mutuus dissensus* tacite ?

445. Conciliation de la résiliation pour mésentente avec l'article 1134, alinéa 2. La résiliation pour mésentente admise expressément par le législateur en droit des sociétés semble à première vue pouvoir se concilier avec l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil qui prohibe uniquement la révocabilité unilatérale. Or ne peut-on justement voir dans la mésentente l'existence d'un *mutuus dissensus* tacite ? Certes, le *mutuus dissensus* envisagé par l'article 1844-7, 4° du Code civil est en principe exprès et nécessite une décision collective des associés réunis en assemblée générale. Pour autant, la mésentente des associés ne traduit-elle pas implicitement une volonté collective de mettre fin à la société ? N'est-elle pas le reflet d'un désintérêt collectif de la société[1684] ? De prime abord, l'analogie paraît pouvoir opérer.

[1684] A. Couret, « Le désintérêt social », in *Mél. P. Bézard, Le juge et l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 63.

446. L'initiative individuelle de l'action en dissolution. Il est vrai que l'initiative individuelle de l'action fait de la mésentente un *mutuus dissensus* atypique. Elle ne suffit cependant pas à empêcher de voir dans la mésentente une volonté collective tacite de mettre fin au contrat de société. L'associé à l'origine de la demande en justice peut être assimilé à un « mandataire de fait » de la collectivité. La mésentente peut être telle que les associés perdent de vue la nécessité de se réunir pour décider du sort définitif de la société. Dès lors, seul conscient de la perte de volonté d'union collective, un associé prend l'initiative d'une décision qu'il est désormais impossible de prendre ensemble. L'article 1844-7-5° du Code civil lui en offre le fondement textuel puisqu'il autorise « un associé » [1685] à solliciter du juge la résiliation du contrat de société.

447. L'exigence d'une action judiciaire. Une seconde différence existe en effet entre le *mutuus dissensus* « exprès » et le *mutuus dissensus* « tacite » correspondant à la mésentente. L'intervention du juge est inexistante pour le premier et se révèle nécessaire pour le second. Cela s'explique aisément. Si, en raison du vote effectué au sein de l'assemblée générale, la perte de volonté de continuer ensemble l'aventure sociale ne fait aucun doute s'agissant du *mutuus dissensus* exprès, la perte de volonté se révèle en revanche plus équivoque s'agissant du *mutuus dissensus* tacite.

448. Parce qu'il n'est donc pas certain que la mésentente traduise la volonté réelle des associés de mettre fin à l'aventure collective, il apparaît préférable de justifier autrement cette possibilité de résiliation unilatérale offerte aux associés.

[1685] La société personne morale ne semble pas être en droit d'intenter l'action elle-même car elle n'est pas partie au contrat de société mais aux seuls contrats d'apport. Il est vrai qu'un membre du conseil d'administration est en principe également associé de la société donc la question de savoir à quel titre il exerce la demande n'a finalement aucune importance. En revanche, qu'en est-il d'une demande formulée par un dirigeant non associé ? Est-il lui aussi fonder en sa qualité de mandataire de la société à solliciter cette résiliation ? Une décision de Cour d'appel a récemment admis que la société pouvait se joindre à la demande formulée par un associé. Plus encore, il semble qu'elle puisse intenter une action autonome en dissolution anticipée sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. Chaque associé étant lié contractuellement à la société, l'inexécution collective de l'obligation de coopération par les associés peut conduire la société à demander la résiliation de l'ensemble des contrats d'apport. Mais l'on conçoit alors que, par économie de coût et de temps, la personne morale représentée par un organe dirigeant non associé exerce une seule et même action pour l'anéantissement de l'ensemble des contrats d'apport : l'action en dissolution de la société. Dès lors, associés et personne morale semblent pouvoir être à l'origine de l'action même si les fondements diffèrent.

2- La résiliation pour mésentente : une résiliation pour inexécution de l'obligation de coopération

449. La mésentente : une application de l'article 1184 du Code civil. Inconciliable avec le principe de la force obligatoire dans sa conception volontariste traditionnelle, la consécration légale de la résiliation sur demande d'un associé laisse d'autant plus songeur qu'elle a pour effet d'anéantir la personne morale. Toutefois, dès lors que l'on place la coopération au cœur de la vie sociale, la résiliation ne surprend plus. En effet, la mésentente n'est rien d'autre qu'une perte de volonté collective de coopérer à l'aventure sociale[1686]. Il n'est dès lors guère étonnant que le législateur ait consacré la mésentente comme cause générale de dissolution de la société aux côtés de l'inexécution d'une obligation[1687]. Ce n'est pas une coïncidence. La seconde n'est en effet qu'une illustration de la première. La mésentente s'analyse comme le refus de travailler ensemble et témoigne donc d'un refus d'accomplir son devoir de coopération[1688]. Partant, la mésentente n'apparaît plus incompatible avec la force obligatoire du contrat dès lors que l'on postule qu'elle s'identifie bien à l'inexécution d'une obligation de coopération mise à la charge de tous. La résiliation pour mésentente se révèle aussi comme une application de l'article 1184 du Code civil relative à la résolution judiciaire pour faute[1689].

450. Une méconnaissance collective de l'obligation de coopération. Toutefois, le manquement individuel d'un associé à son obligation de coopération ne peut suffire à justifier

---

[1686] En ce sens, v. P. Canin, « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Dr. soc*. 1998, chron. 1, p. 4, spéc. p. 4 : « *La mésentente est la négation même de l'*affectio societatis *et elle ne peut pas ne pas avoir de répercussions sur le devenir de la société* ».

[1687] Bien que non visée par l'ancien article 1877 du Code civil, la mésentente était déjà considérée par la jurisprudence comme un juste motif de dissolution.

[1688] En ce sens, v. F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de Philosophie du Droit* 1999, p. 259, spéc. p. 266, note de bas de page n° 40 : l'article 1844-7-5° est mis en œuvre « *lorsque la coopération fait défaut entre associés* » ; Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, I, 3318, n° 7 ; G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 198, spéc. p. 202 : « *L'article 1871 du Code civil… constitue une application du principe de l'exécution de bonne foi du contrat de société ou du devoir de loyauté entre associés. La mésintelligence grave, qui se traduit par la disparition de l'esprit de collaboration entre associés rendant impossible la poursuite de la société…* »

[1689] E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, p. 227, spéc. p. 245 : « *bien des auteurs n'y voient* (dans la mésentente) *qu'une application extensive de l'article 1184 comme sanction au manquement à l'obligation de bonne foi* » ; H. Matsopoulou, « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. soc*. 1998, p. 21, spéc. p. 37 : « *Il semble que la dissolution soit somme toute, du fait de la constatation du défaut d'*affectio societatis, *une application de l'article 1184 C. civ. relative à la condition résolutoire dans les contrats* ».

l'atteinte au principe d'irrévocabilité. Le législateur requiert en effet un manquement collectif à cette obligation comportementale. En d'autres termes, la mésentente ne peut être comprise comme la perte de volonté de collaborer d'un seul associé. De là, certains auteurs ont estimé que l'*affectio societatis* ne constituait donc pas une condition d'exécution du contrat[1690]. Si le défaut d'*affectio societatis* empêche l'entrée dans la société, sa disparition ultérieure se révèle indifférente. Il n'y a pas lieu de s'en étonner. D'une part, il en va de la préservation de la sécurité juridique. D'autre part, il serait paradoxal d'accueillir la demande de résiliation contractuelle d'un associé qui n'exécute justement pas son obligation de coopération[1691].

451. Dès lors que, par une disposition spéciale, l'article 1844-7-5° du Code civil admet la mésentente comme cause de dissolution de la société, la recherche d'une conciliation avec l'article 1134 du Code civil s'avère inutile. La disposition spéciale prévaut en effet sur la disposition générale. En revanche, l'absence de disposition comparable en droit commun incite à rechercher les fondements juridiques qui permettraient de consacrer la mésentente comme cause de résiliation du contrat.

B- EN DROIT COMMUN DES CONTRATS

452. L'absence de consécration de principe. Aucune disposition du Code civil ne permet la résiliation du contrat pour mésentente. Ce silence se justifie sans doute au regard de la force obligatoire des conventions et, plus précisément, de son corollaire, l'irrévocabilité contractuelle. Dès lors que les parties se sont engagées, elles ne peuvent résilier leur contrat que d'un *mutuus dissensus*. On l'a vu, à l'aune de la lecture classique et volontariste de l'article 1134 du Code civil, la résolution unilatérale et prématurée du contrat apparaît comme une anomalie juridique.

[1690] V. *supra*, n° 167.

[1691] La Cour de cassation a dans certaines décisions fait preuve de souplesse et accueilli la demande de dissolution pour mésentente alors que l'associé à l'origine de la mésentente ne pouvait être déterminé. V. Cass. com., 13 février 1996, *Bull. civ*. IV, n° 49 ; *Rev. soc*. 1996, p. 563, note J. Honorat, *Bull. Joly soc*. 1996, p. 498, note J.-J. Daigre, *D*. 1997, p. 108, note D. Gibrila ; *Dr. soc*. 1996, comm. 95, note T. Bonneau ; *D*. 1996, somm. p. 345, obs. J.-C. Hallouin ; *JCP E* 1996 II, 831, note Y. Paclot.

453. Une consécration d'exception. Pourtant, le législateur a expressément autorisé les parties à un contrat de mandat ou de dépôt à rompre unilatéralement leur engagement et ce sans requérir la preuve d'un manquement contractuel[1692]. Bien que surprenantes, ces facultés légales se justifient par la rupture du lien de confiance qu'elles caractérisent et qui ne permet plus la poursuite de la relation contractuelle[1693]. En définitive, une partie a failli à son obligation de coopération et a, de fait, porté atteinte à la force obligatoire du contrat.

454. Vers une généralisation jurisprudentielle ? Dès lors, si l'on admet que la perte de confiance, qui n'est qu'une forme de mésentente entre contractants, révèle une exécution défaillante de l'obligation de coopération, la solution doit pouvoir être étendue à d'autres contrats que le mandat ou le dépôt[1694]. Une décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation semble au demeurant ouvrir la voie de la généralisation. En effet, alors qu'était en cause la poursuite d'un bail à métayage, la Cour d'appel avait accueilli la demande du preneur et prononcé la résiliation du bail « *pour mésintelligence entre les parties* ». De manière attendue, le pourvoi faisait alors valoir que « *la résiliation de droit commun d'un contrat ne peut intervenir qu'en cas de manquement de l'un des contractants à ses obligations* », et que, par conséquent, « *la mésentente des deux contractants, si elle ne s'accompagne pas de manquements caractérisés à la loi du contrat, n'est pas une cause de résiliation* ». Or, la Cour de cassation rejeta le pourvoi aux motifs que « *la cour d'appel avait souverainement retenu que le comportement agressif, injurieux et menaçant des bailleurs à l'égard des preneurs rendait impossible la poursuite des relations contractuelles normales entre eux* »[1695].

A suivre le Professeur Thomas Genicon, cette décision n'est pas nouvelle et ne fait que confirmer une lecture classique de l'article 1184 du Code civil. Si la résiliation a été prononcée, c'est en raison d'un manquement contractuel caractérisé dont la gravité ne permettait en l'espèce d'envisager aucune autre issue. Cette position doit être nuancée. En l'espèce, la Cour de cassation

---

[1692] Respectivement les articles 2004 et 1944 du Code civil.

[1693] P. Delebeque, « L'anéantissement unilatéral du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 61, spéc. p. 64 : « *Le mandant peut révoquer son mandataire. Le contrat repose sur la confiance placée en la personne du mandataire. Si cette confiance est perdue, ce qui relève d'une appréciation personnelle du mandant, la révocation s'impose… De son côté le mandataire peut renoncer à sa mission… et s'explique comme précédemment par la perte de confiance du mandataire en la personne du mandant* ».

[1694] Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D*. 2006, doct. p. 1003, spéc. p. 1008 : « *c'est bien parce que le contrat n'est pas seulement un échange mais une relation entre plusieurs personnes que la mésentente (suffisamment grave) est susceptible de justifier la rupture* ».

[1695] Cass. civ. 3e, 29 avril 1987, *Bull. civ*. III, n° 93, p. 55, *RTD civ*. 1988, p. 536, obs. J. Mestre.

se fonde explicitement sur la mésintelligence des contractants en invoquant « *le comportement agressif, injurieux et menaçant des bailleurs* ». C'est dire s'il existait un comportement compromettant la réalisation de l'objectif commun et permettant de faire application de l'article 1184 du Code civil.

Contrastant avec l'opinion précédente, le Professeur François Chénedé considère que la décision révèle bien une extension de la faculté de résiliation pour mésentente consacrée en droit des sociétés. La solution se justifie en réalité par la nature distributive du contrat de bail à métayage. En effet, dans ces contrats, « *la cause de l'obligation des parties ne réside pas dans l'objet de l'obligation des autres, mais dans la réalisation de la finalité de leur association* ». Partant, la résiliation ne se trouverait pas subordonnée à la preuve d'un manquement contractuel, mais à la seule preuve de l'impossibilité de poursuivre l'exploitation commune. Pour cette raison, l'article 1844-7-5° du Code civil aurait constitué un meilleur fondement que l'article 1184 du Code civil[1696].

Enfin, à suivre Madame Suzanne Lequette, la décision réalise bien une extension de la résolution pour mésentente à d'autres contrats que la société. Cependant, l'extension se justifie là encore par la nature du contrat en cause. Le bail à métayage n'est pas un contrat réalisant une distribution mais un « contrat coopération » qui s'il s'en rapproche par la mise en commun d'actifs complémentaires, s'en distingue par l'existence d'une commutation entre les contractants. Or, l'existence d'un intérêt commun dans ces contrats requiert une coopération plus intense à la réalisation du projet commun. Il en résulte que l'article 1184 du Code civil peut être appliqué avec davantage de souplesse et ne plus être subordonné à l'inexécution d'une obligation contractuelle précise. Il faut, mais il suffit, que soit caractérisée une « *violation de la relation de coopération* »[1697].

Bien que séduisantes, les positions du Professeur François Chénedé et de Madame Suzanne Lequette sont également discutables. En effet, la Cour de cassation affirme seulement en l'espèce que le comportement du bailleur constituait une violation de l'article 1184 du Code civil. Rien ne laisse entendre dans sa motivation qu'elle souhaite faire une application différenciée de

[1696] F. Chénedé, th. préc., n° 321-322, p. 302- 303 : pour étayer son raisonnement, l'auteur s'appuie sur une décision en date du 13 mars 2007 dans laquelle la Cour de cassation a accepté de faire application de l'article 1844-7 du Code civil à un contrat d'association marquant sa volonté d'étendre les dispositions relatives au contrats de société aux contrats qui en empruntent les caractères, c'est-à-dire les contrats marqués d'un intérêt commun et dont la finalité est d'organiser un partage entre les contractants.
[1697] S. Lequette, th. préc., n° 85, p. 69 et s., spéc. n° 534, p. 443.

l'article 1184 du Code civil selon que le contrat fait ou non apparaître l'existence d'un intérêt commun[1698]. Dire que la Cour de cassation prononce la résiliation pour mésentente en raison de la nature du contrat en cause revient à postuler une motivation bien elliptique de sa part. En outre, semblable restriction ne serait pas opportune dès lors que la mésentente est susceptible de contrarier la poursuite de certains contrats d'échange *stricto sensu*. En effet, l'intérêt commun n'est pas le seul à favoriser la coopération dans le contrat. Le caractère *intuitus personae* ou la durée du contrat contribuent également à faire de la coopération un élément déterminant de la réussite de l'opération contractuelle. Dès lors, plutôt que de vouloir faire de la mésentente une cause de résiliation propre à certains contrats[1699], il est préférable de ne pas en restreindre le champ d'application et d'en faire une cause générale de résiliation sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. En effet, quel que soit le contrat en cause, si les parties ne sont plus enclines à coopérer, il apparaît alors anti-économique de les laisser faire perdurer une situation contractuelle sans doute vouée à l'échec[1700].

455. Une résiliation conditionnée. Cette résiliation pour mésentente suppose néanmoins que certaines conditions soient remplies. D'abord, la perte de confiance ou la mésentente doit être démontrée par la partie qui souhaite mettre fin au contrat et, comme en matière de société, celle-ci ne doit pas en être à l'origine. Ensuite, l'inexécution de l'obligation de coopération doit être suffisamment grave pour faire obstacle à l'accomplissement de l'intérêt ou de l'objectif contractuel commun. Ce n'est qu'à cette double condition que la demande de résiliation pour mésentente peut prospérer.

[1698] Pour une interprétation extensive de la solution, v. A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 777, spéc. p. 788 : « *une JP certes balbutiante est même allée jusqu'à considérer que la simple mésentente entre cocontractants autorise le prononcé judiciaire de la résolution du contrat* » ; J. Mestre, obs. sous Cass. civ. 3e, 29 avril 1987, *RTD civ*. 1988, p. 536.

[1699] M.-E. André, « L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », in *Mél. M. Cabrillac*, Dalloz, Litec, 1999, p. 23 : « *il semble possible de poser la règle que, dans tout contrat* intuitu personae, *la résiliation unilatérale est toujours possible lorsque l'*affectio contractus, *fondé sur la confiance, déterminante du consentement, vient à cesser, quelle qu'ait été l'origine de cette confiance et la cause* (mésentente) » ; T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 66 : « *Il serait tentant, à partir de dispositions éparses, d'induire une règle générale applicable à l'ensemble des contrats conclus* intuitus personae *selon laquelle le manquement à la confiance autorise la rupture anticipée du contrat à durée déterminée. La multiplicité des dispositions spéciales préfigurerait une règle destinée à intégrer le droit commun des contrats* ».

[1700] En ce sens, v. R. Cassin, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD civ*. 1945, p. 159, spéc. p. 174 ; J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99, spéc. p. 122 : « *C'est parce que les contractants ne s'aiment pas comme des frères qu'il ne faut pas tenter de maintenir à tout prix le lien qui les unit* ».

§2 UNE FLEXIBILITE CONDITIONNEE PAR L'ATTEINTE A L'INTERET OU A L'OBJECTIF COMMUN

456. La mésentente ne peut constituer de manière inconditionnelle une cause de résiliation du contrat. Aussi doit-elle revêtir une certaine gravité. Cette condition exigée implicitement en droit des sociétés (A) doit également l'être en droit commun des contrats (B).

A- EN DROIT DES SOCIÉTÉS

457. L'exigence d'une mésentente grave. Si le succès de l'action en dissolution ne dépend pas de la cause de la mésentente[1701], le résultat de la mésentente conditionne en revanche son admission. En effet, compte tenu de l'importance des conséquences que peut entraîner la disparition de la société, il n'apparaît pas raisonnable d'admettre de manière inconditionnelle la dissolution pour méconnaissance de l'*affectio societatis*[1702]. Pour cette raison, législateur et jurisprudence ont requis l'exigence d'une méconnaissance d'une certaine gravité[1703].

Deux conceptions de la gravité sont envisageables. Elle peut tout d'abord être appréciée de manière subjective, par rapport au comportement des associés eux-mêmes et aux relations qu'ils entretiennent[1704]. Elle peut ensuite être appréciée de manière objective, en fonction des

---

[1701] La Cour de cassation n'attache pas d'importance à l'origine de la mésentente. Peu importe qu'elle prenne sa source dans la vie sociale elle-même ou qu'elle provienne d'un conflit externe. Elle a souvent admis que la mésentente puisse provenir de différends familiaux (Cass. com., 11 mai 1960, *D*. 1960, somm. p. 131 ; Cass. com., 18 décembre 1968, *Bull. civ*. IV, n° 370). Cette solution est conforme à l'article 1844-7-5° du Code civil qui n'opère aucune distinction ; *Contra* : CA Aix-en-Provence, 22 juin 1979, *Bull*. Aix-en-Provence 1979, n° 3, p. 203 cité dans *RTD com*. 1993, p. 666, obs. C. Champaud et D. Danet : dans cet arrêt, la Cour d'appel n'avait pas admis l'action en dissolution en raison de la cause externe de la mésentente. En l'espèce, la mésentente trouvait en effet son origine dans une brouille entre héritiers et non dans la vie sociale.

[1702] H. Matsopoulou, « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. soc*. 1998, p. 21, spéc. p. 31 : « *Mettre un terme anticipé à une personne morale est une mesure grave ; elle doit être enfermée dans des critères précis et objectifs* » ; P. Canin, « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Dr. soc*. 1998, chron. 1, p. 4, spéc. p. 4 : « *ce divorce sociétaire est une mesure trop grave pour résoudre un conflit qui se réduirait à la seule disparition de l'*affectio societatis *car au-delà de la solution à un conflit, il y a disparition d'une entreprise source d'activité économique et d'emplois* ».

[1703] CA Lyon, 11 octobre 1954, *D*. 1955, p. 14 ; CA Lyon, 10 février 1958, *Gaz. Pal*. 1958, 1, p. 252 : « *la mésintelligence ne peut constituer un des justes motifs que si elle présente un critère de gravité marquée* ».

[1704] E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, p. 227, spéc. p. 246 : « *La question que devrait se poser le juge serait en effet de savoir si les associés s'entendent assez bien, assez mal ou très mal ?* ».

conséquences qu'a la mésentente sur la société elle-même. Or c'est ce dernier critère, plus malléable, qui a été préféré par le législateur et la jurisprudence[1705].

458. L'appréciation judiciaire de la gravité. La gravité exigée par l'article 1844-7-5° du Code civil se matérialise en effet par le constat jurisprudentiel de la paralysie du fonctionnement de la société[1706]. Cependant, la jurisprudence se montre plus exigeante encore, puisqu'elle adjoint depuis toujours à ce critère juridique un critère d'ordre économique résidant dans la ruine de la société[1707].

Ici réside la principale différence entre le *mutuus dissensus* exprès et la résiliation pour mésentente. Le premier constitue une cause de dissolution de plein droit, soustraite à l'appréciation du juge lorsque la seconde ne l'est pas. En effet, s'agissant du *mutuus dissensus* exprès, le juge n'a pas vocation à intervenir dans la mesure où les parties ont expressément affirmé en assemblée générale leur volonté de mettre fin à la société. En revanche, s'agissant de la mésentente, le juge a le pouvoir de rejeter la demande de résiliation du contrat de société[1708], notamment lorsqu'elle est motivée par de simples « *mouvements d'humeur d'associés* »[1709] ou lorsque la société est *in bonis*[1710]. Dit autrement, il revient au juge d'évaluer le degré de paralysie

---

[1705] E. Schaeffer, art. préc., spéc. p. 247 : « *Nulle décision des juges du fait ne se contentent de cette appréciation de gravité subjective. Toujours il est ajouté que la mésintelligence doit avoir pour effet de paralyser le fonctionnement de la société et de la conduire à sa ruine* ».

[1706] La jurisprudence, conforme à la volonté du législateur, caractérise systématiquement cette paralysie de la société pour prononcer la dissolution pour mésentente : CA Paris, 19 juin 2007, *Dr. soc*. 2007, comm. 199, note J. Monnet ; CA Caen, 9 mars 2000, *Dr*. soc. 2000, comm. 162, note F.-X. Lucas : dans cet arrêt, la Cour d'appel a refusé de prononcer la dissolution de la société car, si la mésentente était avérée, la paralysie n'était quant à elle pas caractérisée, ce qui empêchait l'action en dissolution d'aboutir ; v. également Cass. mixte, 16 décembre 2005, *Bull. mixte* n° 9 ; *JCP E* 2006, 2035, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *D*. 2006, p. 146, obs. A. Lienhard ; *Dr. soc*. 2006, comm. 36, note F.-X. Lucas : dans cet arrêt, la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond qui avaient prononcé la dissolution de la société pour mésentente car ceux-ci s'étaient fondés exclusivement sur l'existence de dissensions profondes entre les associés sans caractériser la paralysie de la société qui pouvait en résulter.

[1707] P. Canin, art. préc., spéc. p. 7 : « *l'étude de la jurisprudence fait apparaître que, plus que la paralysie de la société, c'est l'atteinte portée à la situation financière de celle-ci qui est décisif dans le prononcé de la dissolution* ».

[1708] La Cour de cassation n'exerce qu'un contrôle purement formel sur les conditions d'application de la règle de droit. V. par exemple Cass. com, 28 février 1977, *Bull. civ*. IV, n° 65, *Rev. soc*. 1978, p. 245, note J.-P. Gastaud ; Cass. civ. 1ère, 18 mai 1994, pourvoi n° 93-15771 ; *Bull. Joly soc*. 1994, p. 842, note C. Prieto. La solution est justifiée. La question de savoir si un motif est ou non juste est une question de fait et donc échappe à la censure de la Cour de cassation. V. L. Guillouard, *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2e éd., G. Pedone-Lauriel, 1892, n° 335.

[1709] Y. Guyon, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. soc*. 1989, p. 439, spéc. p. 442 ; P. Canin, art. préc., spéc. p. 5 : « *De simples contestations de décisions, de simples désaccords, des déchirements mêmes importants qui constituent une gêne dans l'administration de la société ne suffisent pas* ».

[1710] V. parexemple Cass. req., 12 décembre 1934, *DH* 1935, p. 83 ; *S*. 1936, 1, p. 292 ; CA Lyon, 11 octobre 1954, *D*. 1955, p. 14 ; Cass. com. 3 juillet 1968, *Bull. civ*. IV, n° 220 ; Cass. com., 28 février 1977, *Bull. civ*. IV, n° 65 ;

et de ne retenir la mésentente qu'en cas de répercussions économiques négatives. En conséquence, l'exigence cumulative de ces deux critères juridique et économique réduit considérablement les hypothèses de dissolution pour mésentente.

459. L'identification d'un critère jurisprudentiel unique. Au-delà, cette double exigence érige en condition de la dissolution l'atteinte à l'intérêt commun. La méconnaissance de l'obligation de coopération doit révêtir une gravité telle qu'elle empêche définitivement l'enrichissement de la société[1711]. Si la coopération est le moyen de réaliser l'objet social, sa disparition peut aboutir à paralyser l'activité de la société et à faire par conséquent obstacle à la satisfaction de l'intérêt commun.

En vérité, les deux critères sont étroitement liés. Le critère économique détermine l'existence du critère juridique. La paralysie de la société, fruit de la mésentente, se déduit de son impossibilité totale à s'enrichir[1712]. Si la société continue de prospérer, c'est en réalité qu'il n'y a pas paralysie mais, tout au plus, simple gêne dans l'administration[1713].

Rev. soc. 1978, p. 245, note J.-P. Gastaud. Les solutions dans lesquelles la seule paralysie du fonctionnement a été considérée comme suffisante pour prononcer la dissolution sont rares. V. Cass. civ. 1ère, 18 mai 1994, *Bull. Joly soc.* 1994, p. 842, note C. Prieto ; CA Paris, 12 septembre 1995, *JCP E* 1996, I, 541, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain. En effet, « *Pourquoi mettrait-on fin prématurément à une société qui remplit correctement son rôle économique ?* » : M. Desblandes, « La séparation d'associés », *Dr. soc., Actes pratiques*, décembre 1997, p. 4, spéc. p. 5.

[1711] En ce sens, v. F. Chénedé, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi, n° 320, p. 301 : « *Ce n'est que dans l'hypothèse où la mésentente fait obstacle à l'activité de la société, et donc à la finalité commune pour laquelle les parties se sont associées, que celles-ci peuvent demander la résolution du contrat de société pour disparition de la cause de leurs obligations* ».

[1712] V. par exemple CA Paris, 5 mars 2002, *Dr. soc*. 2003, comm. 42, note F. G. Trébulle : dans cet arrêt, la Cour d'appel a considéré que, si la société ne subissait pas une paralysie totale de son fonctionnement au jour le jour, la mésentente permanente et généralisée conduisait à la ruine de la société. Cette décision témoigne donc bien que le premier critère est apprécié par rapport au second. On peut donc s'étonner d'un arrêt dans lequel la Cour de cassation a considéré que le fait que la société réalise des profits n'était pas suffisant à refuser la dissolution pour mésentente dès lors que les juges du fond constataient la paralysie du fonctionnement de la société (Cass. civ. 1ère, 18 mai 1994, pourvoi n° 93-15771 ; *Bull. Joly soc.* 1994, 841, note C. Prieto ; v. également CA Paris, 12 septembre 1995, *JCP E* 1996, I, 541, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain). En effet, si la société continue à générer des bénéfices, cela signifie que la mésentente n'entraîne pas une véritable paralysie du fonctionnement de la société : en ce sens, v. H. Matsopoulou, « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. soc*. 1998, p. 21, spéc. p. 34 ; P. Canin, « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Dr. soc*. 1998, chron. 1, p. 4, spéc. p. 7 : « *Si l'activité de la société demeure florissante malgré l'entrave apportée au fonctionnement de la société, la dissolution, à l'évidence, ne s'impose pas. Par quelle étonnante alchimie pourrait-il en être autrement dès lors que, fondamentalement, la prospérité de la société démontre l'absence d'une réelle paralysie sur le fonctionnement normal de la société ?* ». Cet auteur parle d' « *absorption* » du critère juridique par le critère économique.

[1713] La jurisprudence admet néanmoins que si la mésentente qui ne paralyse pas le fonctionnement de la société ne peut constituer un juste motif de dissolution, elle peut constituer un juste motif de retrait de l'associé d'une société civile sur le fondement de l'article 1869 du Code civil. V. CA Paris, 4 octobre 2002, *Dr. soc.* 2003, comm. 42, note F. G. Trébulle.

Ainsi retrouve-t-on le fondement traditionnel de la résolution du contrat pour inexécution. Si la société est prospère, il n'y a aucune raison d'accueillir la demande de dissolution puisque l'intérêt commun se trouve préservé et, par-delà, l'intérêt propre de l'associé demandeur[1714]. En revanche, si la mésentente affecte de manière décisive la prospérité de la société, la cause de l'obligation des associés disparaît. En outre, la solution se révèle également favorable aux tiers puisque si la société ne peut plus s'enrichir, il y a fort à craindre que nombre de tiers souffriront de son dépérissement[1715]. Aussi apparaît-il préférable d'anticiper la déconfiture de la société et d'y mettre un terme avant que la situation ne se dégrade et ne porte atteinte à l'intérêt commun des associés.

460. L'exigence d'une atteinte irrémédiable à l'intérêt commun. Il y a cependant davantage. En effet, la dissolution doit également être prononcée lorsque la mésentente n'a encore causé aucun dommage véritable mais que la ruine de la société risque de survenir dans un avenir plus ou moins proche[1716]. Partant, le juge doit sanctionner par la dissolution la perte de

---

[1714] V. par exemple CA Paris, 4 octobre 2002, *Dr. soc*. 2003, comm. 42, note F. G. Trébulle : dans cet arrêt, la Cour d'appel a justifié le rejet de la dissolution par le fait que la société continuait à remplir son objet social.

[1715] E. Schaeffer, art. préc., spéc. p. 232 et p. 251 : « *L'action individuelle est… déviée de son sens premier, la protection d'intérêts individuels, pour servir à la protection de l'intérêt général* » ; en ce sens, v. H. Matsopoulou, art. préc., spéc. p. 27 ; P. Canin, art. préc., p. 4, spéc. p. 5. Cela justifie que ce droit de demander la dissolution revêt un caractère d'ordre public et que les associés ne peuvent, donc, y renoncer. Pour autant, l'action n'est ouverte qu'aux associés. L'article 1844-7-5° du Code civil est explicite sur ce point : la société prend fin par la dissolution prononcée par le tribunal à la demande d'*un associé* pour juste motif. Une décision de la Cour de cassation semblait de prime abord admettre l'action des créanciers (Cass. civ. 1ère, 20 octobre 1965, *Bull. civ*. 1965, I, n° 562). Toutefois, la portée de cet arrêt doit être relativisée. V. A. Bougnoux, *Fasc. 30-10 : Dissolution des sociétés*, in *J-Cl soc*., 2006, n° 106: « *La solution retenue semble s'expliquer par une raison de procédure : le moyen tiré de la violation de l'ancien article 1871 n'a pas été invoqué devant la Cour* ». En outre, la Cour de cassation a rappelé explicitement postérieurement à cette décision le monopole d'action en dissolution de l'asssocié et a ainsi refusé le droit d'agir du syndic de la liquidation des biens d'un associé. V. Cass. com., 28 septembre 2004, pourvoi n° 02-14786, *RJDA* 2005, n° 1, p. 32 ; v. cependant H. Matsopoulou, La dissolution pour mésentente entre associés, *Rev. soc*. 1998, p. 21, spéc. p. 34-35 : « *dès lors qu'il y a blocage social, on peut admettre qu'un tiers, pour faire valoir ses droits, puisse agir en vue de faire prononcer la dissolution de la société. Tel pourrait être le cas du créancier social agissant par la voie de l'action oblique* » ; en ce sens, v. A. Bougnoux, art. préc., n° 106. Egalement, une décision de Cour d'appel a admis que le comité d'entreprise pouvait intervenir à l'instance en dissolution intentée par les associés : CA Rouen, 17 janvier 1963, *D*. 1963, jurisp. p. 740.

[1716] En ce sens, v. A. Viandier et J.-J. Caussain, *JCP G* 1996, I, 3916 : « *un blocage total de la mécanique sociale porte en germe la ruine future de la société, ce qui signifie, sans attendre cette échéance, de prononcer la dissolution* ».

chance réelle et sérieuse de voir la société fonctionner de nouveau normalement[1717] et l'impossibilité à venir de satisfaire encore l'intérêt commun des associés[1718].

En revanche, si la mésentente n'a *a priori* pas d'incidence sur le fonctionnement de la société[1719] ou si l'atteinte à l'intérêt commun n'est pas irrémédiable[1720], la résiliation pour mésentente doit être écartée au profit de remèdes permettant la restauration de la coopération et la préservation de l'espoir d'un enrichissement collectif. L'administration provisoire[1721], la désignation d'un mandataire *ad hoc*, d'un enquêteur conciliateur, d'un séquestre ou encore d'un expert de gestion sont autant alternatives opportunes pour reconsolider les liens sociétaires[1722]. Plus encore, à l'instar de ce qui est en matière de divorce, une étape préalable de conciliation ou de médiation pourrait être envisagée afin d'aider les associés à prendre conscience de la gravité de la situation[1723].

[1717] *A contrario*, si la mésentente ou la paralysie a disparu le jour où la demande est formée, la dissolution ne sera pas prononcée. V. Cass. com., 28 février 1977, *Bull. civ*. IV, n° 65 ; *Rev. soc*. 1978, p. 245, note J.-P. Gastaud, *RJC* 1978, p. 294, note P. Merle.

[1718] Si la société ne peut plus fonctionner normalement, l'intérêt commun et l'intérêt social seront nécessairement compromis. V. Cass. req., 7 décembre 1936, *Gaz. Pal*. 1937, 1, p. 159. C'est notamment le cas lorsqu'il devient impossible de nommer un organe de gestion. La jurisprudence a par exemple prononcé la dissolution pour impossibilité de désigner un conseil d'administration et un président-directeur général (Cass. com., 16 février 1970, *Bull. civ*. IV, n° 59, *Rev. soc*. 1970, p. 653, note B. Bouloc), impossibilité de nommer un gérant (CA Rennes, 3 mai 1977, *RTD com*. 1978, p. 391, obs. C. Champaud), ou encore impossibilité de nommer le directeur d'un laboratoire nécessaire au fonctionnement de la société (Cass. com., 4 mars 1974, *Bull. Joly soc*. 1974, p. 346). On peut encore approuver la Cour d'appel de Paris d'avoir prononcé la dissolution de la société dès lors qu'elle constatait que les résultats sociaux diminuaient considérablement depuis le début de la mésentente : CA Paris, 25 mars 1993, *JCP E* 1993, I, 288. C'est dire que si la ruine de la société n'était pas encore actuelle, la situation laissait présager une telle issue.

[1719] CA Dijon, 16 novembre 1983, *Gaz. Pal*. 1983, 2, p. 740 note A. P. S. ; CA Paris, 18 juin 1986, *Bull. Joly soc.* 1986, 853, note P. Le Cannu ; Cass. com., 9 décembre 1980, *Bull. civ*. IV, n° 420 ; *Rev. soc*. 1981, p. 781, note J.-C. Bousquet : dans cet arrêt, la Cour de cassation a refusé de prendre en considération la mésentente portant sur le partage des bénéfices pour prononcer la dissolution de la société car l'objet de la divergence ne conduisait pas à un blocage social ; Cass. com., 31 janvier 1989, *Bull. civ*. IV, n° 46 : dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle explicitement l'exigence légale d'une paralysie du fonctionnement de la société pour prononcer la dissolution ; CA Paris, 5 juillet 1988, *JCP E* 1988, I, 17827, obs. Y. Guyon ; *RTD com*. 1992, p. 190, obs. C. Champaud : dans cet arrêt, la Cour d'appel, pour refuser la dissolution, a constaté que la mésentente, remontant à plus de dix ans, n'empêchait pas la société de fonctionner et de réaliser des bénéfices.

[1720] Par exemple, la Cour d'appel de Besançon a rejeté une action en dissolution pour mésentente dès lors qu'elle constatait que la situation économique de la société n'apparaissait pas désespérée et pouvait toujours réaliser ses objectifs sociaux : CA Besançon, 3 novembre 1954, *Gaz. Pal*. 1955, 1, p. 192.

[1721] V. par exemple CA Aix-en-Provence, 19 janvier 1995, *RJDA* 1995, n° 719 : la Cour d'appel a prononcé la dissolution de la société car elle a constaté aux termes de la mission de l'administrateur que l'état financier de la société continuait à s'aggraver et que l'absence de communication entre les associés persistait.

[1722] Cass. com., 26 avril 1982, *Bull. civ*. IV, n° 136 ; *Rev. soc*. 1984, p. 93, obs. J.-L. Sibon : la Cour de cassation a approuvé la désignation d'un administrateur provisoire au sein de la société car la mésentente entre des frères, seuls membres du conseil d'administration, avait eu pour effet d'entraver la gestion et l'activité sociale.

[1723] H. Matsopoulou, art. préc., spéc. p. 24.

Au regard de la pertinence de ces voies souvent salvatrices, il est étonnant que le législateur ne les ait pas consacrées comme préalables à l'application de l'article 1844-7-5° du Code civil[1724]. Pire, la jurisprudence subordonne la mise en œuvre de certains de ces remèdes aux exigences de la dissolution pour mésentente. C'est le cas l'administration provisoire pour laquelle le juge requiert une véritable paralysie, à la fois certaine et actuelle[1725]. On peut le regretter. Ne devrait-on pas anticiper l'aggravation du dysfonctionnement de la société et se contenter d'un blocage éventuel pour pouvoir prononcer ces mesures ?

La tentation est alors grande d'inciter les parties à anticiper les difficultés et à prévoir dans les statuts la mise en œuvre de ces solutions alternatives à la dissolution. Au-delà, les parties ne pourraient-elles pas convenir d'une « dissolution partielle » qui mette un terme au seul contrat d'apport de l'associé à l'origine de la mésentente ? Une telle possibilité semble admise au nom de la violation de son obligation de coopération[1726].

461. L'application généralisée de l'article 1844-7-5° du Code civil. En exigeant une atteinte irrémédiable à l'intérêt commun, il apparaît que certaines sociétés sont davantage exposées à la dissolution pour mésentente. Il s'agit de toutes celles dans lesquelles la collaboration active entre associés se révèle essentielle au bon fonctionnement de la société[1727]. Or, un degré élevé de coopération n'existe en principe que dans les sociétés dotées d'un fort *intuitus personae*[1728], c'est à dire les sociétés de personnes. Borner l'action en dissolution pour

---

[1724] En ce sens, v. H. Matsopoulou, « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. soc*. 1998, p. 21, spéc. p. 24.

[1725] P. Canin, « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Dr. soc*. 1998, chron. 1, p. 4, spéc. p. 6 : ces conditions ne sont pas exigées pour la désignation d'un enquêteur-conciliateur. La distinction opérée semble justifiée. Alors que l'administration provisoire conduit à une véritable immixtion du juge et d'un tiers dans la gestion de la société (et donc constitue une atteinte à la force obligatoire du contrat), la mission de l'enquêteur-conciliateur se limite à un simple audit de la société qui justifie donc d'en assouplir les conditions.

[1726] V. *infra*, n° 562.

[1727] M. Desblandes, art. préc., spéc. p. 4 : « *La séparation d'associés est la solution radicale à laquelle il convient parfois de recourir. Elle semble s'imposer chaque fois que le fonctionnement de la société requiert la collaboration active des associés… Cette observation s'applique particulièrement aux sociétés civiles professionnelles, et à un degré moindre, aux sociétés d'exercice libéral. La société en nom collectif peut être le terrain de semblables difficultés* » ; en ce sens, v. H. Matsopoulou, art. préc., spéc. p. 23 : « *n'aurait-on pas dû limiter le jeu de la mésintelligence aux seules sociétés dans lesquelles l'*intuitus personae *est fort, et l'écarter au profit d'autres techniques dans les sociétés de capitaux ?* ».

[1728] A. Bougnoux, *Fasc. 30-10 : Dissolution des sociétés*, in *J-Cl soc*. 2006, n° 96 : « *l'article 1844-7-5° du Code civil trouvera rarement à s'appliquer dans les sociétés anonymes importantes, au contraire des petites SARL, des sociétés de personnes ou des sociétés de partenaires dans lesquelles l'*intuitus personae *est très fort et où un certain nombre d'éléments peuvent concourir à rendre inextricables des querelles internes* » ; en ce sens, v. J. Mestre et D. Velardocchio, « Dissolution de la société », in *Lamy sociétés commerciales*, 2006, n° 1466. Cette cause de

mésentente à ces seules sociétés n'apparaît néanmoins pas souhaitable. D'abord, certaines sociétés de capitaux nécessitent elles aussi une collaboration amplifiée[1729]. Ensuite, quelle que soit la société, une mésentente prolongée est toujours susceptible de porter atteinte à l'intérêt commun des associés[1730]. En effet, la multiplication des abus de droit de vote, abus de majorité, de minorité ou d'égalité peut conduire à un tel résultat[1731] et constitue, la plupart du temps, la cause de la dissolution pour mésentente[1732]. La mésentente peut d'ailleurs compromettre la réalisation de l'intérêt ou de l'objectif commun d'autres contrats que la société et permettre ainsi d'accueillir la demande de résiliation du contrat d'une partie.

B- EN DROIT COMMUN DES CONTRATS

462. Une condition restrictive du champ d'application. Qu'elle soit judiciaire ou unilatérale, la mise en œuvre de la résiliation suppose toujours une inexécution grave. Dès lors, si la mésentente ou la perte de confiance peut effectivement s'analyser comme l'exécution défectueuse de l'obligation de coopération permettant l'application de l'article 1184 du Code civil, elle doit là encore être suffisamment importante pour empêcher la réalisation de l'opération contractuelle. En d'autres termes, comme en matière de société, la gravité de la mésentente doit être appréciée objectivement, c'est-à-dire jugée d'une ampleur suffisante pour compromettre la réalisation de l'intérêt ou de l'objectif commun. Cette exigence transparaît implicitement à travers la décision précitée[1733] dans laquelle la Cour de cassation a semblé admettre la résiliation

---

dissolution ne semblait d'ailleurs avoir été conçue à l'origine que pour les sociétés de personnes, v. E. Schaeffer, art. préc., spéc. p. 242 et 245.

[1729] M. Desblandes, art. préc., spéc. p. 4 : « *les SAS et les SARL peuvent être des structures de collaboration. Au sein même d'une société anonyme, peuvent s'établir des relations de collaboration caractéristiques d'un authentique* affectio societatis*. De telles relations se nouent entre actionnaires qui se groupent pour exercer le contrôle* » ; G. Camerlynck, *De l'intuitus personae dans la société anonyme*, thèse Paris, 1929.

[1730] Cela justifie que le législateur l'ait maintenue comme cause générale de dissolution lors de la réforme du 4 janvier 1978, v. Y. Guyon, « Les dispositions générales de la loi du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés », *Rev. soc*. 1979, p. 1 ; Y. Chartier, « La société dans le code civil, après la loi du 4 janvier 1978 », *JCP G* 1978, I, 2917 ; M. Jeantin, « La réforme du droit des sociétés civiles par la loi du 4 janvier 1978 », *D*. 1978, chron. p. 173.

[1731] La dissolution pour mésentente d'une société a été prononcée pour violation systématique des droits des minoritaires par un associé majoritaire lequel administrait la société comme une entreprise qui lui était purement personnelle. V. CA Versailles, 18 mai 1995, *Bull. Joly soc*. 1995, p. 869, note J.-J. Daigre ; Cass. com., 18 mai 1982, pourvoi n° 80-12209 ; *Rev. soc*. 1982, p. 804, note P. Le Cannu.

[1732] C'est justement en raison de l'absence d'organe social dans les sociétés dépourvues de personnalité morale, notamment les sociétés en participation, que cette cause de dissolution trouve peu à s'appliquer dans ces sociétés : H. Matsopoulou, « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. soc*. 1998, p. 21, spéc. p. 27.

[1733] V. *supra*. n° 457 : Cass. civ. 3e, 29 avril 1987, *Bull. civ*. III, n° 93 ; *RTD civ*. 1988, p. 536, obs. J. Mestre.

pour mésentente du contrat de bail à métayage. En effet, si la Cour a accueilli la demande de résiliation, c'est parce que la mésentente « *rendait impossible la poursuite des relations contractuelles normales* » entre le bailleur et le preneur et compromettait ainsi la réalisation de l'objectif commun. Finalement, seuls seront *a priori* concernés les contrats dans lesquels la coopération est la plus intense, c'est-à-dire les contrats d'intérêt commun *lato sensu*. Dans les contrats d'échange *stricto sensu*, la mésentente ou la perte de confiance empêchera plus rarement l'accomplissement de l'objet du contrat. Elle le sera toutefois dans certains contrats-échange à exécution successive, comme le contrat de travail ou le contrat d'entreprise.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

463. La compréhension renouvelée du contrat conduit à porter un regard nouveau sur le comportement des parties, lesquelles sont tenues de coopérer pour la satisfaction de l'intérêt commun ou la réalisation de l'objectif contractuel commun. Or, de la reconnaissance généralisée d'une obligation de coopération dans tous les contrats il résulte une application assouplie du principe de la force obligatoire.

En premier lieu, la reconnaissance d'une obligation de coopération mise à la charge des parties permet de faire fléchir le principe d'immutabilité contractuelle.

D'abord, on peut exiger des parties qu'elles procèdent ou acceptent de modifier le contrat en cours d'exécution. En droit des sociétés, les majoritaires, parce qu'ils doivent prendre en charge les intérêts des minoritaires, peuvent modifier « unilatéralement » le pacte social. De même, en droit commun, le créancier, parce qu'il doit prendre en charge les intérêts du débiteur victime d'un bouleversement des circonstances modifiant l'équilibre initial de la convention, doit accepter de renégocier le contrat sur simple demande du débiteur. Toutefois, afin de protéger la sécurité juridique, la flexibilité de l'immutabilité contractuelle est toujours conditionnée au respect de l'intérêt ou de l'objectif contractuel commun.

Ensuite, on peut admettre que le juge puisse s'immiscer dans la relation contractuelle et réécrire le contrat lorsque l'une des parties a méprisé l'intérêt de son cocontractant en concluant un contrat qui dès sa formation accuse un déséquilibre flagrant. Consacrée depuis toujours en droit des sociétés, cette possibilité semble progressivement être admise en droit commun grâce à l'intervention combinée du législateur et de la jurisprudence. Pour autant, il ne s'agit pas d'admettre une immixtion permanente du juge dans la sphère contractuelle et d'annihiler la liberté contractuelle des parties. Le juge n'est en effet amené à rétablir l'équilibre de la convention que lorsque le déséquilibre ou la disproportion compromettent la satisfaction de l'intérêt ou de l'objectif contractuel commun.

En second lieu, dès lors que l'on érige la coopération en élément essentiel de la réalisation de l'opération contractuelle, il faut alors admettre que la mésentente est susceptible de faire fléchir le principe d'irrévocabilité contractuelle. Puisque la mésentente constitue une méconnaissance généralisée de l'obligation de coopération, une partie seule doit pouvoir se

prévaloir de cette inexécution contractuelle pour mettre prématurément fin au contrat. Cette application de l'article 1184 du Code civil en droit des sociétés semble pouvoir être généralisée en droit commun des contrats. Toutefois, là encore, il n'est pas question d'admettre qu'une simple méconnaissance de l'obligation de coopération puisse suffire à accueillir la demande d'extinction unilatérale du contrat. Celle-ci ne doit être acceptée que lorsque la mésentente est telle qu'elle fait obstacle à la réalisation de l'intérêt ou de l'objectif contractuel commun.

En définitive, la flexibilité des principes d'irrévocabilité et d'immutabilité contractuelles mise en œuvre par les parties et par le juge, conséquence d'une appréhension plus solidariste de la relation contractuelle, est toujours conditionnée par l'intérêt ou l'objectif contractuel commun.

CONCLUSION DU TITRE 1

464. La société est incontestablement à l'origine d'une vision renouvelée de la relation contractuelle. Alors cantonnée à l'origine du Code civil à la société, la notion d'intérêt commun s'est propagée progressivement au sein du droit commun des contrats jusqu'à devenir un élément constitutif du contrat. Prenant conscience que tout contrat poursuit un intérêt commun ou, du moins, un objectif contractuel commun, jurisprudence et législateur ont, à partir d'une interprétation renouvelée de la bonne foi, généralisé l'obligation de coopération inhérente à la société. Si l'obligation de coopération est davantage requise dans un contrat empreint d'intérêt commun, elle n'en est pas pour autant absente des contrats d'échange *stricto sensu* même à un degré moindre. La reconnaissance de l'obligation de coopération impose cependant une lecture renouvelée de l'article 1134 du Code civil. Alors que le centre de gravité de la disposition était constitué par son alinéa 1, il évolue progressivement vers son alinéa troisième. De sorte qu'à une conception purement volontariste de la force obligatoire se substitue une conception plus solidariste qui permet d'envisager la flexibilité de ses corollaires que sont l'immutabilité et l'irrévocabilité contractuelles.

En effet et d'une part, le contrat de droit commun, à l'instar du contrat de société, n'est plus subordonné à l'application stricte du principe d'immutabilité. Les parties, tenues de coopérer et de prendre en considération l'intérêt de chacun, peuvent modifier ou être conduites à modifier le contrat en cours d'exécution. De même, la partie qui a conclu un contrat fortement déséquilibré et qui n'a donc eu d'égard qu'à ses seuls intérêts s'expose à la réécriture judiciaire du contrat à titre de sanction de l'obligation de coopération. Toutefois, la flexibilité doit être conciliée avec le principe de sécurité juridique et n'est donc admise qu'autant qu'elle préserve l'intérêt ou l'objectif contractuel commun.

D'autre part, sous l'influence du droit des sociétés, le contrat de droit commun peut appliquer plus souplement le principe d'irrévocabilité. Dès lors qu'une mésentente, consécutive d'une mauvaise exécution de l'obligation de coopération, est caractérisée, une partie doit pouvoir requérir du juge qu'il mette prématurément fin au contrat sans requérir l'accord de l'autre. Toutefois, comme pour toute résolution pour inexécution, la révocabilité du contrat est

conditionnée à un manquement grave qui réside dans l'atteinte irrémédiable à l'intérêt ou à l'objectif contractuel commun.

Ainsi, si la jurisprudence a ressenti, au nom d'une exigence de coopération, la nécessité de renoncer à une application trop rigoureuse de la force obligatoire en permettant l'infléchissement de ses deux corollaires, c'est pour garantir l'efficacité durable du contrat, nouvelle aspiration de la théorie générale des contrats, que l'on a traduite par la notion de pérennité contractuelle. Cet impératif nouveau témoigne, là encore, de l'influence du droit des sociétés sur la définition renouvelée de la force obligatoire.

TITRE 2

LA PERENNITE CONTRACTUELLE

465. Si l'on a tardé à concevoir le contrat comme une relation de confiance et de coopération, c'est parce que le législateur de 1804 a raisonné à partir du contrat de vente fugitive et a ainsi négligé le paramètre contractuel essentiel que constitue la durée[1734]. Or, bien souvent, l'échange des consentements crée un véritable lien social qui appelle une certaine permanence[1735].

Dès lors que l'on prend conscience que le contrat s'inscrit la plupart du temps dans la durée, naît une certaine aspiration à la pérennité contractuelle. Loin d'être limitée à un aspect quantitatif, la pérennité intègre également une dimension qualitative : promouvoir la pérennité contractuelle revient à garantir une efficacité durable[1736] qui entend tant bénéficier aux parties qu'aux tiers. Pérenne, le contrat produit durablement ses effets juridiques et atteint l'objectif et l'intérêt commun[1737].

Bien qu'initialement proclamée par le droit des sociétés, la pérennité contractuelle constitue désormais aussi un impératif incontournable du droit commun des contrats recherché par les parties (Chapitre 1), et par le juge (Chapitre 2). L'expansion de la pérennité contractuelle hors de la sphère sociétaire engendre cependant nécessairement un assouplissement de la conception volontariste de la force obligatoire prônée traditionnellement par le droit commun.

[1734] La durée est le facteur principal qui joue pour l'instauration d'une relation de confiance et de coopération renforcée entre les contractants : v. *supra*, n° 359.

[1735] Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, 2009, préf. C. Hannoun.

[1736] A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, n° 272, p. 163 : l'auteur opère la distinction entre la survie du contrat qui correspondrait au maintien durable de la convention, c'est-à-dire la dimension quantitative de la durée de la convention, et la pérennité contractuelle visant le maintien durable mais également efficace du contrat intègrant les dimensions à la fois quantitative et qualitative de la durée.

[1737] Sur la définition complexe de l'efficacité du contrat, v. G. Chantepie, « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* 2010, p. 347 et s. : l'auteur distingue l'efficacité « *proprement* » juridique du contrat qui « *implique que le contrat produise les effets de droit qui résultent de l'accord des parties* » de l'efficacité économique qui « *réside dans l'aptitude du contrat à remplir l'objectif attendu par l'une des parties, sans qu'il trouve une expression dans l'accord contractuel* ».

CHAPITRE 1

LA RECHERCHE DE LA PERENNITE CONTRACTUELLE PAR LES PARTIES

466. Si les parties cherchent fréquemment à inscrire leur relation dans la durée, elles se heurtent souvent au principe d'immutabilité attaché à une lecture stricte de la force obligatoire du contrat (Section 1). Aussi la pérennité contractuelle commande-t-elle de faciliter l'adaptation du contrat à son environnement et à infléchir le principe d'immutabilité contractuelle (Section 2).

SECTION 1 L'INADAPTATION DU PRINCIPE D'IMMUTABILITE CONTRACTUELLE A L'OBJECTIF DE PERENNITE CONTRACTUELLE

467. A l'épreuve du temps (§1) et de la diversité des intérêts (§2), le principe d'immutabilité contractuelle permet difficilement de garantir l'efficacité durable du contrat.

§1 L'IMMUTABILITE DU CONTRAT A L'EPREUVE DU TEMPS

468. En raison de l'imprévision qu'il introduit dans le contrat, le temps exerce une influence sur sa stabilité (A). Si l'on peut le regretter, il faut néanmoins convenir que ce facteur d'instabilité résulte de l'indifférence dont la durée du contrat a été l'objet lors de la rédaction du Code civil (B).

A- L'INFLUENCE DU TEMPS

469. La conception volontariste du temps. La consécration du principe d'immutabilité contractuelle est d'abord à mettre en relation avec la perception du temps que les volontaristes ont. A les suivre, le temps est linéaire et homogène et, par suite, sans influence sur le contrat[1738].

[1738] A.-S. Lavefve Laborderie, th. préc., n° 288, p. 169 : « *Dans la théorie classique, le contrat, une fois formé, n'a aucune raison d'être déstabilisé par le temps puisque ce dernier reste le même* » et n° 303, p. 177 : « *la lecture volontariste du contrat appréhende la durée comme un écoulement continu et paisible du temps contractuel* » ; en ce sens, v. R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ*. 1983, p. 1, spéc. 2. Le législateur avait certes prévu en 1804 l'hypothèse de la force majeure. Toutefois, ses trois critères à l'origine cumulatifs et l'appréciation traditionnelle restrictive qu'en faisait la jurisprudence l'érigeaient en véritable arlésienne. V. H. Capitant, « Les effets des obligations », *RTD civ*. 1932, p. 721, spéc. p. 723.

470. La prise en compte de l'évolution des circonstances. En effet, loin d'être statique, le temps est influent[1739] et il ne peut être traversé en toute quiétude[1740]. En effet, si le temps contribue à consolider la relation entre les parties[1741], il perturbe également la stabilité d'un contrat[1742] qui ne peut prétendre résister à l'évolution des circonstances économiques, sociales, politiques, monétaires, commerciales, technologiques[1743] et légales[1744].

471. L'impossible *presentiation* contractuelle[1745]. Or, puisque les volontaristes considèrent les parties aptes à maîtriser le temps, celles-ci sont tenues de fixer définitivement le contenu obligationnel de leur contrat dès l'échange des consentements. Or, dès lors que l'on prend conscience de l'influence conséquente exercée par le temps sur le contrat, il n'est plus possible de concevoir que les parties puissent enfermer « *dans leurs stipulations, tout l'avenir de leur relation contractuelle* »[1746]. Parce que « *le futur gagé n'est pas nécessairement un futur*

[1739] A.-S. Lavefve Laborderie, th. préc., n° 345, p. 196-197 et n° 303, p. 177 : « *le phénomène contractuel prouve l'existence d'une durée souple et discontinue du temps contractuel* » ; P. Hebraud, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Mél. P. Kayser*, T. 2, PUAM, 1979, p. 1, spéc. p. 3 ; R. Fabre, Les clauses d'adaptation dans les contrats, RTD civ. 1983, p. 1, spéc. p. 2.

[1740] En ce sens, v. A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, art. préc., n° 125 : « *Tout contrat ne peut s'exécuter* in abstracto *; il s'insère obligatoirement dans un contexte social, économique et temporel. Comme toute personne, les parties subissent les affres du temps qui, selon les cas, rendront l'exécution de leurs obligations plus aisée ou, au contraire, plus difficile voire impossible* ».

[1741] Y. Guenzoui, th. préc., n° 293, p. 309 : « *Le temps cimente, solidifie, endurcit toute relation* ».

[1742] C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997, p. 357, spéc. p. 359 et s.

[1743] B. Berlioz-Houin, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Mél. R. Houin, Le droit des contrats face à l'évolution économique*, 1985, p. 9, spéc. p. 28 : « *Les bouleversements économiques et sociaux, l'internationalisation des activités, ont rendu les contrats encore plus sensibles à l'écoulement du temps* ».

[1744] Si le principe demeure celui de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle, le législateur prescrit de plus en plus souvent l'application immédiate de la loi aux contrats en cours. V. I. de Lamberterie, Incidence des changements de circonstances, Rapport français, *in* Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 217, spéc. p. 226.

[1745] Terme employé par les auteurs américains pour désigner le fait de rendre présents tous les éléments de l'avenir contractuel.

[1746] R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. p 226 : « *Les parties ne sont pas si douées qu'elles soient capables de former des stipulations qui résistent à la durée : le contrat épuise ses forces avec le temps. D'où l'exigence de remises à niveau périodiques, protégeant le contrat contre une sclérose due aux circonstances de sa naissance* » ; D. Mazeaud, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Mél. P. Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 371, spéc. p. 396 : « *C'est surestimer la rationalité des contractants que d'affirmer, sous la forme d'une pétition de principe, qu'ils sont capables, au jour de la conclusion de leur contrat, d'anticiper et d'apprécier les évolutions futures de l'environnement de leur relation* » ; I. de Lamberterie et J. Bell, « Incidence des changements de circonstances, Sommaire de la discussion », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 261, spéc. 262 ; P. Hebraud, art. préc., spéc. p. 31 ; en ce sens, v. J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 63 ; A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, n° 358, p. 202 : « *La*

garanti »[1747], le contrat ne peut plus prétendre être un véritable « *instrument de maîtrise du futur* »[1748].

472. La reconnaissance de l'incomplétude du contrat. En conséquence, l'adaptation du contrat aux évolutions qui le traversent commande de permettre aux parties de le compléter afin de lui permettre de continuer à produire durablement ses effets juridiques. Puisque l'écoulement du temps rend vaine toute tentative d'appropriation du futur, les parties doivent pouvoir procéder à sa réécriture progressive. Autrement dit, parce que le principe d'immutabilité « *immobilise toute perspective d'évolution* »[1749], il doit être remis en cause au nom d'une certaine incomplétude du contrat. Les parties ont d'ailleurs bien conscience de leur incapacité à maîtriser *ab initio* l'évolution future. Preuve en est l'accroissement des clauses d'adaptation dans les contrats de durée, telles les clauses de force majeure, de hardship ou encore d'indexation[1750]. Toutefois, si de telles clauses permettent effectivement d'anticiper les risques liés à l'évolution de certaines circonstances[1751], elles ne sont pas pour autant totalement satisfaisantes. D'abord, s'agissant des clauses automatiques, telles les clauses d'indexation ou les clauses-recettes, leur domaine est restreint[1752]. Ensuite, s'agissant des clauses de hardship, elles requièrent des parties de « *prodigieuses qualités d'anticipation* »[1753] pour pouvoir prévoir un nombre important

---

prise en compte d'un temps influent sur le contrat permet de nuancer le rôle traditionnellement conféré à la volonté dans les contrats de longue durée ».

[1747] F. Ost, « Temps et contrat, critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, LGDJ, 1999, p. 137, spéc. p. 147.

[1748] F. Ost, art. préc., spéc. p. 146 ; R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 218 : « *le contrat classique est moins un acte de prévision qu'une tentative désespérée de conservation* » ; A. Sériaux, « Le futur contractuel », in *Le droit et la futur*, IIIe colloque de l'Association française de philosophie du droit, PUF, 1985, p. 77, spéc. p. 85.

[1749] A.-S. Lavefve Laborderie, th. préc., n° 253, p. 153.

[1750] Pour une étude détaillée de ces différentes clauses, v. A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, art. préc., n° 153 et s. Parmi les clauses de révision (terme pris *lato sensu*), se trouvent les clauses d'adaption automatique, les clauses d'adaptation de la concurrence, d'adaptation à la hausse des prix, d'indexation, d'échelle mobile pour les baux commerciaux, de benchmarking, de hardship ; sur l'exposé de ces clauses, v. également B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », Clunet, 1974, p. 794 ; B. Fauvarque -Cosson, « Le changement des circonstances », in *Durées et Contrats, RDC* 2004, p. 73 ; S. Crespy, La modification de la loi contractuelle, 2000, in *Lamy Droit du contrat*, n° 350, spéc. n° 350-75 et s. ; I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances », « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 217, spéc. p. 219 et s. ; P. Fouchard, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Rev. arbitrage* 1979, p. 67 ; R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ*. 1983, p. 1.

[1751] J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ*. 1988, p. 481.

[1752] G. Piette, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 295, p. 162.

[1753] G. Piette, th. préc., n° 299 et s., p. 164 et s. ; en ce sens, v. M. Mekki, « Hardship et révision des contrats », *JCP G* 2010, p. 2291, spéc. p. 2297 : « *ces stipulations sont devenues des clauses de style dans les contrats*

d'évolutions et faire montre de suffisamment de précision pour éviter tout contentieux relatif à leur future mise en œuvre[1754].

L'on prend d'autant plus conscience de la nécessité de remettre en cause le principe d'immutabilité que les contrats durables s'accroissent.

B- LA DURÉE DU CONTRAT

473. Récemment pris en considération par le droit privé (1), les contrats durables présentent des spécificités qui rejaillissent nécessairement sur leur régime juridique (2).

1- La prise en compte récente des contrats durables par le droit privé

474. L'ignorance traditionnelle des contrats durables. Traditionnellement, la formation et l'extinction du contrat se conçoivent de manière concomitante[1755]. Le contrat n'entretient qu'un rapport très restreint avec le temps. A peine a-t-il pris effet que le contrat s'évanouit déjà[1756]. Il n'apparaît, par suite, pas étonnant que les classifications fondées sur la durée soient absentes du Code civil[1757]. Les législateurs ne se sont guère préoccupés d'élaborer une

---

internationaux. Cependant leur rédaction est délicate et le réflexe contractuel n'est pas toujours réel en droit interne ni même possible lorsque les parties ne sont pas sur un pied d'égalité ».

[1754] Plus le contrat dure, plus il devient difficile d'anticiper les évènements futurs. V. H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339, spéc. p. 352 ; J. Bell, « Incidence des changements de circonstances », « Rapport anglais », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 233, spéc. p. 236 ; I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances », « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 217, spéc. p. 218.

[1755] M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in *Mél. R. Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 263, spéc. p. 264 ; N. Vignal, « La vie du lien contractuel », in *Lamy droit civil, droit des contrats*, 1999, n° 405-4 : « *à l'heure de la codification napoléonienne, étaient essentiellement conclus des contrats simples, rapidement exécutés* » ; R. Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ*. 1907, p. 245, spéc. p. 246 et p. 262.

[1756] J.-B. Seube, « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », in *Société et contrat, Journ. soc*. 2008, p. 38, spéc. p. 40 : dans la conception classique « *par une sorte de coup de foudre contractuel, le contrat produit tous ses effets dès sa formation, même si ces effets ne s'inscrivent pas immédiatement dans la vie juridique. La durée n'y est évidemment pas ignorée, mais elle est absorbée dans l'instant de la formation du contrat* ».

[1757] A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, *Fasc. 70 : Durée dans les contrats*, in *J-Cl. Contrats-Distribution*, 2007, n° 4 ; M. Fontaine, art. préc., spéc. p. 263 ; O. Billard, *Contribution à l'étude de la durée en droit des contrats*, thèse Orléans, 2000, p. 19 : « *Les rédacteurs du Code civil n'ont envisagé la durée ni dans la formation du contrat ni dans l'exécution ou l'extinction du contrat si ce n'est de façon parcellaire ou empirique* » ; J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 47 : « *Les codificateurs avaient en tête, en effet, les seuls contrats à exécution instantanée. Ils n'ont pas intégré le mode d'exécution temporel du contrat*

réglementation générale relative à la durée contractuelle[1758]. Les références à la durée se révèlent ponctuelles[1759] et ne figurent pas parmi les dispositions de droit commun des contrats[1760]. C'est dire que le « contrat durable » fait traditionnellement figure d'intrus en droit privé[1761]. Il n'est dès lors pas étonnant que la société, présumée de longue durée[1762], ait échappé à la qualification contractuelle pour adopter celle d'institution[1763]. Alors que le contrat est associé par les volontaristes à la brièveté, l'institution, elle, incarne la durée[1764]. Une dichotomie s'est ainsi naturellement imposée entre la société et le contrat. Alors que les associés ont vocation à rechercher l'efficacité durable de la société et admettent une adaptation permanente de la société

---

dans leur préoccupation » ; R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 214 : « *dans l'esprit du Code, le contrat n'était qu'un lieu de transition, qui permettait de passer de la volonté à l'obligation : c'est pourquoi il était incapable de durer, se limitant à produire sur le champ quelques effets simples* » ; I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 3, p. 3 : « *l'idée selon laquelle la convention s'inscrit dans la durée n'est pas nécessairement banale ni même classique* » ; O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin, n° 6, p. 7.

[1758] C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 463, p. 389 : « *la durée n'est pas précisément saisie par le Code civil. Elle n'apparaît que de manière éparpillée à propos de certains contrats* ».

[1759] Parmi ces dispositions spéciales, l'on peut citer l'article 1910 du Code civil relatif aux rentes viagères qui dispose que « *la rente peut être constituée en perpétuel ou en viager* », ou l'article 1780 du Code civil relatif au louvrage d'ouvrage qui dispose que « *on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée* », ou encore enfin l'article 1758 du Code civil qui détermine les différentes durées des baux à loyer.

[1760] F. Bujoli, *La durée du contrat*, thèse Nice-Sophia Antipolis, 2007, n° 2, p. 2.

[1761] Il n'en est pas de même des contrats administratifs pour lesquels la durée constitue depuis toujours un critère essentiel. V. C.-E. Bucher, th. préc., n° 464, p. 389.

[1762] L'affirmation selon laquelle la durée est consubstantielle de la société est banale. V. J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, 2000, n° 138, p. 270 : « *Il est des contrats, les plus nombreux, si l'on songe à la multitude des ventes au détail, qui ne laissent aucune trace à la surface du temps, parce qu'ils se concluent et s'exécutent en un instant, sans même qu'on aperçoive derrière eux la traînée de quelque obligation de garantie. A l'opposé, il est des sociétés anonymes qui font vivre parmi nous les contrats, leurs statuts vieux d'un siècle* ». La durée permet d'ailleurs de distinguer l'indivision, état temporaire, de la société, situation durable, v. M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1056-13.
Par le passé, pourtant, la société n'a pas toujours été associée à la durée, v. J.-P. Delville, G. Guiheux, M. Herail, T. Noel, L. Nurit, E. Richard, Droit des affaires, *Questions actuelles et perspectives historiques*, sous la dir. de E. Richard, Presses Universitaires de Rennes, 2005, p. 438 « *comme la plupart des sociétaires de notre ancien droit, les romains considèrent la société comme quelque chose d'essentiellement momentané, qui n'a le plus souvent pour but la réalisation rapide d'une opération le plus souvent unique* ». Au demeurant, si la durée caractérise la plupart du temps la société, elle ne fait cependant pas partie de son essence. Preuve en est que certaines sociétés, telles les sociétés de construction et les sociétés en participation, ne sont créées que pour une opération déterminée et ne sont donc pas vouées à durer, v. Y. Guyon, « La situation des associés dans les sociétés de construction », *JCP G* 1962, I, 1735 ; J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis.

[1763] R. Libchaber, art. préc., spéc. p 224 : pour les contrats « *dont la longue durée était le régime naturel, société ou contrats de mariage… leur aspect contractuel a été réduit par l'analyse juridique, au profit d'une conception figée ; le libre choix des clauses a laissé place à un statut établi par la loi, dans lequel la volonté individuelle se bornait à faire entrer les parties. Derrière cette institutionnalisation, c'est tout un discours qui se découvre : les contrats sont par nature précaires ; s'ils doivent durer pour accompagner une vie, et parfois davantage, c'est qu'ils ne sont pas des contrats, mais des statuts* ».

[1764] J.-A. Broderick, « La notion d'institution de M. Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Archives de Philosophie du Droit* 1968, p. 143 et s.

à l'évolution de circonstances exogènes, les contractants sont traditionnellement présumés s'engager dans une aventure éphémère et censés s'accommoder du principe d'immutabilité contractuelle[1765]. En réalité, si les volontaristes n'envisagent pas que les parties puissent durablement se lier, c'est parce qu'ils perçoivent le contrat comme le creuset d'intérêts opposés qui empêchent la relation de perdurer[1766].

Partant, dès lors que l'on prend conscience que le contrat, comme la société, est susceptible de poursuivre un véritable intérêt commun, il devient possible de l'inscrire dans la durée[1767].

2- Les spécificités du contrat durable

475. La caractérisation des spécificités du contrat durable et, par suite, de son régime juridique s'est faite progressivement à travers le contrat successif (a), puis relationnel (b).

a- Le contrat successif

476. Présentation. Pour pallier les lacunes du législateur, les auteurs ont d'abord eu recours à la notion de contrat à exécution successive[1768] ou contrat successif[1769] pour désigner

[1765] H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 16 ; T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 75.

[1766] En ce sens, v. Libchaber, art. préc., spéc. p. 222 : « *Cette conception élémentaire d'un contrat immédiat producteur de ses effets, sans autre destinée, se comprenait assez bien par le postulat du Code concernant les positions respectives des parties. Ce modèle repose sur un antagonisme de principe : chacune a ce que l'autre veut, et l'âme du contrat tient toute dans une substitution pacificatrice, assouvissant leurs désirs. Or cet antagonisme marqué n'est pas de nature à permettre l'établissement d'une relation stabilisée dans le temps, qui supposerait des objectifs renouvelés, et donc un accord de fond entre les parties pour l'actualiser périodiquement* » et p. 214 : « *Ce contrat géométrique est de moins en moins le nôtre : deux siècles d'évolution l'ont compliqué, étoffé, lui ont donné une substance qui empêche d'en réduire le fonctionnement à quelque chose d'élémentaire. D'où le sentiment d'un contrat durable, aux effets protéiformes secrétés au fil du temps* » ;

[1767] A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, *Fasc. 70 : Durée dans les contrats*, in *J-Cl. Contrats-Distribution* 2007, n° 2 et n° 130 ; J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 48 : « *La durée insérée dans l'exécution du contrat occupe aujourd'hui une place non négligeable* » et p. 49-50 : « *la pratique contractuelle actuelle se caractérise par un allongement de la durée d'exécution des contrats et la multiplication des diverses formes de contrat durable* ».; N. Vignal, « La vie du lien contractuel », in *Lamy droit civil, droit des contrats*, 1999, n° 405-4 ; C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXI*e *siècle*, LGDJ, 2001, p. 661, spéc. p. 667 ; C. Witz, « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 175 ; J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 49 et 50 : « *la pratique contractuelle actuelle se caractérise par un allongement de la durée d'exécution des contrats et la multiplication des diverses formes de contrat durable* » ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, vol. 1 *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2012, p. 521.

celui dont « *les obligations d'au moins un des contractants doivent s'exécuter par des prestations échelonnées dans le temps* ». Celui-ci s'oppose au contrat à exécution instantanée « *susceptible d'être exécuté par des prestations uniques, non répétées ou en un seul trait de temps* »[1770]. Le fait que la période d'exécution se trouve différée n'empêche pas la qualification de contrat à exécution instantanée. Seul importe que le contrat puisse être exécuté de manière instantanée[1771].

477. Intérêt de la distinction. La distinction entre contrat à exécution instantanée et contrat à exécution successive a été instituée pour rendre compte des effets de la durée du contrat sur son extinction. Seul le contrat à exécution instantanée pourrrait être anéanti rétroactivement. S'agissant du contrat à exécution successive, l'anéantissement ne jouerait nécessairement que pour l'avenir.

478. Appréciation critique. Bien que devenue familière en jurisprudence et en doctrine[1772], des remarques ont été émises sur la pertinence même de la distinction.

En premier lieu, l'exécution, à proprement parler, instantanée d'un contrat relève davantage de la fiction que de la réalité[1773].

[1768] Cette distinction fondée sur la durée est ignorée des auteurs du XIXème siècle. V. J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 47.

[1769] G. Brière de l'Isle, « De la notion de contrats successifs », *D.* 1957, chron. p. 153. Pour une critique terminologique du « contrat successif », v. J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 47 : « *ce vocable* (est) *passablement critiqué et critiquable puisqu'il évoque, non le mode d'exécution, mais plusieurs contrats se succédant* » ; A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, art. préc., n° 59 : « *cette formule succincte est dangereuse car elle pourrait laisser penser qu'un contrat successif n'est qu'une succession de contrats instantanés alors qu'il s'agit d'un contrat unique, en principe, indivisible* ».

[1770] J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 48.

[1771] A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, art. préc., n° 58.

[1772] Si la distinction n'a pas été reprise par le législateur, elle figure désormais dans tous les manuels et a fait l'objet de nombreuses études doctrinales : J. Azema, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969 ; A. de Guillenchmidt-Guignot, *La distinction des contrats à exécution instantanée et des contrats à exécution successive*, thèse Paris II, 2007 ; G. Brière de l'Isle, art. préc. ; M. Picq, *La distinction entre contrats à exécution successive et contrats à exécution instantanée*, thèse Grenoble, 1994 ; M. Corenblit, *Critique de la distinction entre contrats à exécution instantanée et contrats à exécution successive au point de vue de l'application des articles 1183 et 1184 du Code civil*, thèse Grenoble, 1940.

[1773] En ce sens, v. A. Sériaux, « Le futur contractuel », in *Le droit et la futur*, IIIe colloque de l'Association française de philosophie du droit, PUF, 1985, p. 77, spéc. p. 78 : « *la catégorie des contrats instantanés est philosophiquement vide de sens… Le contrat de vente peut bien se former dès l'échange des consentements, il n'en demeure pas moins que la mutation qu'il entend opérer se réalise progressivement* » ; J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 51 : « *dans la majorité des cas, cette dernière* (l'exécution) *prend une épaisseur plus ou moins importante dans le temps* » ; R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ*. 1983, p. 1, spéc. p. 2.

En deuxième lieu, si la notion de contrat à exécution successive permet de prendre en considération les contrats dont l'exécution est continue, elle ne permet cependant pas d'appréhender les contrats dont l'exécution s'échelonne dans le temps[1774]. Les contrats, tels les contrats d'abonnement ou de fourniture feraient partie d'une troisième catégorie[1775], les contrats à exécution échelonnée ou fractionnée[1776], remettant ainsi en cause la bilatéralité de la distinction[1777].

En troisième lieu, l'affirmation selon laquelle la rétroactivité serait inconcevable pour les contrats successifs doit être relativisée[1778]. En effet, les restitutions consécutives à l'anéantissement de tels contrats peuvent s'exécuter en valeur. A l'inverse, il peut être opportun d'admettre la résiliation d'un contrat à exécution instantanée lorsque ses effets ont été repoussés à une date éloignée de sa formation et que l'évolution des circonstances rend très délicate la remise des parties dans l'état antérieur à la conclusion du contrat[1779]. Plus encore, certains ont souligné, avec pertinence, que l'anéantissement non rétroactif du contrat n'était pas conditionné par son caractère successif mais par son caractère divisible.

En quatrième et dernier lieu, la distinction litigieuse peut avoir l'effet pervers de concentrer les débats relatifs aux contrats successifs aux seules conséquences attachées à leur anéantissement. Se trouvent ainsi éludées toutes les conséquences que la durée du contrat emporte sur son régime juridique[1780]. La notion de contrat relationnel pourrait cependant permettre de dépasser ces difficultés.

[1774] J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 51 et 52 ; R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. p. 222-223 : « *Cette fondamentale classification… oublie en chemin les contrats dont l'exécution ne se fait pas instantanément, sans que leurs séquences de réalisation soient semblables les unes aux autres. La mise en œuvre d'un programme de grands travaux s'effectue au cours d'une longue période, sans que le contrat puisse être considéré comme successif dans son exécution* ».

[1775] En ce sens, v. N. Vignal, « La vie du lien contractuel », in *Lamy droit civil, droit des contrats*, 1999, n° 405-31 et 405-34 : en raison de la délimitation floue de ces catégories, l'auteur propose de les abandonner au profit de « *la reconnaissance corrélative d'une seule distinction fondée sur l'existence ou non d'un contrat en cours d'exécution* ».

[1776] M.-L. Cros, « Les contrats à exécution échelonnée », *D.* 1989, chron. p. 49.

[1777] Pour certains auteurs, la bilatéralité de la distinction ne serait pas remise en cause. Au vrai, la catégorie des contrats à exécution successive se scinderait en deux sous-catégories : celle des contrats à exécution successive continue et celle des contrats à exécution successive échelonnée ou fractionnée. V. A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, *Fasc. 70 : Durée dans les contrats*, in *J-Cl. Contrats-Distribution*, 2007, n° 60.

[1778] J. Ghestin, « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 203.

[1779] A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, art. préc., n° 63.

[1780] M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in *Mél. R. Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 263, spéc. p. 264 ; C. Coulon, « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et

b- Le contrat relationnel

479. Présentation. Née sous la plume du Professeur MacNeil[1781], la notion de contrat relationnel a été accueillie par la doctrine française[1782] pour désigner les contrats voués « *à organiser une relation économique durable entre des agents juridiquement autonomes* »[1783], lesquels s'opposent aux contrats discrets ou transactionnels[1784] dont « *l'intensité du rapport est faible* » et dont « *l'unique but poursuivi par les parties est la réalisation d'un échange ponctuel et isolé* »[1785]. Le contrat relationnel se caractérise donc par la durée[1786] et par l'existence d'une véritable relation *inter partes*[1787].

480. Intérêt de la distinction. A première vue, la catégorie des contrats relationnels semble dépourvue d'intérêt dans la mesure où elle paraît recouper celle des contrats à exécution successive. En réalité, si tout contrat relationnel est en principe un contrat successif, la réciproque

---

C. Coulon, Economica, 2007, p. 29, spéc. p. 30 ; v. cependant J. Carbonnier, Droit civil, *Les obligations*, 21e éd., PUF, 1998, p. 264, n° 141 : l'auteur exploite la notion de contrat successif pour plaider en faveur de la théorie de l'imprévision. Mais, en réalité, cela se justifie par le fait que l'auteur donne comme définition du contrat successif celle habituellement donnée pour le contrat relationnel. Autrement dit, c'est parce que l'auteur assimile quasiment contrat successif et contrat relationnel qu'il s'intéresse aux problèmes d'exécution liés à l'imprévision.

[1781] I. R. MacNeil, *The Nex social Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations, Yale University Press*, 1980, spéc. p. 20 et s.

[1782] H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339, spéc. p. 344 : « *La catégorie de contrat relationnel n'apparaît pas dans le Code civil. Ce n'est pas non plus une catégorie usuelle de la doctrine française… La notion de contrat relationnel est une invention de la doctrine américaine, en écho aux travaux de certains économistes* ».

[1783] H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 339 ; en ce sens, v. H. Muir Watt, « Du contrat relationnel, Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, LGDJ, 1999, p. 169, spéc. p. 169 : le contrat relationnel « *se greffe sur un véritable rapport social et comporte une certaine densité dans le temps* ».

[1784] Ils sont encore dénommés par certains auteurs « contrats de marché ». V. H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 359.

[1785] Les définitions données par la doctrine se recoupent. V. Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, doct. p. 1003, spéc. p. 1004 : « *c'est le contrat de l'instant. Les parties ne se connaissent pas nécessairement et, quand bien même elles se rencontreraient pour échanger leurs consentements, elles ne nouent aucun lien psychologique. L'opération contractuelle se ramène à l'échange économique effectué* » ; en ce sens, v. H. Muir Watt, art. préc., spéc. p. 169 : le contrat discret se présente comme le contrat « *éphémère, qui implique un échange aveugle de prestations et disparaît aussitôt épuisée son utilité immédiate* ».

[1786] V. par exemple H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 358 : « *Les contrats relationnels se singularisent par une intégration particulière de la dimension temporelle dans le contrat* »

[1787] Sur le lien entre durée du contrat et intensité de la relation, v. J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 61 : « *Parce qu'ils lient les parties sur une longue période, ces contrats à long terme sont à même de faire naître une véritable relation entre les parties* ».

n'est pas tout à fait exacte[1788]. Si la durée constitue un élément essentiel du contrat relationnel[1789], il n'est pas suffisant. La composante relationnelle est également déterminante de la qualification[1790]. C'est la densité du lien contractuel qui permet au contrat successif d'endosser la nature de contrat relationnel. Les parties ne contractent pas seulement pour échanger, mais « *pour faire quelque chose ensemble* »[1791]. La notion de contrat relationnel a pour principal intérêt, sinon le seul, d'insister sur l'importance de la relation créée par le contrat[1792] et la nécessité, par suite, de la protéger[1793]. Que ce soit en raison de l'objet du contrat ou de l'instabilité environnementale politique, économique, monétaire ou technologique, les parties confèrent une valeur considérable à leur relation[1794], et considèrent que la pérennité du contrat constitue pour elles un enjeu

---

[1788] En ce sens, v. H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 358 : « *La catégorie des contrats relationnels est incluse dans celle des contrats à exécution sucessive, mais elle n'est pas confondue avec elle. Il existe des contrats à exécution successive qui ne sont pas des contrats relationnels. C'est notamment le cas des contrats de vente à exécution échelonnée. On pourrait dire, en utilisant une conceptualisation bergsonnienne, que les contrats relationnels incorporent la durée et pas seulement le temps* » ; v. cependant J. Carbonnier, Droit civil, *Les obligations*, 21e éd., PUF, 1998, p. 264, n° 141 : l'auteur définit le contrat successif comme « *un contrat organisme où les deux intéressés coopèrent à des fins sociales* », autrement dit, il s'identifie à un contrat relationnel.

[1789] V. J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ*. 1994, p. 239, spéc. p. 240 : « *La classification du droit de ressemble pas à ces cartes de géographie, sur lesquelles les territoires sont marqués de couleurs différentes et délimités par des frontières nettes. Non seulement les frontières entre les disciplines présentent des zones floues, mais encore plusieurs classifications se superposent les unes aux autres* ».

[1790] En ce sens, v. H. Muir Watt, art. préc., spéc. p. 174 : « *il est indiscutable que l'assimilation de la dimension relationnelle à la seule durée du contrat est réductrice. Cette qualification semble renvoyer plutôt à une qualité du lien entre les parties, dont la durée peut certes être un indice, mais qui n'est ni suffisante ni peut être même nécessaire* ».

[1791] H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 359.

[1792] J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 50 : la notion de contrat à exécution successive « *ne permet pas d'appréhender le changement de paradigme qu'induit une exécution se déroulent sur une longue durée, c'est-à-dire le changement de modèle, de l'échange à la relation* ».

[1793] Y.-M. Laithier, art. préc., spéc. p. 1007 : « *L'ensemble du régime est orienté vers une finalité, certes cohérente avec la notion de contrat relationnel, mais désormais familière en droit français : la préservation de la relation contractuelle. Rien n'est moins surprenant que cette orientation : la reconnaissance de la relation ne pouvait avoir d'autre but que sa valorisation* » ; H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 344 et p. 348 : « *Autant l'achèvement d'un contrat discret peut être synonyme d'extinction satisfactoire des obligations nées de lui, autant la fin d'un contrat relationnel est toujours un évènement malheureux, signifiant généralement un échec de la relation entre les parties, donc un échec du contrat. La vocation du contrat relationnel est d'être à durée indéterminée* » et p. 351 : « *La relation est génératrice de valeur pour les deux parties. Elle constitue en elle-même un bien spécifique* ».

[1794] M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in *Mél. R. Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 263, spéc. p. 263 : « *Tantôt, c'est l'importance même du travail à accomplir qui appelle de longs délais d'exécution. Ce n'est pas en quelques semaines que l'on construit une aciérie ou que l'on équipe un pays du tiers monde d'un réseau téléphonique. Tantôt, c'est l'insécurité grandissante du monde environnant qui incite les parties à se protéger par des accords durables avec des tiers, qu'il s'agisse par exemple de s'assurer un approvisionnement en matières premières ou en énergie, de recevoir une licence de fabrication ou une concession de distribution, de conclure un accord général de coopération avec d'autres entreprises, ou encore de prévoir des débouchés pour une production* ».

majeur[1795]. Il ne s'agit donc pas de se préoccuper des seuls points de départ et d'arrivée du contrat, mais de s'intéresser à la période même qui les sépare, la relation contractuelle. En conséquence, les parties n'entendent fixer *ab initio* qu'un cadre qu'elles viendront peu à peu remplir[1796]. Il s'agit donc essentiellement de se mettre d'accord sur l'objectif contractuel commun lors de l'échange des consentements, et de ne préciser qu'ultérieurement un certain nombre de modalités[1797] qui pourront varier au gré de l'évolution des circonstances[1798]. En définitive, la force obligatoire de l'objectif contractuel commun prime celle des obligations puisque celles-ci lui sont subordonnées. Le contenu du contrat relationnel a donc un caractère hiérarchique qui conditionne l'application de sa force obligatoire.

[1795] Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D*. 2006, doct. p. 1003, spéc. p. 1007 ; M. Fontaine, art. préc., spéc. p. 272 : « *Les intérêts économiques en jeu incitent les parties à rechercher toutes les solutions qui permettraient de maintenir le contrat en vie. On ne se résigne pas facilement à la résiliation du contrat lorsque l'usine est à moitié construite, ou lorsque des centaines ou des milliers de kilomètres d'un pipe-line placé à grands frais manifestent le plus concrètement possible la permanence que les parties ont voulu donner à leur contrat d'approvisionnement* ».

[1796] En ce sens, v. H. Muir Watt, art. préc., spéc. p. 173-174 : « *Pour les contrats qui se greffent sur une véritable relation entre les parties, l'accord initial de volontés n'est qu'un relais avec l'avenir contractuel. L'incomplétude n'est pas un vice car la convention revêt nécessairement une texture ouverte, le vécu de cette relation dans le temps étant de nature à conférer un caractère évolutif à sa teneur* » ; H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 348 : « *le contrat relationnel est ouvert sur son exécution, car il comporte des lacunes dans sa planification. Par conséquent, c'est un contrat incomplet qui doit être rempli, à la fois par l'exécution qui réalise la promesse originelle, et par l'adjonction d'engagements contractuels destinés à donner vie au contrat relationnel* » et p. 353 : « *il appartient à la nature même des contrats relationnels d'être adaptés au cours de la vie du contrat* » et p. 360 : « *on peut dire qu'il s'agit d'un contrat instituant un cadre incomplet et donc ouvert sur l'avenir, visant à organiser au profit des parties une activité durable. Juridiquement, le contrat relationnel se présente comme un contrat contenant une clause prédominante fixant l'objectif que les parties ont voulu s'obliger à faire ensemble. La révision pour imprévision des contrats est concevable parce qu'il s'agit d'adapter la partie instrumentale du contrat pour mieux assurer la pérennité de la relation contractuelle* » ; en ce sens, v. J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 63 ; H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 339 ; Muir Watt, art. préc., spéc. p. 175. V. également S. Drapier, *Les contrats imparfaits*, PUAM, 2001, préf. G. Goubeaux.

[1797] L'analogie peut s'opérer avec le contrat-cadre. Toutefois, à la différence du contrat-cadre, le contrat relationnel n'implique pas la conclusion de contrats ultérieurs. Les révisions s'opèrent au sein du même contrat sans qu'il soit nécessaire de requérir l'accord des deux parties.

[1798] M. Trochu, « L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive », in *Mél. Y. Loussouarn, L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1994, p. 377, spéc. p. 380 : « *les circonstances peuvent évoluer durant l'exécution du contrat organisée sur plusieurs années : de graves évènements politiques frappant un pays peuvent affecter considérablement les courants commerciaux le concernant ; une révolution technologique est susceptible de frapper d'obsolescence les biens, objet de l'accord* » ; C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 469, p. 391 : « *La durée insérée dans le contrat rend nécessairement le contrat sensible aux modifications imprévues des circonstances économiques* » ; M. Fontaine, art. préc., spéc. p. 270 : « *un contrat à long terme est particulièrement vulnérable au changement de circonstances* ». Cette idée avait été formulée au début du XXe siècle par René Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ*. 1907, p. 245, spéc. p. 247 ; H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 343 : « *les contrats relationnels contiennent structurellement de l'imprévision…* (ils sont) *une source endogène d'imprévision* ».

481. Appréciation critique. Aussi séduisante qu'elle soit, la distinction entre contrat relationnel et contrat discret n'est pas à l'abri de la critique. Plus encore que le contrat successif, le contrat relationnel souffre d'une imprécision notionnelle notoire[1799]. En effet, pour prétendre constituer une catégorie juridique autonome, le contrat relationnel doit répondre à des critères bien précis que ses défenseurs ont du mal à définir[1800]. Inadéquats, flous, complexes ou trop nombreux, les critères proposés ne sont pas satisfaisants. En réalité, si aucun critère n'est encore parvenu à créer le consensus, c'est parce que la formule « contrat relationnel » n'est que pléonasme : même plus ou moins relationnel, un contrat demeure toujours relationnel[1801].

Quoi qu'il en soit et malgré ses imperfections, le contrat relationnel a le mérite de mettre l'accent sur la pérennité à laquelle tout contrat aspire[1802] et de déplacer le centre de gravité du contrat vers son exécution[1803]. Mieux compris, le contrat s'adapte alors aux circonstances[1804] qui en affectent nécessairement l'exécution et parvient à sauvegarder l'intérêt commun des contractants.

[1799] Y.-M. Laithier, art. préc., spéc. p. 1004 : « *la distinction perd sa force de séduction tant elle est impraticable et évanescente* » ; J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 61 et 62 : « *en l'absence de critères précis de délimitation, la catégorie s'avèrerait plus sociologique ou économique que juridique, de telle sorte que la notion de contrat relationnel, non traduite efficacement en droit, resterait de pur fait* ».

[1800] Pour une tentative d'identification des critères du contrat relationnel, v. C. Boismain, *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005, préf. M. Fabre-Magnan

[1801] En ce sens, v. Y.-M. Laithier, art. préc., spéc. p. 1005. La critique a également été formulée en droit américain, v. H. Muir Watt, art. préc., spéc. p. 172 et p. 176 : « *il me semble que la dimension relationnelle se faisant incontestablement sentir dans toutes sortes de contrat, sans que l'on puisse proposer de celles-ci un critère juridique opérationnel, il faut renoncer à définir un régime dérogatoire propres à certains contrats. C'est un jugement sur le droit des contrats dans son ensemble qui doit être porté* ».

[1802] Pour une analyse approchante, v. la théorie développée par Maurice Hauriou sur les contrats-institution : M. Hauriou, « L'imprévision et les contrats dominés par les institutions sociales », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Publication du Centre de philosophie politique et juridique, 1986 (1926), p. 131-132.

[1803] En ce sens, v. J.-B. Seube, « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », in *Société et contrat*, *Journ. soc*. 2008, p. 38, spéc. p. 40 : « *Les opens terms, les clauses ouvertes, les contrats incomplets montrent que le moment de l'échange initial des consentements n'est plus le centre de gravité du contrat… L'instant où les volontés se sont rencontrées est décisif ; mais tout autant que celui où elles se renouvellent ou se réconcilient pour relancer le projet contractuel* » ; H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 356 ; R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. p. 214, spéc. p. 227 : « *le contrat largue les amarres avec le moment de sa formation pour s'admettre processus évolutif, qui ne peut sortir tous ses effets au moment de sa formation* ».

[1804] En ce sens, v. H. Muir Watt, art. préc., spéc. p. 175-176 : « *la relation contractuelle représente une situation complexe et évolutive, autonome par rapport à son acte créateur. Reconnaître cette réalité, c'est admettre qu'il faut faire place à un régime spécifique, caractérisé par sa flexibilité et par le besoin d'assurer l'ajustement constant du contrat non seulement par rapport aux circonstances externes, mais aussi en fonction de son propre vécu* ».

482. L'emprise du temps sur le contrat n'est cependant pas la seule cause susceptible d'affecter sa pérennité.

§2 L'IMMUTABILITE DU CONTRAT A L'EPREUVE DE LA DIVERGENCE DES INTERETS

483. Le principe d'immutabilité fait l'objet d'une compréhension restrictive. En effet, si l'article 1134 du Code civil prohibe la mutabilité unilatérale du contrat, il autorise celle intervenue sur décision unanime des parties. Cette dernière exigence est cependant difficile à satisfaire car, si les parties ne sont pas nécessairement dans un rapport antagoniste, elles sont toujours animées d'intérêts divergents. Or, il va de soi que chaque contractant est naturellement amené à privilégier son intérêt et à prôner une modification qui lui profite exclusivement.

Pourtant, si dans les contrats-échange *stricto sensu*, les intérêts des parties sont divergents, il n'en est pas de même dans les contrats porteurs d'un intérêt commun qui se superpose à l'objectif contractuel commun. Chacun poursuivant un intérêt identique, la modification du contrat souhaitée par l'un profite *a priori* à tous.

En partie avérée, l'affirmation doit cependant être relativisée. D'une part, on l'a vu, l'intérêt commun n'empêche pas l'existence d'intérêts partiellement divergents[1805]. Ni l'objectif commun ni même l'intérêt commun ne réalise une convergence totale des intérêts. D'autre part, l'exigence d'une modification consensuelle se révèle d'autant plus rigoureuse dans des contrats-organisation comme la société que celle-ci est le plus souvent un contrat pluripartite[1806]. Or, il va sans dire que ce pluralisme rend nécessairement difficile la réunion d'un consensus[1807]. En effet, outre la difficulté de se mettre d'accord sur la nécessité d'adopter une stratégie nouvelle pour garantir la pérennité de la société, les associés doivent également s'accorder sur les moyens d'y parvenir. Au final, l'unanimité sera là encore difficile à obtenir. La règle unanimiste se révèle d'autant plus exigeante que les parties entretiennent souvent des relations distendues.

[1805] V. *supra*, n° 323.

[1806] La société anonyme est nécessairement un contrat pluripartite. Le législateur, inspiré du droit anglais, a, en effet, imposé un minimum de sept associés (article L. 225-1 du Code de commerce). Ce nombre minimal exigé fait de plus en plus l'objet de critiques. V. P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17e éd., Dalloz, 2014, n° 297.

[1807] J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, p. 8-9.

484. La prise de conscience de l'ensemble de ces obstacles a progressivement incité législateur et jurisprudence à assouplir le principe d'immutabilité contractuelle.

SECTION 2 LA FLEXIBILITE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITE AU SERVICE DE LA PERENNITE CONTRACTUELLE

485. Afin d'infléchir le principe d'immutabilité, législateur et jurisprudence favorisent de plus en plus l'usage de l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat (§1) tout en se portant garant de la protection de celui qui le subit (§2).

§1 LA GENERALISATION DE L'UNILATERALISME

486. Traditionnel en droit des sociétés (A), l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat tend à se développer en droit commun des contrats (B).

A- L'USAGE TRADITIONNEL DE L'UNILATÉRALISME EN DROIT DES SOCIETES

487. A partir du moment où l'on analyse la loi de la majorité comme une marque d'unilatéralisme dans l'exécution du contrat de société (1), il convient de justifier sa consécration au regard de l'article 1134 du Code civil (2).

1- L'identification de la majorité à l'unilatéralisme

488. Compréhension de l'unilatéralisme. Dès le XIXème siècle, le législateur a accepté de faire fléchir le principe d'immutabilité et promu l'unilatéralisme dans le fonctionnement de la société. Il convient cependant d'emblée de s'accorder sur la coloration particulière que revêt cet unilatéralisme sociétaire. Loin de s'entendre *stricto sensu* comme « *l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté* »[1808], il doit être compris comme la prérogative offerte à une majorité de prendre seule une décision qui sera ensuite imposée à tous.

[1808] L. Aynès, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 3, spéc. p. 3.

Majorité et unilatéralisme ont donc pour point commun de contraindre une ou plusieurs parties à respecter une décision à laquelle elles n'ont pas consenti[1809]. Aussi la modification unilatérale du contrat de société ne s'entend-elle pas comme « *la modification à l'origine de laquelle on ne trouve qu'une seule partie* »[1810] mais, négativement, comme la modification à l'origine de laquelle on ne trouve pas toutes les parties. Autrement dit, si l'assimilation de l'unilatéralisme et de la majorité peut être opérée, c'est parce que tous deux s'opposent à la modification unanime et confèrent un pouvoir modificatif à un seul contractant ou à une fraction d'entre eux.

489. Compréhension de la majorité. Ainsi entendu, le pouvoir modificatif sociétaire commande que l'on définisse la notion même de majorité.

En premier lieu, il importe de l'entendre comme une majorité de capital et non une majorité d'individus[1811]. Le nombre de voix de chaque associé est en effet calculé en fonction du capital investi[1812]. La précision n'est évidemment pas négligeable puisqu'il n'est pas rare qu'un associé ou qu'une poignée d'associés détienne une majorité de voix dans une société comportant pourtant des milliers d'actionnaires[1813].

En deuxième lieu, il convient de déterminer la proportion de voix nécessaires à la prise de décision. Or, à cet égard, le législateur distingue selon l'importance de la décision[1814]. Si une

---

[1809] C. Ruellan, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1997, n° 801, p. 590 : « *le principe majoritaire, à l'instar de l'unanimité, recèle une autorité formelle qu'il puise dans la force du nombre. De sorte que la décision majoritaire s'impose à tous, même à ceux qui n'y ont pas adhéré par le seul fait que le critère formel déterminé par le nombre est vérifié* » ; A. Boquet, « La minorité dans les sociétés de capitaux », *RJC* 1983, p. 121, spéc. p. 121 : « *La minorité est en principe, soumise à cette dernière* (la majorité) *et ne dispose d'aucun pouvoir opposé lui permettant d'engager elle-même le groupement, d'imposer ses vues ou même de résister à la décision prise* ». La majorité implique en effet théoriquement que « *la volonté exprimée par le plus grand nombre au sein d'un groupe devient la loi des membres de ce groupe* » : D. Schmidt, « Exposé introductif », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, novembre 1991, p. 7.

[1810] Définition de la modification unilatérale donnée par H. Lécuyer, « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 47, spéc. p. 48.

[1811] Y. Guyon, « La société anonyme, une démocratie parfaite », in *Mél. C. Gavalda, propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 133, spéc. p. 137 : « *la société anonyme est une démocratie de capitaux, non de personnes…* ». L'exigence d'une majorité de capital pour les sociétés par actions est inscrite à l'article L. 225-122 du Code de commerce.

[1812] B. Solle, « Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 40, spéc. p. 44.

[1813] X. Boucobza, « La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux », in *Mél. AEDBF-France*, 2001, p. 45, spéc. p. 50 : « *Puisque les voix permettant de concourir à la formation de la majorité sont attachés aux titres et non à une personne, un même actionnaire, ou un groupe d'actionnaires, peut détenir à lui seul une majorité* ».

[1814] S. Vaisse, *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, Contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967, p. 4 : « *La majorité peut être simple, relative, absolue, qualifiée ou renforcée* » ;

majorité simple suffit s'agissant de l'adoption de décisions ordinaires, une majorité qualifiée est exigée pour adopter des décisions extraordinaires comme celle de modifier les statuts. En effet, pour ces dernières, une majorité des trois quarts est impérativement requise dans les sociétés à responsabilité limitée[1815] et les sociétés par actions[1816].

En troisième et dernier lieu, la majorité doit être appréciée au regard des voix « présentes ou représentées ». C'est dire que la décision prise et imposée à tous peut en réalité résulter d'une minorité d'associés. Pour cette raison, le législateur a superposé à l'exigence de majorité une exigence de représentativité dénommée quorum[1817]. Toutefois, afin de limiter les coûts liés aux frais de convocation, le législateur n'a cessé d'abaisser le quorum requis. D'abord fixé à la moitié des actions ayant le droit de vote, sur première convocation, et au quart, sur deuxième convocation, le quorum exigé n'est actuellement que d'un quart, sur première convocation, et d'un cinquième, sur deuxième convocation[1818]. C'est dire s'il l'on se rapproche alors d'une décision unilatérale permettant encore davantage à des associés de se voir imposer une décision qu'ils n'ont pas nécessairement souhaitée.

2- Les justifications pratiques de l'avènement de la modification à la majorité

490. Si le fondement théorique de la loi de la majorité peut être discuté au regard de la méfiance que suscite traditionnellement l'unilatéralisme[1819], chacun s'accorde à considérer qu'elle doit néanmoins s'imposer. Avec l'avènement de sociétés capitalistes comportant des milliers d'actionnaires, l'unanimité devient une exigence impossible à satisfaire et devient une

---

B. Solle, art. préc., spéc. p. 46. Elle peut être encore qualitative ou quantitative. V. J. Mestre, « Rapport de synthèse », in *La loi de la majorité*, *RJC* 1991, n° spécial, p. 138, spéc. p. 139.

[1815] Article L. 223-30 du Code de commerce.

[1816] Article L. 225-96 du Code de commerce.

[1817] M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 545, p. 226 : « *Le quorum est la quotité d'actions ayant le droit de vote qui doit être présente ou représentée pour qu'une assemblée puisse délibérée valablement* ».

[1818] Article L. 225-96 du Code de commerce pour les sociétés anonymes et article L. 223-30 du même Code pour les SARL. Ces dispositions sont au demeurant impératives. V. M.-C. Monsallier, th. préc., n° 549 et s., p. 227 et s.

[1819] L'unilatéralisme est perçu en droit privé comme un « *corps étranger* », « *un phénomène irritant* » : P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 87, spéc. p. 88. Il est en revanche parfaitement intégré en droit public. V. L. Aynès, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 3, spéc. p. 3 et 4.

source d'entrave aux nécessaires évolutions sociétaires[1820]. Les associés en ont d'ailleurs rapidement pris conscience puisque, avant même que le législateur n'intervienne pour prescrire la loi de la majorité dans les sociétés de capitaux, ils avaient pris l'habitude d'insérer dans les statuts de ces sociétés une clause autorisant la loi de la majorité à gouverner[1821]. On le voit, c'est la nécessité de faciliter l'adaptation de la société aux nouvelles circonstances afin de permettre sa pérennité[1822] qui a justifié la dérogation au principe issu de la lecture volontariste de l'article 1134 du Code civil[1823]. Or, dès lors que l'on a pris conscience que de nombreux contrats de droit privé sont également voués à durer et que l'objectif de pérennité n'est donc pas inhérent à la société, il faut admettre qu'une lecture novatrice de l'article 1134 devient le préalable nécessaire à la généralisation de l'unilatéralisme.

B- LE RÉCENT RECOURS A L'UNILATÉRALISME EN DROIT COMMUN DES CONTRATS

491. En raison de sa contrariété avec la théorie contractuelle volontariste, l'unilatéralisme est longtemps demeuré l'apanage du droit des sociétés. Ce n'est que récemment que le droit commun des contrats s'est approprié sa technique. L'acculturation a néanmoins été progressive. La jurisprudence a d'abord admis qu'une partie seule pouvait requérir la renégociation du contrat (1), puis qu'une partie seule pouvait procéder à la fixation d'un élément en cours d'exécution du contrat (2).

[1820] R. Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ*. 1907, p. 245, spéc. p. 281 et s. ; H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 7-8 ; X. Boucobza, « La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux », in *Mél. AEDBF-France*, 2001, p. 45, spéc. p. 45 ; J. Mestre, art. préc., spéc. p. 138 : « *si, positivement, lorsque la décision est adoptée, l'unanimité est un immense avantage, elle se révèle paralysante, négativement, lorsqu'une personne exerce son droit de veto. Car, le veto est l'autre versant de l'unanimité* ».

[1821] G. Ripert, « La loi de la majorité dans le droit privé », in *Mél. N. Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 351, spéc. p. 353.

[1822] On retrouve cette idée exprimée en doctrine. V. J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, p. 8-9 : « *La société par actions… est faite pour durer longtemps et elle aura à subir le contrecoup des révolutions économiques. Les fondateurs, certes, essaieront de prévoir les différentes difficultés qui pourront se présenter, mais l'avenir peut toujours réserver de l'imprévu. Comment par exemple, prévoir les transformations techniques qui demain rendront ruineuse l'exploitation jusqu'ici lucrative d'un brevet ? La société doit pouvoir s'adapter aux circonstances économiques* ».

[1823] E. Gaillard, *La société anonyme de demain : la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, thèse Paris, 1933, p. 19 : « *La nécessité de réunir l'unanimité des actionnaires rendait pratiquement impossible les modifications des statuts ; jamais les décisions d'une grande société ne parvenaient à réunir l'unanimité. Il y avait toujours des opposants, du moins des absents, voire même des titres égarés, et cependant il fallait pouvoir les modifier pour permettre aux sociétés de vivre, de prospérer ou simplement d'échapper à la ruine* » ; D. Schmidt, « Exposé introductif », in *La loi de la majorité*, *RJC* 1991, n° spécial, p. 7, spéc. p. 7.

1- La modification unilatérale du contrat au cours de son exécution

492. Les raisons traditionnelles du refus légal de la révision du contrat. Parce que le contrat a longtemps été perçu comme une « *brève amourette* »[1824], il ne paraissait pas nécessaire de permettre son évolution au cours de son exécution. Insensible à l'écoulement du temps, il avait vocation à rester immuable et à ne pas être révisé.

493. Une consécration légale exceptionnelle. Prenant cependant conscience que certains contrats étaient susceptibles, à l'instar de la société, de s'inscrire dans la durée, le législateur a multiplié les dispositions permettant à certains d'entre eux d'être unilatéralement révisés. Ainsi a-t-il admis la révision des rentes viagères[1825], des loyers à usage commercial[1826], des conditions de cession du droit d'exploitation en matière de propriété littéraire et artistique[1827] et des conditions et charges en matière de libéralités[1828]. Toutefois, l'absence de consécration légale d'un principe général de révision des contrats signait dans un même temps l'arrêt du processus de rapprochement du droit des sociétés et du droit commun des contrats.

494. Le refus jurisprudentiel d'une généralisation. Nombre d'auteurs ont alors placé leurs espoirs dans une jurisprudence qu'ils espéraient suffisamment innovante pour promouvoir l'usage de l'unilatéralisme en droit commun des contrats[1829]. Longtemps, pourtant, la jurisprudence y est demeurée sourde en droit privé[1830], à rebours de ce que le Conseil d'Etat

---

[1824] Expression empruntée au Professeur Rémy Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, 1990, préf. P. Catala, n° 116, p. 58.
[1825] Loi n° 48-420 du 25 mars 1949.
[1826] Décret n° 53-960 du 30 septembre 1953. Aussi bien le preneur que le bailleur peut prendre l'initiative de la révision.
[1827] Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.
[1828] Article 900-2 du Code civil modifié par la loi n° 84-562 du 4 juillet 1984.
[1829] En ce sens, v. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, vol. 1 *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2012, p. 521 : « *il faut laisser un certain pouvoir unilatéral à chaque contractant pour assurer l'adaptation du contrat aux changements de circonstances et donc permettre la survie de celui-ci* » ; P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse Lille II, 2012.
[1830] Ce n'est pourtant pas le cas dans bon nombre de législations étrangères. Sur le traitement de l'imprévision par les autres systèmes juridiques, v. R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Mél. A. Jauffret*, 1974, PUAM, p. 211 ; D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mél. A Sayag, Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 403 ; M. Mekki, « Hardship et révision des contrats », *JCP G* 2010, 1219, p. 2291.

autorisait[1831]. Aussi, sauf à caractériser une véritable situation de force majeure[1832], le contractant victime des meurtrissures du temps ne pouvait-il demander à modifier le contrat dont l'équilibre avait été substantiellement modifié.

495. Des raisons illégitimes. Admettre la révision du contrat par les parties à la suite de la survenance d'un évènement imprévisible ne contrevient pourtant à aucune considération morale ou économique[1833]. D'abord, il n'y a rien d'immoral à ne pas tenir ses promesses si le changement de circonstances est tel que l'équilibre initial du contrat en est totalement bouleversé. A l'inverse même, il devient immoral de la part du créancier d'exiger du débiteur victime des circonstances qu'il s'exécute dans les conditions initialement fixées. Ensuite, si la sécurité des contrats doit être assurée, ce n'est que dans la mesure où elle conserve un intérêt pour le commerce. Or, où demeure l'intérêt de maintenir une situation contractuelle fortement déséquilibrée qui risque à terme de dégénérer en force majeure ? Si l'on veut préserver la sécurité juridique, il importe justement de garantir aux parties l'exécution de leur convention[1834] grâce à une nouvelle répartition de la charge de l'évènement imprévu. A un contrat statique laisse place un contrat dynamique capable de résister aux effets du temps.

[1831]J.-F. Lachaume, « L'évolution du contrat administratif en droit français », in *L'évolution contemporain du droit des contrats*, Journées R. Savatier, 1986, PUF, p. 61, spéc. p. 69 ; CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains, *Rev. dr. public* 1984, p. 212, note J.-M. Auby.

[1832] Il faut entendre par véritable situation de force majeure, la situation dans laquelle il existe une impossibilité absolue d'exécution pour le contractant. Si l'impossibilité n'est que relative, il s'agit alors d'une situation d'imprévision.

[1833] En ce sens, v. not. R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Mél. A. Jauffret*, 1974, PUAM, p. 211, spéc. p. 213 ; J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 189, spéc. p. 191.

[1834] R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ*. 1983, p. 1, spéc. p. 4 ; L. Aynès, L'imprévision en droit privé, RJC 2005, p. 397, spéc. p. 399 : « *si la convention est réellement dotée d'une force juridique, celle-ci conduit à chercher autant que possible sa vie, plutôt que sa mort* » ; J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, art. préc., spéc. p. 191 : « *l'adaptation du contrat est économiquement préférable à sa disparition pure et simple : contrairement aux apparences, adapter le contrat, c'est donc sauvegarder sa stabilité en le faisant échapper à l'anéantissement qui le menace* » ; P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 87, spéc. p 91 : la solution « *qui tend à faire vivre le contrat, paraît plus bénigne et plus respectueuse que celle de le jeter par-dessus bord* » ; D. Mazeaud, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, n° 129, p. 4 ; M. Mekki, « Hardship et révision des contrats », *JCP G* 2010, n° 1219, p. 2291, spéc. p. 2292.

496. Un unilatéralisme relatif. En offrant à une partie la possibilité de requérir de son cocontractant qu'il accepte bon gré mal gré de procéder à la modification du contrat[1835], on accepte d'ouvrir la voie d'un unilatéralisme en droit commun des contrats. Pour autant, cet unilatéralisme n'est que relatif. En effet, lorsque la Cour de cassation accepte d'ouvrir une brèche dans la traditionnelle immutabilité contractuelle, ce n'est certainement pas pour permettre à l'une des parties de procéder elle-même à la modification requise. Celle-ci demeure entre les mains des deux parties, quand bien même l'une d'elles l'aurait unilatéralement demandée. Rien ne garantit donc que les discussions menées par les parties en vue de modifier le contrat aboutissent effectivement à son adaptation aux circonstances nouvelles. C'est dire si l'exigence unanimiste demeure fortement ancrée en droit privé des contrats[1836]. Preuve en est que, en droit du travail, la jurisprudence a clairement souhaité circonscrire le domaine de la modification unilatérale de l'employeur aux éléments de moindre importance[1837]. Si le changement des conditions de travail peut être effectivement imposé au salarié sous peine d'être licencié pour faute, la modification à proprement parler du contrat de travail sollicitée par l'employeur demeure subordonnée à l'accord du salarié[1838].

Cette rigueur jurisprudentielle se comprend en réalité parfaitement. Parce que le contractant est naturellement guidé par ses intérêts personnels, il est sans doute enclin à abuser de son pouvoir de modification unilatérale. Il n'est donc pas question de déroger de manière absolue

---

[1835] Si c'est le cocontractant de la victime des circonstances qui est tenu de proposer une renégociation, et donc laisserait penser que c'est à lui que revient l'initiative de la modification, la proposition de renégocier n'intervient en réalité qu'en réponse à une demande implicite de modification formulée par la victime. V. H. Lécuyer, « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 47, spéc. p. 52-53 :

[1836] V. S. Pons, « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA*, 8 avril 2008, n° 71, p. 4.

[1837] L'arrêt Raquin (Cass. soc., 8 octobre 1987, M. Raquin et autre c/ Société anonyme J. Marchand, *Dr. ouvrier* 1988, p. 259, note P. Tillie, pourvoi n° 84-41902,) avait clairement opéré la distinction entre les modifications non substantielles, qui pouvaient faire l'objet d'une modification unilatérale de l'employeur et donc ne pouvaient être refusées par le salarié, et les modifications substantielles, qui ne le pouvaient pas et nécessitaient, par suite, l'accord du salarié pour être opérées. Les arrêts du 10 juillet 1996 (*Bull. civ*. V, n° 278) ont, cependant, mis un terme à la distinction entre modification substantielle et non substantielle pour lui substituer celle entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail. Toutefois, il ne s'agit là pour l'essentiel que d'un changement terminologique puisque les modifications du contrat de travail s'apparentent aux modifications jugées substantielles par le juge et les changements de conditions de travail s'apparentent aux modifications non substantielles. Sont ainsi considérées comme des modifications du contrat de travail et non comme de simples changements des conditions de travail, les modifications qui concernent la durée, la rémunération, le lieu, la qualification et les horaires de travail.

[1838] Au vrai, si le salarié peut effectivement s'opposer à une modification de son contrat de travail, il s'expose, cependant, même dans ce cas, à l'ouverture d'une procédure de licenciement à son encontre. Toutefois, à la différence d'un refus consécutif à un changement des conditions de travail, le licenciement est alors subordonné à la caractérisation d'un motif réel et sérieux.

à la règle unanimiste. La question se pose pourtant différemment lorsque les parties ont omis de fixer un élément du contrat lors de sa conclusion.

2- La fixation unilatérale d'un élément du contrat au cours de son exécution

497. Le rejet traditionnel de la fixation unilatérale. L'idée qu'une partie puisse postérieurement à la formation du contrat procéder à la fixation d'un de ses éléments ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Outre que ce serait heurter de front la conception volontariste du contrat, aucune disposition du Code civil ne peut en fournir un fondement textuel. A l'inverse, même, tout porte à croire que le législateur condamne un tel principe. En effet, si l'article 1134 du Code civil est peu propice à la reconnaissance de l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat, il paraît difficile d'admettre qu'une partie puisse fixer seule un élément essentiel du contrat en cours de son exécution. Plus encore, les articles 1108 et 1129 du Code civil semblent indiquer que les prestations doivent être prévues *ab initio* par les parties. Le premier dispose en effet que l'objet doit être certain et le second exige qu'il soit déterminé ou du moins déterminable. Précisément, ce dernier énonce dans son alinéa premier qu' « *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* » et, dans son alinéa second, que « *la quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». Certes, il y a donc une place à une détermination ultérieure. Toutefois, sa compréhension traditionnelle est fort restrictive[1839]. D'abord, la détermination ultérieure ne peut concerner que des choses de genre et non des corps certains[1840]. Ensuite, elle « *ne peut concerner que les caractéristiques de l'objet dont la fixation n'est pas indispensable à la naissance d'un engagement contractuel* »[1841]. Enfin, elle ne doit pas émaner d'une partie seule, ce qui implique que les parties aient prévu *ab initio* un mécanisme objectif ou un tiers impartial permettant de procéder à la détermination postérieurement à la formation du contrat. En somme, pas plus que l'alinéa premier, l'alinéa second ne permet l'usage de l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat. Enfin, l'article 1591 du Code civil relatif à la vente prescrit un prix déterminé et désigné par les parties. Or, puisque le contrat de vente a été érigé par le législateur en modèle du droit commun, il ne paraît pas anormal

[1839] T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31, spéc. p. 32-33.
[1840] T. Revet, art. préc., spéc. p. 32 : si pour les choses de genre l'espèce doit être déterminée lors de la conclusion du contrat, la qualité et la quantité de l'espèce peuvent quant à elles être déterminées ultérieurement.
[1841] T. Revet, art. préc., spéc. p. 31.

d'étendre l'exigence légale à l'ensemble des contrats. Partant, c'est bien de la combinaison des articles 1134, 1129 et 1591 du Code civil que la jurisprudence a pu déduire la prohibition d'une détermination unilatérale de l'objet de l'obligation.

498. Le revirement progressif. La prise de conscience de l'influence de l'évolution des circonstances sur les contrats de longue durée a cependant contraint la jurisprudence à relativiser cette prohibition. Afin de permettre au contrat de produire durablement et efficacement ses effets, la jurisprudence a ainsi progressivement assoupli l'exigence d'un prix déterminé lors de la conclusion du contrat. Tout d'abord, elle a accepté qu'un prix de vente puisse être, non plus déterminé, mais seulement déterminable en fonction d'éléments objectifs indépendants des parties[1842]. Par la suite, cette interprétation souple et réaliste de l'article 1591 du Code civil a bénéficié au contrat de bail[1843], de location de chose[1844], de travail[1845], d'assurance[1846] et de prêt à intérêt[1847]. Puis, dans les années 1970, la jurisprudence a franchi une nouvelle étape en écartant l'exigence de détermination ou de déterminabilité du prix pour le contrat d'entreprise[1848], de commande d'art[1849] et de mandat, considérant que le prix n'était pas un élément essentiel de ces contrats et ne pouvait de toute façon pas être déterminé *ab initio*.

499. L'exigence injustifiée de la détermination du prix dans les contrats-cadre. En matière de contrat-cadre de distribution, la Cour de cassation a d'abord exigé sur le fondement de l'article 1591 du Code civil puis sur celui de l'article 1129 du même Code, la détermination du prix[1850]. La nullité de ces contrats était donc systématiquement prononcée[1851] lorsque le prix

---

[1842] Cass. req., 7 janvier 1925, *DH* 1925, p. 57.
[1843] Cass. civ. 1ère, 14 décembre 1960, *Bull. civ*. I, n° 543 ; Cass. civ. 3e, 27 juin 1973, *Bull. civ*. III, n° 446.
[1844] CA Amiens, 21 décembre 1976, *Gaz. Pal*. 1997, p. 219.
[1845] Cass. soc., 27 novembre 1980, *Bull. civ*. V, n° 853.
[1846] Cass. civ. 1ère, 18 février 1985, *Bull. civ*. I, n° 91 ; Cass. civ. 1ère, 19 novembre 1985, *Bull. civ*. I, n° 305.
[1847] Cass. civ. 1ère, 2 mai 1990, pourvoi n° 87-19106 ; *Rev. banque* 1990, p. 1097, obs. J.-L. Rives-Lange ; *RJC* 1990, p. 432, note D. Schmidt ; *RTD civ*. 1991, p. 111, obs. J. Mestre.
[1848] Cass. civ. 3e, 3 décembre 1970, *Bull. civ*. III, n° 663 ; Cass. civ. 1ère, 15 juin 1973, *Bull. civ*. I, n° 202 ; Cass. civ. 1ère, 19 décembre 1973, *Bull. civ*. I, n° 360.
[1849] Cass. civ. 1ère, 24 février 1987, *Bull. civ*. I, n° 70 ; *D*. 1988, p. 97, note E. Edelman.
[1850] La Cour de cassation admettait début XXe siècle la validité de contrat contenant une clause de détermination du prix d'après les éléments tenant au cours général des marchandises vendues, c'est-à-dire en application du marché. V. par exemple Cass. req., 5 février 1934, *Gaz. Pal*. 1934, 2, p. 331.
[1851] La jurisprudence avait d'abord choisi de sanctionner l'absence de détermination du prix par la caducité, puis avait par la suite favorisé la sanction de la nullité absolue particulièrement critiquable sur un plan pratique. Sur l'évolution et la critique de la sanction, v. J. Ghestin, « La portée des arrêts du 1er décembre 1995 relatifs à la

n'était pas déterminé ou, plus vraisemblablement, lorsqu'une clause permettait à l'une des parties de le fixer unilatéralement[1852]. Or, si les parties concluaient un contrat-cadre, c'était justement parce qu'elles avaient conscience de l'impossibilité de fixer l'ensemble des modalités contractuelles dès l'échange de leurs consentements[1853]. L'unilatéralisme était donc une conséquence consubstantielle de la conclusion de tels contrats[1854]. En décider autrement revenait à offrir une échappatoire un peu commode aux distributeurs[1855] ou se plaindre postérieurement à la conclusion de l'absence de détermination du prix. En outre, l'annulation en chaîne des contrats-cadre de distribution et des contrats d'application qui lui succédaient n'était pas sans générer une importante insécurité juridique, ce que précisément le principe de la force obligatoire cherche à combattre.

Inadaptée en pratique, cette exigence ne se révélait pas davantage fondée en théorie. D'abord, on a beau relire l'article 1134 du Code civil, rien n'autorise à penser qu'il ferme la voie d'un unilatéralisme contemporain de l'exécution du contrat. Son alinéa 2 énonce seulement que la convention ne peut être révoquée que d'un consentement mutuel. Or, puisque la révocation est plus radicale que la modification du contrat, la transposition de la prohibition ne s'impose en aucune manière. Quant à son alinéa premier, s'il prescrit l'intangibilité du contrat, il est de plus en plus admis qu'il est davantage relatif à l'objectif contractuel qu'aux obligations qu'il crée[1856]. Ensuite, si l'article 1591 du Code civil exige bien la détermination du prix au moment de la conclusion du contrat, il n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls contrats de vente. Or, si la convention-cadre prévoit la conclusion de futurs contrats de vente, cela ne suffit pas à l'assimiler au contrat de vente lui-même[1857]. Enfin, si l'article 1129 du Code civil pouvait plus légitimement

---

détermination du prix au regard de leurs justifications », in *Mél. G. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 183, spéc. p. 186 à 188 ; C. Jamin, « Les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com.* 1997, p. 19, spéc. p. 30 et s.

[1852] Seules étaient tolérées par la jurisprudence les clauses de l'offre-concurrente, les clauses faisant référence aux prix pratiqués par des concurrents réels et précisément déterminés par le fournisseur ou fixés par un tiers indépendant selon l'article 1592 du Code civil. V. par exemple Cass. com., 21 juin 1977, 2 arrêts, *Bull. civ*. IV, n° 178 et 179.

[1853] En ce sens, v. M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in *Mél. R. Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 263, spéc. p. 267 ; L. Vogel, « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.* 1995, chron. p. 155, spéc. p. 155.

[1854] En ce sens, v. J. Ghestin, art. préc., spéc. p. 192.

[1855] Il n'était pas rare en effet que les distributeurs prennent prétexte de l'absence de prix pour annuler une convention qui ne leur convenait plus, par exemple parce qu'ils souhaitaient l'éviction d'une clause de non-rétablissement, d'une clause compromissoire ou d'une clause pénale. Dès lors, si l'objectif initial de la nullité pour indétermination du prix, à savoir la protection du distributeur, était tout à fait louable, elle aboutissait à des effets pervers en plaçant le fournisseur à la merci du distributeur. V. L. Vogel, art. préc., spéc. p. 162.

[1856] V. *supra*, n° 383.

[1857] L. Vogel, art. préc., spéc. p. 156-157.

être invoqué en raison de la généralité de ses termes, il ne permettait pas *a priori* à la Cour de cassation de prononcer la nullité des contrats de distribution contenant une clause de fixation unilatérale du prix au moment de l'exécution du contrat. En effet, si l'alinéa 2 de l'article 1129 exige que la quotité soit fixée, il n'exige cependant pas, à la différence de l'article 1591 du Code civil, que la quotité soit fixée par les deux parties[1858].

500. Le revirement en matière de contrat-cadre. Aussi la Cour de cassation est-elle revenue sur son interprétation traditionnelle et a finalement admis la validité des clauses prix catalogue[1859]. De manière plus radicale, elle a finalement opéré un important revirement en considérant, d'abord, que « *l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable au prix* », ensuite, que « *lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* » et, enfin, que « *la clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* »[1860].

501. La portée générale du revirement. Désormais, la détermination du prix ne constitue plus une condition de validité des contrats-cadre. Partant, est parfaitement valable le contrat qui contient une clause faisant référence au tarif en vigueur ou ne contenant aucune mention relative au prix. Mieux, la solution connaît une portée générale et n'est donc pas

---

[1858] T. Revet, art. préc., spéc. p. 33 : « *Seule une certaine conception du contrat et du rôle du juge en la matière est apte à expliquer une interprétation de l'article 1129 al. 2 du Code civil excluant la détermination unilatérale de la quotité des choses de genre au temps de l'exécution du contrat* » ; C. Aubert de Vincelles, « Pour une généralisation encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D*. 2006, chron. p. 2629, spéc. p. 2632-2633 ; M. Jéol, « Le contenu juridique des décisions du 1er décembre 1995 », *RTD com*. 1997, p. 1, spéc. p. 5 : « *On a littéralement inventé l'article 1129 du code civil pour étendre les exigences de l'article 1591 à tous les contrats ou presque* ».

[1859] Cass. civ. 1ère, 29 novembre 1994 (2 arrêts), *Bull. civ*. I, n° 348 ; *D*. 1995, p. 122, note L. Aynès ; *JCP G* 1995, II, 22371, note J. Ghestin ; *RTD civ*. 1995, p. 358, obs. J. Mestre.

[1860] Cass. ass. plén., 1er décembre 1995, *Bull. civ*. n° 7, n° 9 ; *D*. 1996, p. 13, concl. M. Jéol, note L. Aynès ; *JCP G* 1996, II, 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; *Defr*. 1996, p. 747, obs. P. Delebecque ; *RTD civ*. 1996, p. 153, obs. J. Mestre.

cantonnée aux contrats-cadre ou au domaine de la distribution[1861]. La Cour de cassation témoigne de sa volonté de faire de la solution le principe du droit commun des contrats[1862]. Ce n'est donc que de manière exceptionnelle, lorsqu'il existe des dispositions particulières[1863], que les parties demeurent privées de la possibilité de déterminer unilatéralement le prix lors de l'exécution[1864]. Toutefois, même dans ces dernières hypothèses, il est possible que la solution autorisera une lecture renouvelée de ces dispositions particulières qui, sans aller jusqu'à admettre l'indétermination du prix, sera susceptible de généraliser la possibilité pour les parties d'insérer une clause de détermination unilatérale du prix[1865].

502. Un unilatéralisme absolu. Si la Cour de cassation n'a accepté que tardivement la fixation unilatérale du prix, ce n'est pas tant en raison de son hostilité à adopter une jurisprudence

---

[1861] La solution a été formulée pour les contrats-cadre mais rien ne laissait entendre dans la formulation utilisée qu'elle souhaitait en restreindre la portée à ces seuls contrats-là. V. C. Jamin, « Les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com.* 1997, p. 19.

[1862] V. M. Jéol, art. préc., spéc. p. 3 : « *le nouveau système s'applique, non seulement aux contrats cadres, mais aussi à toutes les conventions dont l'exécution s'inscrit dans la durée, qu'elle soit successive, échelonnée ou différée* » ; D. Bureau et N. Molfessis, « Les arrêts de l'assemblée plénière de la cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA*, 27 décembre 1995, n° 155, p. 11, spéc. p. 14. Les arrêts ultérieurs, loin de contredire une telle analyse, l'ont confortée. V. par exemple Cass. civ. 1ère, 12 mai 2004, pourvoi n° 03-13847 ; *RDC* 2004, p. 924, obs. D. Mazeaud : « *l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix en toute matière* ». Certains auteurs, pourtant, critiquent la nécessité et les fondements de la solution et plaident la restriction du champ d'application de la solution à certains contrats seulement. V. J. Huet, « Critique de la jurisprudence de l'assemblée plénière sur l'indétermination du prix », in *Mél. A. Sayag*, Litec, 1997, p. 311 ; J. Calvo, art. préc., spéc. p. 24.

[1863] Tel est le cas en matière de contrat de vente, l'article 1591 du Code civil exige un prix déterminé ou déterminable. Toutefois, la disposition serait applicable en toute logique qu'aux ventes conclues isolément et non aux ventes intervenues par application d'un contrat-cadre. V. C. Jamin, art. préc., spéc. p. 20-21. Sur la complexité des relations entre le contrat-cadre et le contrat d'application, v. A. Brunet et A. Ghozi, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998, chron. p. 1 et s.). Pour la liste de l'ensemble des contrats soumis à des dispositions particulières, v. not. N. Molfessis, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, n° 90, p. 41, spéc. p. 42 et s.

[1864] A partir de 1987, la jurisprudence avait tenté d'atténuer les conséquences néfastes de la solution traditionnelle. Elle a d'abord souhaité le faire en distinguant les contrats comportant une obligation de donner, soumis à l'exigence d'un prix déterminé, et les contrats comportant une obligation de faire, soumis à une libre détermination du prix. Toutefois, aussi louable soit-elle, la distinction se révélait impraticable car nombre de contrats comportaient les deux types d'obligation. Elle a ensuite souhaité le faire en considérant que le contrat prévoyant une détermination ultérieure du prix était valable à condition que le prix puisse être librement débattu ou négocié. Toutefois, la solution engendrait nécessairement de l'insécurité juridique : comment, en effet, le juge peut-il opérer un tel contrôle ? V. J. Calvo, « L'indétermination du prix dans les contrats : d'une indétermination à l'autre », *LPA*, 17 janvier 1996, n° 8, p. 20, spéc. p. 22 ; L. Vogel, art. préc., spéc. p. 157.

[1865] T. Revet, art. préc., spéc. p. 39 ; M. Jéol, art. préc., spéc. p. 3 ; L. Leveneur, « Indétermination du prix : le revirement et sa portée », *CCC* janvier 1996, p. 1, spéc. p. 4 : l'auteur préconise également de sanctionner l'indétermination du prix dans ces contrats, non plus par la nullité absolue, mais par la nullité relative pour permettre de se prévaloir de la confirmation tacite et empêcher ainsi qu'une partie puisse prendre prétexte de cette indétermination du prix pour faire annuler des contrats dont l'exécution se seraient parfaitement déroulés.

contra legem que de sa crainte d'octroyer au contractant un véritable pouvoir unilatéral. En effet, il ne s'agit pas seulement ici d'offrir au contractant le droit de demander qu'un élément du contrat soit modifié ou qu'un nouvel élément soit fixé[1866], mais bien de lui conférer la faculté de fixer lui-même un élément que les parties[1867] avaient le choix de ne pas déterminer lors de la conclusion du contrat.

Si nécessaire qu'il soit pour garantir l'efficacité durable des contrats[1868], l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat ne peut être généralisé qu'à condition d'être encadré.

§2 L'ENCADREMENT DE L'UNILATERALISME

503. Si l'unilatéralisme est nécessaire pour permettre au contrat de produire durablement ses effets juridiques, il n'est pas sans générer un risque d'arbitraire. Pour cette raison, l'usage de l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat fait l'objet d'un encadrement rigoureux en droit des sociétés et en droit commun des contrats, que ce soit s'agissant de son domaine d'application (A), ou de sa finalité (B).

A- UN DOMAINE D'APPLICATION LIMITE

504. Le domaine assigné à l'unilatéralisme en droit des sociétés (1) et en droit commun des contrats (2) se révèle sensiblement différent.

[1866] Il s'agit en effet ici d'une fixation d'un nouvel élément du contrat et non d'une modification à proprement parler qui « *se définit comme l'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer en cours d'exécution un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie en maintenant le rapport contractuel* ». V. A ; Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, LGDJ, 1980, préf. D. Tallon, n° 13, p. 5.

[1867] Si la solution a avant tout vocation à bénéficier au créancier, il n'est pas exclu d'octroyer au débiteur un pouvoir de détermination unilatérale du prix contrôlé *a posteriori via* la théorie de l'abus de droit. V. T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31, spéc. p. 41.

[1868] V. A. Brunet et A. Ghozi, art. préc. : la jurisprudence nouvelle permet de « *supprimer à juste titre l'utilisation perverse de la sanction de l'indétermination du prix dans les contrats de vente et, au-delà, fournir un cadre approprié à des relations contractuelles de longue durée, incompatibles il est vrai avec l'exigence d'un prix fixé une fois pour toutes lors de la stipulation* » ; D. Bureau et N. Molfessis, art. préc., spéc. p. 13.

1- En droit des sociétés

505. Le silence du législateur de 1867. A l'origine, la société est considérée comme un contrat synallagmatique ordinaire qui doit obéir au principe d'immutabilité. Il n'est donc pas question d'accorder à une majorité d'associés le pouvoir de modifier le pacte social pour tout type de dispositions. Ce n'est que lors de la réforme du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales que le législateur prit finalement l'initiative de consacrer l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat de société, y compris afin de procéder à la modification des statuts. Ce faisant, le législateur ne fit qu'entériner une pratique qui s'était déjà largement répandue dans les sociétés par actions dont la taille souvent importante empêchait très souvent d'obtenir l'unanimité des associés.

Toutefois, si l'admission de la loi de la majorité paraissait ainsi définitivement réglée[1869], celle de son champ d'application continuait à se poser[1870]. Or, en raison du silence du législateur, la jurisprudence n'eut d'autre choix que d'intervenir. Si la pérennité de la société commandait de faciliter son adaptation en conférant un large pouvoir à l'assemblée générale extraordinaire, la protection des associés contractants ne devait pour autant pas être sacrifiée. Un compromis devait être trouvé entre la préservation des intérêts individuels et celle de l'intérêt social. Aussi, dès 1875, la jurisprudence a-t-elle clairement affiché sa volonté de restreindre le champ de compétence de l'assemblée générale extraordinaire et décidé que « *le pouvoir de modifier les statuts ne pouvait s'appliquer qu'à des changements qui se feraient dans les limites des règles d'administration ou d'organisation sans altérer les bases constitutives de la société de manière à blesser l'essence du pacte social* » [1871].

[1869] Encore que certains auteurs au lendemain de la loi contestaient la possibilité pour la majorité de pouvoir modifier les statuts en l'absence d'une clause statutaire l'autorisant. V par exemple L. Lyon-Caen et L. Renaud, *Traité de droit commercial*, 3e éd., T. II, n° 864. Et certaines décisions de jurisprudence validaient cette interprétation. V. CA Paris, 30 juillet 1891, *Journ. soc*. 1892, p. 107 : « *Considérant, déclare-t-il, que la loi de 1867, dans son article 31 n'a nullement entendu conférer aux assemblées générales extraordinaires le droit illimité de modifier les statuts en dehors des prévisions du pacte social ; qu'elle a voulu simplement préciser dans quelles conditions spéciales de majorité des résolutions de cette nature pourraient, en cas de contestation d'une partie des actionnaires, être prises lorsqu'elles sont prévues par les statuts* ».

[1870] H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 1.

[1871] CA Paris, 19 avril 1975, *S*. 1876, II, p. 119.

506. La théorie jurisprudentielle des bases essentielles. Dès 1893, la Cour de cassation[1872] consacra ensuite explicitement la théorie des bases essentielles qui consistait à distinguer les dispositions statutaires qui ont déterminé le consentement des associés lors de leur adhésion à la société des dispositions secondaires. Alors que les premières constituaient les bases essentielles du pacte social et échappaient donc à la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, les secondes entraient dans son champ de compétence et pouvaient donc être prises à la majorité. Parmi les bases essentielles figuraient notamment le principe de l'égalité entre actionnaires, le maintien de l'objet, le droit pour l'actionnaire de ne pas être dessaisi de sa part, la limitation de l'engagement de l'actionnaire au montant nominal de son action et le maintien de l'indépendance de la société qui ne pourra fusionner avec une autre[1873].

Nombre d'auteurs ont cependant rapidement dénoncé le caractère impraticable et articficiel de la distinction. Comment distinguer en effet ce qui a déterminé le consentement de chacun ? Plus encore, comment admettre que certaines clauses du pacte social doivent être considérées comme secondaires[1874] ?

507. La délimitation légale du pouvoir majoritaire. La loi du 22 novembre 1913 relatives aux sociétés par actions clarifia finalement et définitivement le champ de compétence de l'assemblée générale extraordinaire. Depuis un siècle, la majorité qualifiée a toute latitude pour modifier les dispositions statutaires[1875], y compris celles portant sur l'objet et la forme de la société[1876]. Quant aux lois postérieures, elles n'ont fait que conforter la toute puissance de

---

[1872] Cass. civ., 30 mai 1893, *D.* 1893, I, p. 105, note E. Thaller.

[1873] En parallèle, la doctrine développait la théorie des droits propres, v. *supra*, n° 129.

[1874] J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, n° 13, p. 19 : « *Nul ne peut sans témérité soutenir que seules telles ou telles clauses ont été déterminantes. Il y a là une fragmentation du contrat au moins arbitraire. Le consentement n'est pas divisible : c'est en bloc que l'on accepte les conditions d'un contrat, et les contractants doivent respecter l'ensemble même de ces clauses* » ; C. Cluzant, *Pouvoirs de l'assemblée extraordinaire de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire*, thèse Toulouse, 1906, n° 3, p. 5. J. du Garreau de la Méchenie, Les droits propres de l'actionnaire, thèse Poitiers, 1937, n° 15, p. 20 ; H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 20-21. La même critique avait été formulée en droit social qui lui aussi distinguait jusqu'en 1996 les modifications substantielles des modifications non substantielles et justifia que la jurisprudence lui substitua celle entre modification du contrat et changement des conditions de travail : v. par exemple, A. Cristau, *Droit du travail*, 10e éd. HU droit, Hachette Supérieur, 2013-2014, n° 236.

[1875] Il n'y a que deux limites légales à son omnipotence : les engagements des associés et la nationalité de la société toujours soumis à l'unanimité des associés sous peine de nullité de la délibération. V. *supra*, n° 94.

[1876] La précision est importante puisque, pour certains auteurs, tels E. Thaller et A. Wahl, la modification de la forme et de l'objet de la société engendrait nécessairement un remplacement de l'ancienne société par une nouvelle personne morale et, pour cette raison, aucune modification de la forme et de l'objet ne pouvait être opérée.

l'assemblée générale extraordinaire. D'abord, la loi du 1er mai 1930 interdit aux parties de restreindre le champ de compétence de l'assemblée générale extraordinaire des sociétés par actions. En conséquence, hormis la société par actions simplifiée pour laquelle les parties déterminent librement le mode de gestion de la société, il n'y a plus que dans les sociétés de personnes que la modification des statuts doit s'opérer à l'unanimité. Ensuite, l'ordonnance du 7 janvier 1959[1877] admit que la nationalité de la société puisse, à certaines conditions, être modifiée par l'assemblée générale extraordinaire. Partant, il ne reste donc plus que l'augmentation des engagements des associés qui requiert une décision unanime des associés. En somme, seul le contenu obligationnel échappe désormais et absolument au pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire et, par suite, demeure seul soumis au principe d'immutabilité.

Curieusement, la jurisprudence n'a pas tout à fait suivi la même voie en droit commun des contrats.

2- En droit commun des contrats

508. Distinction selon le degré d'unilatéralisme. En droit commun des contrats, il importe de distinguer entre l'usage de l'unilatéralisme relatif qui autorise une demande unilatérale et l'unilatéralisme absolu qui, plus encore, admet une modification unilatérale. Alors qu'il n'y a pas lieu de limiter le domaine de l'unilatéralisme lorsque le consentement des parties demeure requis pour procéder à la modification proprement dite, il convient de se montrer plus réservé lorsqu'une partie peut, d'autorité, modifier le contrat.

509. La réforme attendue du droit des obligations. L'avant-projet de réforme du droit des obligations manifeste au demeurant ses réserves à l'égard de l'épanouissement du pouvoir unilatéral dans le contrat[1878]. En effet, le principe est celui de la détermination bilatérale de l'objet de l'obligation (article 1121-3) et ce n'est que lorsque les contrats génèrent des obligations qui s'inscrivent dans la durée (article 1121-4) ou des obligations de faire (article 1121-5) que celles-

[1877] Ordonnance n° 59-123 du 7 janvier 1959.
[1878] B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen des contrats : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *LPA*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3.

ci peuvent faire l'objet d'une détermination unilatérale par le créancier[1879]. Cette prudence affichée par l'avant-projet de réforme de droit des obligations confirme le nécessaire encadrement dont le pouvoir unilatéral doit faire l'objet. Tel est encore le cas s'agissant de la finalité poursuivie par celui qui l'exerce.

B- UNE FINALITE CONTROLEE

510. Plus que le cantonnement du domaine de l'unilatéralisme, c'est le contrôle opéré sur sa finalité qui permet d'éluder le risque d'arbitraire et de sanctionner l'abus de pouvoir. A cet égard, la jurisprudence ne semble pas vouloir ériger l'atteinte à l'intérêt commun en critère décisif de l'abus de pouvoir. Que ce soit en droit des sociétés (1) ou en droit commun des contrats (2), d'autres éléments doivent être rapportés.

1- En droit des sociétés

511. Si l'atteinte à l'intérêt commun a été rapidement reconnue comme un critère constitutif de l'abus de majorité (a), elle n'a jamais constitué un critère suffisant (b).

a- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère constitutif de l'abus de pouvoir

512. La nécessité d'un contrôle judiciaire de la finalité. La reconnaissance de l'unilatéralisme au sein de la société est directement liée à l'existence d'une communauté d'intérêts entre les associés. Si les majoritaires se sont vus octroyer un pouvoir unilatéral de décision par le législateur, c'est pour satisfaire une finalité précise : l'intérêt commun des associés[1880]. La décision prise unilatéralement n'est légitime que si elle poursuit cette finalité[1881].

[1879] Quoi qu'il en soit, les principes européens du droit des contrats accordent une place conséquente à l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat. En effet, aux termes de l'article 6.105 de ces principes, un pouvoir unilatéral est non seulement reconnu en matière de prix, mais également s'agissant de tout autre objet du contrat. Aussi, pour certains auteurs, le droit français devrait-il s'en inspirer. V. D. Mazeaud, « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 81, spéc. p. 97 ; D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47, spéc. p. 57.

[1880] J.-L. Rives-Lange, art. préc., spéc. p. 66.

Partant, il importe de vérifier que la modification statutaire adoptée par les majoritaires est conforme à cette dernière. Il est donc nécessaire de s'assurer que la finalité assignée à l'unilatéralisme n'a pas été détournée par les majoritaires à leur profit exclusif[1882]. Pour cette raison, la Cour de cassation a admis que la décision imposée aux minoritaires pouvait faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* et, par suite, que les majoritaires pouvaient encourir une sanction pour abus de pouvoir[1883].

513. La compréhension de l'atteinte à l'intérêt commun. L'abus de majorité sera ainsi caractérisé toutes les fois que la résolution litigieuse aura été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser le groupe des actionnaires majoritaires[1884]. On le voit, les majoritaires ne sont susceptibles d'être sanctionnés qu'autant qu'il existe une véritable rupture d'égalité entre les associés[1885]. Pour que soit caractérisée l'atteinte à l'intérêt commun, il ne suffit donc pas que la modification statutaire déplaise ou même préjudicie aux minoritaires[1886]. Il faut, de surcroît, que les majoritaires s'avantagent à leur détriment. Plus

---

[1881] C'est précisément l'existence de cette finalité qui doit être recherchée par les majoritaires qui permet d'affirmer que ceux-ci ne sont pas titulaires d'un « droit » mais détenteurs d'un « pouvoir » de modification unilatérale. V. J.-L. Rives-Lange, art. préc., spéc. p. 66.

[1882] X. Boucobza, « La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux », in *Mél. AEDBF-France*, 2001, p. 45, spéc. p. 54 : il importe de s'assurer que l'associé majoritaire a fait usage de son pouvoir « *dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien* » et a, donc, fait abstraction des intérêts concurrents qu'il est susceptible d'avoir en d'autres qualités (salarié, dirigeant ou actionnaire d'une autre société). V. P. Didier, « Théorie économique et droit des sociétés », in *Mél. A. Sayag, Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 227, spéc. p. 240.

[1883] Cass. com., 18 avril 1961, *Bull. civ*. IV, n° 175 ; *D*. 1961, p. 661, *JCP G* 1961, II, 12164, note D. B. V. déjà Cass. com., 6 février 1957, *Bull. civ*. IV, n° 48 ; *JCP G* 1957, II, 10325, note D. Bastian.

[1884] V. Cass. com., 30 mai 1980, *Bull. civ*. IV, n° 223 ; *Rev. soc*. 1981, p. 311, note D. Schmidt ; Cass. com., 23 janvier 1987, *Bull. civ*. IV, n° 160 ; Cass. com., 22 janvier 1991, *Bull. civ*. IV, n° 39 ; Cass. com., 30 novembre 2004, *Bull. Joly soc*. 2005, p. 241, note P. Le Cannu ; Cass. civ. 1ère, 29 janvier 2007, *Dr. soc*. 2008, comm. 13, note J. Monnet ; B. Espesson-Vergeat, « La spécificité de la notion d'abus de droit en droit français des sociétés », in *L'abus de droit, comparaisons franco-suisses*, Publ. de l'Université de Saint-Etienne, 2001, sous la dir. de P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, p. 131, spéc. p. 133.

[1885] Soulignons néanmoins qu'une rupture d'égalité ne dessert pas nécessairement l'intérêt commun et pourra donc être souhaitée et votée par l'ensemble des associés. Ainsi qu'a pu le souligner le Professeur Dominique Schmidt, (« L'intérêt commun des associés », *Rev. dr. banc*. 1994, n° 45, p. 204) à propos de la suppression du droit préférentiel de souscription au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées ou de la création d'actions privilégiées réservées à certains actionnaires : « *dans tous les cas, la rupture d'égalité est consommée, mais elle est voulue car les associés estiment que les faveurs ainsi consenties contribuent au développement de la société et à l'enrichissement collectif, de sorte que la part qui reviendra à chacun sera plus importante que si ces faveurs avaient été refusées. Une rupture d'égalité peut servir l'intérêt de tous : l'inégalité acceptée manifeste la force de la communauté d'intérêt* ».

[1886] V. par exemple Cass. civ. 1ère, 10 septembre 2007, *Dr. soc*. 2008, comm. 45, note M.-L. Coquelet ou la décision précitée Cass. com., 18 avril 1961, *Bull. civ*. IV, n° 175 ; *D*. 1961, p. 661, *JCP G* 1961, II, 12164, note D. B. : en l'espèce, l'assemblée générale d'une société ayant décidé de nouveau le report du bénéfice de l'exercice antérieur, des actionnaires minoritaires avaient demandé l'annulation de la résolution arguant du fait que cette mise en réserve

encore, la jurisprudence exige que la rupture d'égalité soit délibérée ou, tout du moins, que les majoritaires aient eu conscience de s'avantager personnellement[1887]. Une telle preuve sera bien souvent difficile à rapporter et elle ne sera pas de toute façon suffisante.

b- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère insuffisant

514. Le cumul des critères. Si la preuve de l'atteinte délibérée à l'intérêt commun se révèle délicate à rapporter, elle n'est cependant pas la seule difficulté à laquelle les minoritaires vont se trouver confrontés. En effet, l'abus de majorité suppose que soit également caractérisée une atteinte à l'intérêt social comme en témoigne l'usage de la conjonction de coordination « et » entre les deux critères requis par la Cour de cassation[1888].

---

ne se justifiait pas en raison des réserves déjà constituées antérieurement. Certes, les demandeurs concédaient que « *cette mise en réserve, comme la plus grande partie des précédentes, ne trouvait pas d'autre explication que le désir de pourvoir à la marche et au développement dirigé de l'affaire sans recourir à une augmentation régulière de capital devenue indispensable* », mais ils faisaient valoir que « *cette pratique de mise en réserve masquait au public la situation florissante de la société, faussant ainsi le cours de l'action sur le marché* ». La Cour de cassation a cependant cassé l'arrêt d'appel et refusé de reconnaître l'abus de majorité car la décision ne révélait aucunement l'intention des majoritaires de favoriser leur intérêt au détriment de celui des minoritaires. En effet, la mise en réserve systématique que cherchait à contester les minoritaires engendrait des conséquences égales pour tous les actionnaires : aucun ne percevait de dividende et la valeur des titres augmentait dans une même proportion pour tous. Au demeurant, puisque la mise en réserve avait pour effet d'accroître la valeur des actions, et donc de réaliser l'objectif poursuivi par la société, la politique de thésaurisation pouvait même se révéler bénéfique pour les minoritaires. Dès lors, puisque l'on ne pouvait reprocher aux majoritaires d'avoir pris en considération leurs seuls intérêts, aucun abus ne pouvait être caractérisé. Cela ne signifie pas que l'atteinte à l'intérêt commun ne puisse jamais être caractérisée en cas de mise en réserve systématique. V. par exemple Cass. com., 6 juin 1990, *Bull. civ*. IV, n° 171 ; *Rev. soc*. 1990, p. 607, obs. Y. Chartier : la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir considéré eu égard à l'ensemble des circonstances (réserves égales à 22 fois le capital, politique d'investissements inchangée, rémunération importante des deux associées majoritaires, investissements personnels du gérant au lieu et place de la société, restrictions statutaires pour la cession des parts à des tiers qui empêchaient une augmentation de la valeur des titres de manière égale) que les nouvelles mises en réserve « *ne répondaient ni à l'objet ni aux intérêts de la société et qu'elles avaient favorisé les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires* ».

[1887] V. par exemple Cass. com., 29 mai 1972, *Bull. civ*. IV, n° 164 ; *Bull. Joly soc*. 1972, p. 563 : la Cour de cassation a caractérisé l'atteinte à l'intérêt des minoritaires puisque, alors que au sein de la société mère, tous les associés supportaient le poids de la prise en charge du passif d'une filiale, seuls les majoritaires en profitaient à travers la filiale.

[1888] En ce sens, v. M. Germain, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 189, spéc. p. 198 ; Y. Reinhard, « L'abus de droit dans le contrat de société », *JCP E, Cah dr. ent* 1998, p. 8, spéc. p. 9-10 ; A. Pirovano, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D*. 1997, chron. p. 189, spéc. p. 194. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 7 novembre 1972, *JCP G* 1973, II, 17448) avait cependant semblé semer le doute en énonçant que « *les décisions des assemblées générales des sociétés peuvent être annulées pour abus lorsqu'elles ont été prises sans égard pour l'intérêt de la société mais uniquement en vue de favoriser l'intérêt d'un associé ou d'un groupe d'associés majoritaires au détriment des membres des la minorité* ». La conjonction de coordination « mais » employée dans cet arrêt pouvait laisser penser que les deux conditions se confondaient et n'en formaient en réalité qu'une. V. G. Sousi, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse Lyon 3, 1974, n° 326, p. 317.

515. L'appréciation stricte de l'atteinte à l'intérêt social. S'il est permis de penser que l'atteinte à l'intérêt commun est strictement appréciée[1889], l'atteinte à l'intérêt social semble l'être davantage encore[1890]. Parce qu'elle doit être manifeste, elle nécessite une « *perte de substance de l'actif social, sans contrepartie* »[1891]. Tel sera le cas lorsque les majoritaires décideront un paiement anormal ou le transfert de l'actif social dans une autre société, sans obligation ni contrepartie. Dans la mesure où l'atteinte à l'intérêt social ne sera caractérisée qu'autant que la décision n'entretient aucun rapport avec l'intérêt social[1892], le juge pourra peu s'immiscer dans la loi des parties[1893].

516. Appréciation critique. Exigeant de manière cumulative ces deux critères, une décision pourra demeurer alors même qu'elle attente aux seuls intérêts des minoritaires[1894]. En conséquence, ne conviendrait-il pas d'abandonner le critère relatif à la contrariété à l'intérêt social pour ne conserver que celui relatif à la lésion des intérêts minoritaires[1895] ou d'admettre, à tout le moins, leur caractère alternatif[1896] ? L'autonomisation de la condition relative à l'atteinte à

[1889] B. Espesson-Vergeat, « La spécificité de la notion d'abus de droit en droit français des sociétés », in *L'abus de droit, comparaisons franco-suisses*, Publ. de l'Université de Saint-Etienne, 2001, sous la dir. de P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, p. 131, spéc. p. 133.

[1890] En ce sens, v. I. Rohart-Messager, « A propos des conflits d'intérêts dans les sociétés », *LPA*, 8 avril 2008, n° 71, p. 14.

[1891] J.-L. Rives-Lange, « L'abus de majorité », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 65, spéc. p. 67.

[1892] La contrariété même manifeste à l'intérêt social n'est d'ailleurs pas toujours suffisante à admettre l'abus de majorité dès lors que la décision peut se justifier au regard de l'intérêt du groupe. V par exemple Cass. com., 21 octobre 1974, *Bull. civ*. IV, n° 257 ; *RJC* 1975, p. 387, note Y. Chartier ; *Contra* : CA Paris, 22 mai 1965, *D*. 1968, p. 174, obs. R. Contin.Toutefois, la solution est déjà ancienne et demeurée isolée.

[1893] D. Tricot, « Abus de droits dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.* 1994, p. 617, spéc. p. 623.

[1894] V. par exemple Cass. com., 4 octobre 1994, *Bull. civ*. IV, n° 278 ; *Dr. soc*. 1994, comm. 207, note H. Le Nabasque : en l'espèce, les majoritaires avaient décidé de faire supporter à la société le coût d'acquisition de nouveaux locaux qui avaient vocation à devenir au terme d'une opération de crédit-bail la propriété d'une SCI constituée uniquement entre les associés majoritaires. La décision portait incontestablement atteinte à l'intérêt commun des associés en favorisant les majoritaires au détriment des minoritaires. Pourtant et confirmant la décision d'appel, la Cour de cassation a refusé d'admettre l'abus de majorité car, l'activité de la société ayant augmenté, la décision ne se révélait pas contraire à l'intérêt social.

[1895] En ce sens, v. D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1969, n° 191 et s. ; D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd. Joly, 2004, n° 319 et s. ; Y. Reinhard, art. préc., spéc. p. 9 : le critère de la contrariété à l'intérêt social ne constitue qu'un prétexte pour le juge pour s'immiscer dans la gestion des majoritaires.

[1896] Cela avait été suggéré lors des travaux préparatoires sur les sociétés commerciales. V. D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7e éd., LGDJ, 2010, n° 737.

l'intérêt commun permettrait sans aucun doute de renforcer la protection des minoritaires contre l'arbitraire des majoritaires[1897]. Un même regret peut être formulé en droit commun des contrats.

2- En droit commun des contrats

517. Si l'atteinte à l'intérêt commun est *a priori* nécessaire pour admettre un abus de pouvoir (a), elle ne semble pas davantage ici constituer un critère suffisant (b).

a- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère constitutif de l'abus de pouvoir

518. La nécessité d'un contrôle judiciaire de la finalité. La consécration de l'unilatéralisme en droit commun des contrats est concomitante à la reconnaissance d'un intérêt ou d'un objectif commun dans le contrat[1898]. Comme en matière sociétaire, si la jurisprudence a finalement octroyé à une partie un pouvoir unilatéral de modification du contrat en cours d'exécution, c'est pour que celle-ci satisfasse l'intérêt ou l'objectif contractuel commun. La partie détentrice du pouvoir unilatéral est ainsi amenée à prendre en considération l'intérêt de l'autre pour garantir l'efficacité durable du contrat. Le contrat ne peut prétendre durer que s'il réalise un équilibre entre les différents intérêts. Toutefois, davantage qu'en matière sociétaire, il existe un important risque d'usage arbitraire du pouvoir. En effet, au moins dans les contrats-échange *stricto sensu* ou les contrats-échange d'intérêt commun, les parties ne sont pas animées d'un intérêt identique. Il apparaît donc indispensable de vérifier que la finalité assignée à l'unilatéralisme ait bien été respectée et de s'assurer que la partie n'ait pas fait usage de son pouvoir pour servir son seul intérêt personnel.

Pour cette raison, tout en consacrant le pouvoir unilatéral de fixation du prix en 1995, la Cour de cassation a admis le contrôle de son usage abusif sur les fondements cumulés des articles 1134 et 1135 du Code civil. Ainsi, si la jurisprudence a accepté de soustraire le contrat à un contrôle *a priori* lors de la formation du contrat, elle n'entend pas pour autant abandonner tout contrôle. En déplaçant le contrôle lors de la phase d'exécution du contrat, la Cour de cassation

[1897] A. Pirovano, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, chron. p. 189, spéc. p. 194.
[1898] En ce sens, v. J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 65-66.

sanctionne les abus avérés et se livre à une appréciation réaliste et dynamique des éventuels dévoiements contractuels[1899].

519. La compréhension de l'atteinte à l'intérêt commun. Si la Cour de cassation a mentionné à plusieurs reprises que l'abus devait être admis lorsque le détenteur du pouvoir s'était octroyé un « profit illégitime »[1900], elle n'en livre aucun contours précis.

Puisque l'unilatéralisme a pour finalité la satisfaction de l'intérêt commun, le profit illégitime devrait exister dès lors que se trouve caractérisée une rupture de l'intérêt commun, c'est-à-dire dès lors que le détenteur du pouvoir n'a pris en considération que ses seuls intérêts personnels dans la fixation du prix au mépris de ceux de son cocontractant[1901]. Les articles 1135 et 1134, alinéa 3, du Code civil visés par la Cour de cassation confortent l'affirmation[1902]. Celui qui méprise les intérêts de son cocontractant agit assurément en violation de son obligation de coopération et doit donc être sanctionné. En témoigne un arrêt[1903] rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de contrat de concession automobile. En l'espèce, la Cour de cassation a considéré qu'un concédant avait abusé de son pouvoir de fixer unilatéralement le prix de vente de voitures au motif que, dans une conjoncture très délicate pour le marché de l'automobile, le concédant avait imposé des sacrifices en termes de prix à ses concessionnaires, et ce d'autant que l'un d'eux avait été mis en liquidation judiciaire, et que lui-même réalisait dans le même temps d'importants profits. La rupture de l'intérêt commun était donc pleinement rapportée puisque le concédant n'avait pas procédé à une répartition des profits et des pertes conformément à l'équilibre contractuel initial et avait ainsi usé de son pouvoir pour servir ses seuls intérêts. Cet arrêt est cependant assez isolé. En effet, la jurisprudence se montre

---

[1899] D. Mazeaud, « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 81, spéc. p. 97 : si « *le contractant dépendant n'est plus protégé contre le pouvoir solitaire de son partenaire, il l'est, et c'est bien là l'essentiel, contre l'exercice arbitraire d'un tel pouvoir* ».

[1900] CA Paris, 14 novembre 1997, *Lettre distrib*., décembre 1997, p. 3 ; Cass. civ. 1ère, 29 novembre 1994, *Bull. civ*. I. n° 348, *JCP G* 1995, II, n° 22371, note J. Ghestin.

[1901] T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31, spéc. p. 42 ; D. Bureau et N. Molfessis, « Les arrêts de l'assemblée plénière de la cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA*, 27 décembre 1995, n° 155, p. 11, spéc. p. 20. Ce n'est donc pas seulement l'intention de nuire qui doit être sanctionné mais l'égoïsme du détenteur du pouvoir. V. D. Bureau et N. Molfessis, art. préc., spéc. p. 20.

[1902] T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31, spéc. p. 42.

[1903] Cass. com., 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-21172 ; *D.* 2002, jurisp. p. 1974, note P. Stoffel-Munck ; *D.* 2002, somm. p. 2841, note D. Mazeaud.

en général particulièrement exigeante et n'accepte de caractériser l'abus qu'en présence d'un faisceau d'indices : comportement du contractant et considérations économiques[1904].

En définitive, il conviendrait de caractériser l'abus dans la fixation du prix dans deux hypothèses : la première, lorsque le contractant à qui s'impose la fixation unilatérale du prix voit son activité mise en péril et perd donc tout intérêt au contrat ; la seconde, lorsqu'un prix excessif ou supérieur au marché a été fixé sans justification objective. En outre et afin de faciliter la preuve de l'abus[1905], il importerait sans doute d'inverser la charge de la preuve et de contraindre à la motivation celui qui détermine unilatéralement le prix[1906]. Cela reviendrait à exiger de lui qu'il démontre, spontanément ou à la demande de son cocontractant, l'exercice légitime de son pouvoir unilatéral[1907]. La jurisprudence n'abonde-t-elle d'ailleurs pas dans ce sens ? Elle a en effet récemment décidé en matière de contrat de bail commercial que l'augmentation du prix du loyer par la bailleresse, parce qu'elle était justifiée par une augmentation de ses charges financières, n'était pas constitutive d'un abus[1908]. *A contrario*, le fait de ne pouvoir justifier objectivement une fixation ou une augmentation excessive ou supérieure au prix du marché ne devrait-il pas faire présumer l'existence d'un abus ?

Quoi qu'il en soit, à l'instar du droit des sociétés, la jurisprudence a estimé insuffisant la preuve d'une atteinte à l'intérêt commun.

b- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère insuffisant

520. Le cumul des critères. Comme en matière sociétaire, si l'atteinte à l'intérêt commun est nécessaire à la reconnaissance de l'abus de pouvoir, elle ne constitue cependant plus un critère

---

[1904] Deux arrêts seulement ont semblé retenir l'abus : CA Versailles, 27 janvier 2000, *RTD civ*. 2000, p. 570, obs. J. Mestre et B. Fages ; CA Paris, 19 mai 2000, *RTD civ*. 2000, p. 570, obs. J. Mestre et B. Fages.

[1905] C. Jamin, « Les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com*. 1997, p. 19, spéc. p. 30 et s.

[1906] T. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004, p. 279 ; T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31, spéc. p. 43 ; v. cependant D. Ferrier, « Une obligation de motiver ? », *RDC* 2004, p. 2 et s. qui émet une opinion plus controversée. L'avant-projet Catala requiert une telle motivation : l'article 1121-4 dispose que le maître du prix est tenu « *d'en justifier le montant à première demande du débiteur faite par écrit avec avis de réception* ».

[1907] G. Wicker, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 151, spéc. p. 172.

[1908] Cass. com., 19 juin 2007, pourvoi n° 05-20486.

suffisant. Par une décision rendue le 30 juin 2004[1909], la Cour de cassation a en effet expressément exigé que soit démontrée de surcroît l'impossibilité de ne pas subir le prix fixé unilatéralement. En l'espèce, la Cour a ainsi estimé que puisque la cocontractante était libre de ne pas reconduire son contrat de location de coffre-fort, l'abus ne pouvait être caractérisé, quand bien même l'augmentation du prix apparaissait excessive et n'était pas justifiée de manière objective par la banque bailleresse. Partant, le cocontractant qui subit la fixation unilatérale du prix doit démontrer, d'une part, la négation de son intérêt et, d'autre part, son impossibilité à échapper au prix unilatéralement fixé[1910].

[1909] Cass. civ. 1ère, 30 juin 2004, *Bull. civ*. I, n° 190 ; *D*. 2005, jurisp. p. 1828, note D. Mazeaud ; *RTD civ*. 2004, p. 749, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ*. 2004, p. 126, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, p. 275, obs. P. Stoffel-Munck.

[1910] L'abus ne saurait donc exister que dans les seuls contrats à durée déterminée. V. C. Jamin, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot pourri introductif », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 3, spéc. p. 13. Pourtant, cette seconde condition ne devient légitime que si la liberté de subir le prix est appréciée, non pas seulement en droit, mais également en fait. En matière de distribution, le cocontractant ne doit être considéré comme libre de ne pas subir le prix que si la fin de la relation contractuelle n'entraîne pas celle de son activité professionnelle. En ce sens, v. C. Aubert de Vincelles, « Pour une généralisation encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D*. 2006, chron. p. 2629, spéc. p. 2634-2635.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

521. A partir du moment où l'on aspire à la pérennité contractuelle, il n'est plus possible de plaider pour le maintien du principe d'immutabilité du contrat. Si ce dernier est parvenu à s'imposer en véritable dogme en droit commun des contrats, c'est parce que les volontaristes ont, d'une part, postulé l'absence d'influence du temps sur le contrat et, d'autre part et surtout, présumé le caractère éphémère du contrat par opposition à la société. Pourtant, aucune de ces raisons ne se révèle fondée. D'abord, loin d'être immunisé contre les effets du temps, le contrat, comme la société, subit des variations économiques, monétaires, sociales ou technologiques. Ensuite, les nombreux contrats dont l'exécution est prolongée dans le temps démontrent assurément que la durée n'est pas l'apanage de la société, de sorte que la pérennité est devenue un objectif poursuivi dans la plupart des contrats. Or, en exigeant un accord unanime pour pouvoir procéder à la modification du contrat, celui-ci voit son espérance de vie considérablement réduite. Parce que les parties sont toujours animées d'intérêts distincts, même lorsque le contrat est d'intérêt commun, il y a fort à penser qu'elles auront du mal à s'entendre sur la modification à apporter.

Pour toutes ces raisons, le législateur en a rapidement accepté l'infléchissement en droit des sociétés en permettant à une majorité d'associés de procéder à la modification des statuts. Sans doute cela a-t-il constitué une source d'inspiration pour un droit commun des contrats qui a fini par admettre le jeu d'un certain unilatéralisme en cours d'exécution du contrat.

Un tel pouvoir unilatéral doit cependant être encadré, que ce soit à travers une limitation de son champ d'application et d'un contrôle de sa finalité. Si la jurisrudence est en ce sens, on peut néanmoins regretter qu'elle caractérise rarement l'abus dans l'exercice du pouvoir unilatéral et ne se contente pas d'une atteinte à l'intérêt commun.

CHAPITRE 2

LA RECHERCHE DE LA PERENNITE CONTRACTUELLE PAR LE JUGE

522. Réalisant que nombre de contrats à l'instar de la société sont porteurs d'un intérêt propre dont la sauvegarde doit être assurée (Section 1), le juge s'est progressivement dessiné un « *nouveau profil* »[1911]. C'est ainsi que de simple interprète de la volonté des parties, le juge est peu à peu devenu réalisateur de la pérennité contractuelle[1912] (Section 2).

SECTION 1 L'INTERET CONTRACTUEL AU SERVICE DE LA PERENNITE CONTRACTUELLE

523. Longtemps conçu comme la chose des seules parties, le contrat ne pouvait être doté d'un intérêt propre. Toutefois, en raison de la valeur patrimoniale qu'il est susceptible de revêtir, le contrat s'est finalement vu doté d'un intérêt qui transcende celui des parties et conduit à rechercher sa pérennité. Traditionnellement reconnu en droit des sociétés (§1), le droit commun des contrats semble également progressivement reconnaître l'existence d'un intérêt contractuel digne de protection (§2).

§1 LA RECONNAISSANCE TRADITIONNELLE DE L'INTERET SOCIAL

524. Bien que visé par quelques dispositions[1913], l'intérêt social ne fait cependant l'objet d'aucune définition légale. Il semble cependant possible de soutenir qu'il se distingue de l'intérêt commun des associés (A) et s'identifie à la pérennité de la société (B).

[1911] S. Rozès, « Un profil nouveau pour les juges », in *Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 435, spéc. p. 441 : « *Que ce soit par l'intermédiaire de la spécialisation de ses fonctions ou par un effet de l'évolution normale de la société dont il est à la fois un reflet et un censeur, le juge du troisième millénaire sera très différent de ses aînés. Il occupe déjà dans cette société une place qui ne peut que l'inciter à intervenir davantage, certes pour dire le droit, mais aussi pour régler concrètement des situations conflictuelles dont les enjeux sont graves et aigus* ». V. J. Déprez, « A propos du rapport annuel de la Cour de cassation, « sois juge et tais-toi » », *RTD civ*. 1978, p. 503

[1912] A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, n° 271, p. 162 : « *la pérennité contractuelle se réalise grâce à une pluralité d'acteurs, ce qui semble contredire le principe de la force obligatoire envisagé par la théorie classique du contrat* ».

[1913] L'intérêt social n'a commencé à apparaître dans les textes qu'à partir du décret loi du 8 août 1935 relatif aux délits d'abus de biens et de crédits sociaux. V. J. Shapira, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD* 1971, p. 957, spéc. p. 958. Le législateur dispose que le gérant doit agir ou faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société (article 13 de la loi du 24 juillet 1966 pour les SNC et articles 24 et 49 de cette loi

A- L'AUTONOMISATION DE L'INTÉRÊT SOCIAL

525. La prétendue assimilation de l'intérêt social à l'intérêt commun. A suivre les volontaristes, le contrat n'a vocation qu'à satisfaire les intérêts des parties. La société étant considérée par le législateur comme un contrat, l'intérêt social doit alors nécessairement s'entendre de l'intérêt commun qu'ont les associés à se partager le bénéfice social[1914]. Et la confusion entre intérêt commun et intérêt social est au demeurant d'autant plus permise que l'article 1833 du Code civil dispose que la société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés et que la société doit être gérée dans l'intérêt commun des associés.

526. Appréciation critique. Cette confusion d'intérêts a longtemps dominé et a même connu un nouvel essor lors de la consécration de la société par actions simplifiée[1915]. Pourtant, elle ne semble pas correspondre à la volonté du législateur. Pourquoi, sinon aurait-il désigné sous deux vocables différents une même idée ? En outre, si l'article 1833 du Code civil dispose que la société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés, il n'entend en réalité proscrire que la rupture d'égalité de traitement et non la prise en considération d'autres intérêts[1916]. La dissociation entre intérêt social et intérêt commun semble au reste être corroborée par la jurisprudence qui requiert chacun d'eux afin de pouvoir caractériser l'abus de majorité ou qui accepte de sanctionner l'abus de bien social au nom d'une atteinte à l'intérêt social alors même que les associés auraient approuvé cette atteinte[1917]. Cela démontre bien sa volonté de protéger l'intérêt même de la société distinct de celui des associés[1918].

---

pour les commandites et les SARL, article 1848 du Code civil pour les sociétés civiles) et également que le gérant ne doit pas faire de mauvaise foi des biens ou du crédit de la société un usage qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci (article L. 241-3 du Code de commerce pour les SARL et article L. 242-6 du même Code pour les SA).

[1914] En chef de file de cette conception : D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCP E* 1995, I, 38, p. 361 ; v. en ce sens, C. Neuville, « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patr*. avril 1997, p. 48.

[1915] D. Poracchia, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », *Rev. soc*. 2000, p. 224. Cette conception a été retenue dans des thèses récentes, v. J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis, n° 157, p. 109.

[1916] P. Bezard, « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patr*. avril 1997, p. 53, spéc. p. 53.

[1917] Cass. crim., 12 décembre 1994, *Bull. Joly soc.* 1995, p. 427.

[1918] Pour une analyse plus nuancée, v. A. Dekeuwer, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E* 1995, I, 500, p. 421.

S'il semble donc opportun de distinguer intérêt de la société et des associés[1919], il convient en revanche d'assimiler le premier à la pérennité de la société.

B- L'IDENTIFICATION DE L'INTÉRÊT SOCIAL À LA PÉRENNITÉ DE LA SOCIÉTÉ

527. Les contours équivoques de l'intérêt de la société. A l'instar de l'école de Rennes, on peut d'abord soutenir que l'intérêt social correspond à celui de l'entreprise, c'est-à dire non seulement à l'intérêt des associés mais également à celui des créanciers, des salariés, de l'administration fiscale, des fournisseurs et des clients[1920]. Plus qu'un contrat, la société apparaît comme une institution et, plus précisément, une technique juridique d'organisation de l'entreprise. En conséquence, son intérêt ne saurait être autre que celui de l'entreprise. Toutefois, hormis l'arrêt Fruehauf[1921] dont le contexte politique pouvait justifier la prise en compte d'intérêts tiers[1922], la jurisprudence ne semble pas avoir retenu une conception aussi élargie de l'intérêt social.

Ensuite, l'intérêt social peut être compris comme celui de la société elle-même. Distinct et supérieur à celui des membres qui la composent[1923], il ne constitue pas une addition des différents intérêts en cause mais les transcende. Cette conception de l'intérêt social s'accorde parfaitement avec l'idée selon laquelle, dès son immatriculation, la société devient une personne morale qui échappe alors en partie aux associés pour devenir un sujet de droit autonome[1924].

528. Le contenu de l'intérêt de la société. Toutefois, la société personne morale n'étant que le fruit d'une construction intellectuelle, elle ne peut faire valoir et exprimer elle-même son intérêt personnel[1925]. Partant, il importe de clairement identifier cet intérêt de la société qui dépasse tous les autres. A notre sens, il convient de l'assimiler à la pérennité de la société afin de satisfaire l'ensemble des intérêts en jeu. D'abord, celui des associés puisque la pérennité de la

---

[1919] En ce sens, v. A. Constantin, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Mél. B. Mercadal*, éd. Lefebvre, 2002, p. 317, spéc. p. 336 et 337.
[1920] C. Bailly-Masson, « L'intérêt social, une notion fondamentale », *LPA*, 9 novembre 2000, n° 224, p. 6, spéc. p. 9.
[1921] CA Paris, 22 mai 1965, *JCP G* 1965, II, 14274 bis, concl. Avocat Général Nepveu.
[1922] V. A. Pirovano, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, chron. p. 189, spéc. p. 190.
[1923] M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26e éd. Litec, 2013, n° 398.
[1924] A. Constantin, « L'intérêt social : quel intérêt ? », *in Mél. B. Mercadal*, éd. Lefebvre, 2002, p. 317, spéc. p. 332 ; J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJC* 1985, p. 81, spéc. p. 81.
[1925] C. Lapp, « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », *RTD com.* 1952, p. 769, spéc. p. 769.

société leur permet de poursuivre l'objet social ; ensuite, celui des créanciers puisque la pérennité de la société leur permet de poursuivre leurs relations contractuelles ; enfin, celui des salariés puisque la pérennité de la société leur permet de conserver leur emploi. Le rapport Vienot[1926] proposait d'ailleurs de définir l'intérêt social : « *comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise* ». Promouvoir la pérennité de la société par le truchement de l'intérêt social présente donc l'avantage de joindre des intérêts distincts[1927]. C'est dire si la distinction entre les différentes conceptions de l'intérêt social se révèle somme toute relative[1928]. Puisque la recherche de l'enrichissement social réalise l'enrichissement de chacun des associés, elle s'accorde parfaitement avec la recherche de son efficacité durable. Dès lors, dissocier intérêt commun et intérêt social semble parfaitement inutile[1929]. En effet, à long terme, les associés verront eux aussi leur intérêt satisfait par une distribution prolongée de dividendes. En somme, protéger l'intérêt social revient à satisfaire leur intérêt médiat[1930]. Le juge l'a d'ailleurs parfaitement compris[1931] et ne se limite d'ailleurs pas au seul contrat de société[1932].

§2 LA RECONNAISSANCE RECENTE DE L'INTERET CONTRACTUEL

529. Si le contrat a longtemps été perçu comme appartenant exclusivement aux parties, on tend aujourd'hui à le personnifier (A) en raison de la valeur patrimoniale qu'il est susceptible de revêtir (B).

[1926] Rapport conjoint du CNPF et de l'AFEP sur le Conseil d'administration des sociétés cotées, éd. ETP, juillet 1995 ; v. en ce sens B. Field, « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patr*. avril 1997, p. 48, spéc. p. 48 ; C. Bailly-Masson, « L'intérêt social, une notion fondamentale », *LPA*, 9 novembre 2000, n° 224, p. 6 et s.

[1927] C. Neuville, « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patr*. avril 1997, p. 48, spéc. p. 48.

[1928] En ce sens, v. M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011, n° 1056-60.

[1929] J. Paillusseau, *La société anonyme technique judiciaire d'organisation de l'entreprise*, thèse Paris, Sirey, 1970, p. 196.

[1930] En ce sens, v. Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12e éd., Economica, 2003, p. 209 : « *l'intérêt des associés est que la société dure le plus longtemps possible* ».

[1931] J. Mestre, art. préc., spéc. p. 81.

[1932] S. Zeidenberg, *L'intérêt social, Etude du particularisme du contrat de société*, ANRT, 2004.

A- LA PERSONNIFICATION DU CONTRAT

530. La négation traditionnelle d'un intérêt contractuel. Traditionnellement, le contrat se confond avec la personne même de ceux qui lui ont donné naissance. Partant, il n'est pas question de lui reconnaître un intérêt qui lui soit propre. Conçu en 1804 comme la chose des parties, le contrat voit son avenir dessiné par la volonté commune.

531. L'émancipation du contrat. Pourtant, nombre d'auteurs sonnent aujourd'hui le glas de cette conception purement volontariste du contrat : « *en s'inscrivant dans la durée, le contrat acquiert ainsi, à l'instar de la personne morale ou du couple, une existence propre par rapport à l'échange des volontés qui en signale la naissance* »[1933]. Libres d'abandonner leurs pourparlers, les contractants perdent en partie leur emprise une fois la décision prise de donner vie au contrat. S'ils peuvent orienter sa destinée, ils ne sont plus en droit de se l'approprier. Le contrat se personnifie et s'identifie à « *une construction, un objet juridique à part entière* »[1934]. En conséquence, il devient une entité suffisamment indépendante pour échapper aux parties. Se profile alors une nouvelle compréhension du contrat doté d'un intérêt autonome digne de protection et distinct de celui des parties.

B- LA PATRIMONIALISATION DU CONTRAT

532. L'accroissement des contrats de situation. S'il est aujourd'hui possible de postuler l'existence d'un intérêt contractuel, c'est bien en raison de la valeur économique considérable que revêtent de nombreux contrats contemporains[1935]. D'un lien purement personnel, le contrat devient un bien incorporel[1936] dont la valeur patrimoniale justifie une protection renforcée[1937].

[1933] H. Muir Watt, « Du contrat relationnel, Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, LGDJ, 1999, p. 169, spéc. p. 174 ; v. en ce sens B. Fages, « Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la chose des parties ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 153, spéc. p. 159-160 ; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41, spéc. p. 55.

[1934] B. Fages, art. préc., spéc. p. 159-160.

[1935] J. Mestre, art. préc., spéc. p. 56 ; P. Rémy, « Droit des contrats : questions positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, Journées R. Savatier, Poitiers, 1985, p. 103.

[1936] En ce sens, v. A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse Paris, LGDJ, 1980, préf. D. Tallon, n° 1, p. 3 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997, p. 357, spéc. p. 364 ; L. Boyer, v° Contrats et conventions, in *Rép. civ*., Dalloz, 1993, n° 42.

Nombreux sont aujourd'hui les contrats qui donnent naissance à une situation ou octroient à une entreprise ou un particulier les moyens de poursuivre son activité[1938]. Que l'on songe au contrat de concession, de distribution, de fourniture, de production, d'agent commercial, de franchise ou de bail, de leur pérennité dépend la plupart du temps la situation professionnelle ou humaine[1939]. La multiplication des contrats de situation et, à l'inverse, la raréfaction des contrats d'occasion[1940] autour desquels s'est édifiée la théorie générale des contrats imposent l'élaboration d'un nouveau corps de règles destiné à préserver la pérennité du contrat.

533. L'appréhension juridique renouvelée du contrat. Cette nouvelle compréhension du contrat trouve déjà quelques échos en droit positif. Sans compter les interventions législatives croissantes qui limitent le droit de rupture de certains contrats, la consécration jurisprudentielle de la cession de contrat de droit privé reflète une nouvelle acception du contrat. En effet, si la jurisprudence administrative a rapidement consacré ce mécanisme, le droit privé demeurait attaché au caractère interpersonnel du contrat. Dit autrement, alors que dominait en droit privé une conception purement volontariste du contrat, le juge administratif valorisait une conception institutionnelle et économique du contrat : « *Le droit administratif privilégiait la réalisation de l'objet du contrat là où, classiquement, le droit privé protégeait la volonté des parties* »[1941]. Aussi, par la consécration de la possibilité de céder un contrat de droit privé[1942], même *intuitus*

[1937] Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, 2009, préf. C. Hannoun, n° 259, p. 263 : « *donner un intérêt propre au contrat, c'est se soucier de sa survie, de son ensemble, plutôt que des éléments (l'intérêt de chaque partie) qui le composent* ».

[1938] P. Durand, « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », in *Etudes de droit privé* sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960 : « *les contrats sont tout autant que les brevets ou les marques un élément de richesse de l'entreprise, une valeur pour l'exploitation* »

[1939] Certains contrats, tels le bail d'habitation et le contrat de travail, satisfont des besoins vitaux du contractant. V. M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, préf. J. Mestre, n° 2, p. 7.

[1940] Sur la distinction entre contrat d'occasion et contrat de situation, v. M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. G. Marty*, Univ. Toulouse, 1978, p. 235, spéc. p. 235 : les contrats de situation sont ceux qui sont *« déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité et sont par là même le plus souvent l'instrument d'une vassalité économique* », alors que les contrats d'occasion sont ceux « *qui correspondent à des opérations épisodiques qui ne mettent pas en jeu l'existence d'une entreprise* » ; v. également D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165.

[1941] R. Noguellou, « La cession de contrat », *RDC* 2006, n° 3, p. 966 et s.

[1942] Cass. Com., 6 mai 1997, *Bull. civ*. IV, n° 117 et n° 118 ; *R.*, p. 249 ; *D.* 1997, p. 588, note M. Billiau et C. Jamin ; *D.* Somm., p. 136, obs. H. Le Nabasque ; *Defr*. 1997, p. 977, note D. Mazeaud ; *JCP N* 1998, p. 770, obs. Izorche ; *Gaz. Pal*. 1998, 1, somm., p. 329, obs. S. Piedelièvre ; *CCC* 1997, n° 146, note L. Leveneur ; *RTD civ*. 1997, p. 936, obs. Mestre.

personae, la jurisprudence a-t-elle conforté l'appréhension patrimoniale du contrat[1943] et son émancipation vis-à-vis de ses fondateurs. Ce qui importe n'est donc plus tant le respect rigoureux de la volonté initiale des parties que la perpétuation du contrat sur lequel repose la situation des parties. On le voit, la société n'est assurément plus le seul contrat à bénéficier d'un rayonnement important. Il faut autant que possible rechercher sa pérennité pour que soit préservé l'ensemble des intérêts qui en dépendent[1944]. Plus que la pérennité du lien contractuel, c'est donc celle du contrat lui-même qui est recherchée[1945]. Ce changement de paradigme n'est pas sans conséquence sur l'office du juge. Comme en matière de société, le juge cesse d'être au seul service des parties pour se mettre à celui du contrat. En somme, son rôle ne se limite plus à interpréter la volonté commune des parties mais garantit désormais l'efficacité durable du contrat.

SECTION 2 L'INTERET CONTRACTUEL GARANTI PAR L'IMMIXTION DU JUGE DANS LE CONTRAT

534. Traditionnellement, l'office du juge dans la société et dans les autres contrats est diversement apprécié. En matière sociétaire, l'ingérence judiciaire est acceptée par des associés qui se savent unis par un intérêt commun. En matière contractuelle, elle suscite la méfiance de parties qui poursuivent des intérêts distincts et souvent antagonistes. Cette différence de perception tend cependant aujourd'hui à s'estomper. Loin d'être destructrice, l'immixtion du juge permet en effet bien souvent de garantir l'efficacité durable du contrat et de réaliser son objet[1946]. Ainsi, si le juge a finalement accepté de prendre en charge l'intérêt contractuel (§1), il importe aujourd'hui qu'il aille plus loin encore (§2).

[1943] En ce sens, v. A.-S. Lavefve Laborderie, th. préc., n° 412 et s., p. 230 et s. ; C. Thibierge-Guelfucci, art. préc., spéc. p. 364.

[1944] J. Treillard, « De la suspension des contrats », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 59, spéc. p. 60 : « *Malgré le principe de l'effet relatif des conventions, il n'empêche que souvent les relations contractuelles ont des prolongements qui intéressent les tiers, plus ou moins directement. Tout contrat a un certain retentissement social. Sa disparition risque donc de provoquer des effets qui franchissent le cercle étroit des contractants pour frapper les tiers* ».

[1945] Sur la distinction entre pérennité du contrat et pérennité du lien contractuel, v. la thèse de M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 10, p. 18-19.

[1946] En ce sens, v. J.-B. Seube, « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », in *Société et contrat, Journ. soc*. 2008, p. 38, spéc. p. 41.

§1 UNE IMMIXTION EFFECTIVE

535. Afin de protéger l'intérêt contractuel, le juge a progressivement accepté de s'immiscer dans la loi des parties en droit des sociétés (A), puis en droit commun des contrats (B).

A- EN DROIT DES SOCIETES

536. A suivre les volontaristes, la société a une nature contractuelle qui empêche le juge de se mêler de la gestion sociale et de se substituer aux organes sociaux[1947]. Or, la reconnaissance de l'existence d'un intérêt propre de la société distinct de celui des associés permet de revisiter la fonction traditionnelle du juge[1948]. En effet, parce qu'en charge de l'intérêt de la société, le juge peut s'octroyer le droit d'intervenir dans la vie sociale aux fins de protéger cet intérêt. Deux constructions prétoriennes l'illustrent : la nomination d'un administrateur provisoire (1) et la sanction de l'abus de pouvoir (2).

1- La nomination d'un administrateur provisoire

537. Une consécration prétorienne. Alors que les associés devraient être seuls compétents pour nommer les organes dirigeants de la société, le juge s'est rapidement arrogé[1949], en l'absence de tout fondement légal, le pouvoir de nommer un administrateur provisoire en cas de conflits sociaux internes. Toutefois, conscient des critiques auxquelles il s'exposait en portant atteinte à la souveraineté des associés[1950], le juge a circonscrit très précisément son champ d'action[1951].

[1947] C. Gerschel, « Le principe de non-immixtion en droit des affaires », *LPA*, 30 août 1995, n° 104, p. 8.
[1948] J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJC* 1985, p. 81, spéc. p. 81.
[1949] V. not. B. Lyonnet, « L'administration judiciaire », *RJC* 1991, p. 241, spéc. p. 241-242.
[1950] C. Ruellan, « Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire », *Dr. soc*. 2000, chron. 20, p. 4, spéc. p. 4.
[1951] CA Paris, 27 octobre 1999, *JCP E* 1999, pan. 1995 ; CA Toulouse, 13 septembre 1999, *Dr. soc*. 2000, comm. 44, comm. D. Vidal ; CA Paris, 22 novembre 1996, *Dr. soc*. 1997, comm. 47, note D. Vidal.

538. La mise en péril de l'intérêt social, condition de la nomination. En effet, c'est précisément la mise en péril de l'intérêt social, c'est-à-dire la mise en danger de la pérennité de la société, qui conditionne le dessaisissement des dirigeants statutaires. La jurisprudence exige de manière constante que soit caractérisé, d'une part, un fonctionnement irrégulier[1952], voire anormal[1953] et, d'autre part, un péril imminent menaçant l'intérêt social[1954]. A bien y réfléchir, on peut établir une corrélation entre ces deux conditions puisque de la caractérisation de la première découle bien souvent la seconde. C'est parce que précisément la société fonctionne anormalement qu'elle se trouve mise en péril[1955]. Dès lors, cela signifie-t-il que l'on puisse se contenter de rapporter la preuve de la mise en péril ?

539. La mise en péril de l'intérêt social, condition autonome ? Certaines décisions sont allées dans ce sens. Tel était le cas de l'affaire Fruehauf dans laquelle la Cour d'appel a confirmé la nomination de l'administrateur provisoire au motif que la décision prise par le conseil d'administration conduisait nécessairement la société au dépôt de bilan et ce, alors même qu'était constaté le fonctionnement normal des organes sociaux. De même, la Cour d'appel de Paris a affirmé sa volonté d'autonomiser la condition relative à la mise en péril de l'intérêt social en ordonnant une mesure d'administration provisoire au seul motif que le désaccord entre les associés nuisait à l'image de marque de la société de haute couture et, par suite, portait atteinte à l'intérêt de la société[1956].

[1952] V. par exemple CA Aix-en-Provence, 23 novembre 2007, *Dr. soc*. 2007, 16, note M.-L. Coquelet : la Cour d'appel a considéré que la mésentente même avérée ne suffisait pas à accéder à la demande de nomination de l'administrateur provisoire dès lors que les organes sociaux continuaient à se réunir régulièrement ; en ce sens, v. Cass. com., 6 février 2007, pourvoi n° 05-19008 ; Cass. com., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-19937 ; CA Paris, 23 mai 2008, *Dr. soc*. 2008, comm. 224, note R. Mortier : la demande de nomination d'un administrateur provisoire a été jugée recevable non pas en raison de la seule mésentente entre deux époux associés, mais parce qu'il existait un désaccord total persistant entre les époux possédant chacun la moitié des parts sociales et conduisant, par suite, à une situation de blocage.

[1953] La chambre commerciale semble admettre depuis un arrêt du 17 janvier 1989 (*Rev. soc*. 1989, p. 209, note Y. Guyon) qu'un fonctionnement anormal et non plus irrégulier suffise à permettre d'ordonner la mesure. Il en résulte un assouplissement sensible de cette première condition puisque le fonctionnement de la société peut être régulier, c'est-à-dire en conformité avec les exigences légales et statutaires, mais pourtant se révéler anormal.

[1954] V. par exemple Cass. com., 3 juillet 1984, *Bull. civ*. IV, n° 210 ; *Rev. soc*. 1985, p. 628, note P. Didier ; CA Paris, 5 novembre 1993, *Bull. Joly soc.* 1994, § 7, p. 59, note M. Germain ; Cass. com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 00-22457 ; Cass. com., 6 février 2007, pourvoi n° 05-19.008, *Bull. Joly soc*. 2007, p. 690, note P. Scholer.

[1955] V. par exemple Cass. com., 24 mai 1994, *Bull. Joly soc*. 1994, § 211, p. 789.

[1956] CA Paris, 12 octobre 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 965. D'autres décisions ont ultérieurement confirmé le caractère alternatif des deux conditions. V. CA Paris, 20 mars 2002, *Dr. soc*. 2003, comm. 1, note F. G. Trébulle : « *La nomination d'un administrateur provisoire n'est pas justifiée en l'absence de preuve d'irrégularités* ou *d'une situation financière compromettant sa pérennité* ».

540. Appréciation critique. Ces solutions révèlent sans aucun doute une volonté de renforcer la protection de l'intérêt social. Pour autant, il ne faudrait pas que, en son nom, le juge déroge trop souvent à la volonté des associés et impose ses propres choix quant à la politique sociale à mener[1957]. Ainsi que le souligne le Professeur Isabelle Rohart-Messager, « *la nomination d'un administrateur provisoire est une décision grave, susceptible d'obérer le crédit de la société, d'autant qu'elle est publiée* ». En conséquence, l'abandon de la condition relative au dysfonctionnement des organes sociaux[1958] n'est légitime que si la menace de l'intérêt social est suffisamment imminente et grave[1959]. En somme, la nomination de l'administrateur provisoire ne s'impose que lorsque la situation est telle que la société est vouée à disparaître[1960] ou conduite à supporter un préjudice extrêmement important[1961]. Tel est le cas lorsqu'un commissaire aux comptes dépose un rapport d'alerte concluant que la poursuite de l'entreprise est compromise[1962]. Tel ne l'est assurément pas lorsque la nomination vise à pallier la carence des organes sociaux dans l'exécution de leur devoir d'information à l'égard des actionnaires[1963].

541. L'extension de la condition relative au péril imminent. L'élargissement de la condition relative au péril imminent ne doit pas, en revanche, être condamné[1964]. Pourquoi en effet attendre que l'intérêt social soit d'ores et déjà compromis pour tenter de remédier à la situation de crise ? Pourquoi se contenter de réagir au péril présent et ne pas vouloir anticiper le péril futur ? Il faut agir avant qu'il ne soit trop tard, lorsque le juge n'a d'autre choix que celui de prononcer la dissolution de la personne morale. L'intervention de l'administrateur provisoire est d'autant plus légitime que celle-ci n'a lieu que le temps du sauvetage de la société et se trouve

---

[1957] I. Rohart-Messager, « A propos des conflits d'intérêts dans les sociétés », *LPA*, 8 avril 2008, n° 71, p. 14, spéc. p. 14.

[1958] Les décisions récentes montrent que si la condition relative au fonctionnement irrégulier ou anormal des organes sociaux est parfois encore exigée, elle est cependant appréciée de manière très souple. La Cour de cassation n'exige plus une situation de blocage mais se contente d'un dysfonctionnement au sens large, telle « *une gestion opaque teintée de suspicion* ». V. CA Paris, 23 mai 2008, 2008, comm. 1, note R. Mortier.

[1959] C. Ruellan, art. préc., spéc. p. 5.

[1960] CA Paris, 5 septembre 1997, *Bull. Joly soc*. 1998, § 3, p. 18, note J.-J. Daigre.

[1961] CA Versailles, 18 juin 1998, *RTD com*. 1999, p. 124, obs. C. Champaud et D. Danet ; CA Aix-en-Provence, 8 décembre 1995, *JCP E* 1996, pan. 375.

[1962] CA Versailles, 1er octobre 1998, *Bull. Joly* 1999, § 11, p. 61, note P. Scholer.

[1963] CA Aix-en-Provence, 13 novembre 2007, *Dr. soc*. 2007, 16, note M.-L. Coquelet. Dans une telle hypothèse, le recours à d'autres mesures moins graves, telle l'expertise de gestion se révèle assurément plus opportun. En ce sens, v. M.-L. Coquelet, note sous CA Aix-en-Provence, 13 novembre 2007, *Dr. soc*. 2007, 16.

[1964] Cass. com., 26 avril 1982, *Bull. civ*. IV, n° 136 ; *Rev. soc*. 1984, p. 93, note J.-L. Sibon ; v. J. Cavallini, « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés *in bonis* », *Rev. soc*. 1998, p. 247, spéc. p. 252.

scrupuleusement encadrée par le juge. Il n'y a donc là qu'un mandat temporairement délivré par le juge pour gérer la société et prendre les mesures permettant de résorber la crise sociale. Rien ne doit aller au-delà de ce qui est strictement utile pour garantir la pérennité de la société[1965]. En principe, donc, l'administrateur ne peut procéder à aucune aliénation de l'actif social[1966], ni prendre des décisions relevant de la compétence des assemblées[1967].

542. Si la nomination d'un administrateur provisoire constitue une première illustration de la protection de l'intérêt social, la sanction de l'abus de pouvoir en est une seconde, tout aussi convaincante.

2- La sanction de l'abus de pouvoir

543. La protection de l'intérêt social *via* l'abus de majorité. La possibilité que s'est octroyée le juge de sanctionner l'abus de majorité a pour dessein principal de protéger les intérêts minoritaires[1968]. Pourtant, l'analyse de ses conditions révèle que là n'était cependant pas son seul objectif. En effet, la décision prise au détriment des majoritaires n'encourt l'annulation que si, de surcroît, la décision est jugée contraire à l'intérêt social. La préservation de la pérennité de la société fonde donc tout autant l'immixtion judiciaire dans la vie sociale. Preuve en est d'ailleurs que la société elle-même, et pas seulement les minoritaires, est en droit d'intenter l'action pour voir son propre préjudice réparé[1969].

544. Une protection relative. Toutefois, les conditions de rupture d'égalité et de contrariété à l'intérêt social étant requises de manière cumulative, la protection de l'intérêt social ne peut être considérée comme le seul objectif prétorien[1970]. Or, ne devrait-on pas admettre que la

---

[1965] Y. Guyon, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », in *Mél. D. Bastian*, T. 1, Librairies techniques, 1974, p. 103, spéc. p. 111 ; P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17e éd., Dalloz, 2014, n° 658.
[1966] B. Lyonnet, art. préc., spéc. p. 262 ; C. Lapp, « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », *RTD com*. 1952, p. 769, spéc. p. 789.
[1967] M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26e éd., Litec, 2013, n° 427.
[1968] P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17e éd., Dalloz, 2014, n° 664 : « *L'élément essentiel de l'abus de majorité est la rupture intentionnelle d'égalité entre les actionnaires* ».
[1969] Cass. com., 21 janvier 1997, *Bull. civ.* IV, n° 26 ; *Rev. soc*. 1997, p. 527, note B. Saintourens ; *Bull. Joly soc.* 1997, p. 312, note P. Le Cannu.
[1970] V. *supra*, n° 421.

seule atteinte manifeste à l'intérêt social soit suffisante pour prononcer l'annulation de la décision[1971] ? Ce n'est pas la position de la jurisprudence. En témoigne encore un arrêt récent[1972] dans lequel la chambre commerciale a admis que la décision de mettre fin de manière anticipée à la société était constitutive d'un abus de majorité car elle avait été prise par le majoritaire dans l'unique dessein de porter atteinte à l'intérêt du minoritaire auquel il avait promis de racheter ses titres. On peut le regretter. Sans doute pourrait-on voir dans l'abandon de la condition relative à la rupture d'égalité un risque de substituer au gouvernement majoritaire un gouvernement judiciaire sur initiative minoritaire[1973]. Toutefois, le nombre dérisoire d'arrêts ayant retenu la contrariété de la décision à l'intérêt social témoigne de la sagesse des juges dans l'usage de leur pouvoir d'appréciation[1974].

545. La protection de l'intérêt social *via* l'abus de minorité. En réalité, la volonté de s'immiscer dans la gestion sociale pour protéger l'intérêt social transparaît davantage encore au travers de l'abus de minorité[1975]. Consacré postérieurement à l'abus de majorité, l'abus de minorité réside dans « *l'attitude des minoritaires contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'ils auraient interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser leurs propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* » [1976]. Le plus souvent l'abus de minorité est invoqué lorsque les minoritaires s'opposent à une modification des statuts, notamment à une prorogation de la société ou à une augmentation de

[1971] C'est ce qu'avait laissé penser un arrêt rendu par la chambre commerciale le 22 avril 1976 (Cass. com., 22 avril 1976, *Gaz. Pal*. 1977, doct. p. 157, note M. Germain, *RJC* 1977, p. 93, note P. Merle, *Rev. soc*. 1976, p. 479, note D. Schmidt). La Cour de cassation avait considéré que l'atteinte à l'intérêt social était nécessaire sinon suffisait à caractériser l'abus. Mais d'aucuns n'y ont vu qu'un accident de parcours et la solution est, semble-t-il, restée isolée. Certains auteurs voient toutefois dans l'arrêt précité du 21 janvier 1997 de la chambre commerciale (*Rev. soc*. 1997, p. 527, note B. Saintourens ; *Bull. Joly soc.* 1997, p. 312, note P. Le Cannu) la confirmation d'un abandon de la condition tenant à la rupture d'égalité puisque le juge ne fait aucunement référence dans sa motivation aux avantages acquis par les majoritaires au détriment des minoritaires. V. G. Kengne, « Le rôle du juge en matière d'abus du droit de vote », *LPA*, 12 juin 2000, n° 116, p. 10 et s.

[1972] Cass. com., 8 février 2011, n° 10-11788, *Bull. Joly soc*. 2011, p. 288, note F.-X. Lucas.

[1973] V. D. Schmidt, note sous Cass. com., 22 avril 1976, Rev. soc. 1976, p. 483 ; B. Espesson-Vergeat, « La spécificité de la notion d'abus de droit en droit français des sociétés », in *L'abus de droit, comparaisons franco-suisses*, Publ. de l'Université de Saint-Etienne, 2001, sous la dir. de P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, p. 131, spéc. p. 135.

[1974] J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJC* 1985, p. 81, spéc. p. 84 ; M. Germain, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 189, spéc. p. 198 : l'auteur constate qu'entre 2000 et 2006, l'abus de majorité a fait l'objet de 13 arrêts de la chambre commerciale mais n'a été retenu que dans trois seulement.

[1975] Il peut lui être assimilé l'abus d'égalité.

[1976] Cass. com., 15 juillet 1992, *Bull. civ*. IV, n° 279, *Rev. soc*. 1993, p. 400, note P. Merle, *D*. 1993, p. 279, note H. Le Diascorn, *RTD com*. 1993, p. 112, note Y. Reinhard, *Bull. Joly soc.* 1992, p. 1083, § 353, note P. Le Cannu.

capital, prétendument indispensable à la société[1977]. Certes, à l'instar de l'abus de majorité, la rupture d'égalité demeure requise pour caractériser l'abus des minoritaires[1978]. Toutefois, à sa différence, il apparaît que l'atteinte à l'intérêt social en constitue clairement la condition majeure[1979]. Preuve en est que, si la Cour de cassation précise parfois dans sa solution en quoi réside l'attitude égoïste des minoritaires et distingue donc clairement les deux conditions[1980], celle-ci est bien souvent déduite du refus de voter la résolution indispensable à la survie de la société[1981]. Davantage que la protection des intérêts majoritaires, c'est donc bien la pérennité de la société qui est recherchée *via* la sanction de l'abus de minorité.

546. Une protection *a minima*. Fort heureusement, le juge ne souhaite cependant pas faire de la société sa chose et il n'entend sanctionner le droit de vote des minoritaires que lorsque la décision empêchée était essentielle à la survie de la société[1982]. Ainsi la jurisprudence refuse-t-elle constamment de reconnaître l'abus de minorité lorsque la décision d'augmentation de capital, bien que propice à la prospérité ou à la croissance de la société, n'est pas indispensable à sa survie[1983]. Une dichotomie est donc clairement opérée entre ce qui relève de l'opportun et ce qui

---

[1977] En matière d'abus de minorité, les abus sont en effet essentiellement négatifs, ils empêchent une décision d'être votée. Les abus positifs sont plus rares. Ils consistent à recourir à des stratagèmes pour faire prendre « par surprise », par l'organe compétent, une décision qui ne reflète pas la volonté des majoritaires.

[1978] Sur la critique de ce critère construit symétriquement à l'abus de majorité, v. M. Cabrillac, « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité », in *Mél. A. Colomer*, Litec, 1993, p. 109, spéc. p. 113 : comment parler de rupture d'égalité dès lors que le refus des minoritaires de voter la décision a pour effet « *de perpétuer un* statu quo *qui n'est pas plus favorable ou défavorable à un groupe d'associés qu'à l'autre* » ; P. Merle, « L'abus de minorité », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 81, spéc. p. 83.

[1979] V. Lonis-Apokourastos, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, préf. J. Mestre, n° 285, p. 247.

[1980] V. par exemple Cass. com., 18 juin 2002, pourvoi n° 98-21967.

[1981] En ce sens, v. M. Boizard, « Regards sur l'abus de minorité », note sous Cass. com., 5 mai 1998, *Rev. soc.* 1999, p. 344, spéc. p. 348 ; v. par exemple CA Lyon, 20 décembre 1984, *D.* 1986, p. 506, note Y. Reinhard : « *Les actionnaires minoritaires en s'opposant à ce qu'il soit procédé à une augmentation de capital, alors qu'ils savaient celle-ci nécessaire à la survie de la société… et qu'une telle augmentation n'était pas susceptible de préjudicier à leurs intérêts, ont poursuivi un but personnel directement contraire aux intérêts de la société et ont ainsi commis un abus de nature à engager leur responsabilité* » ; *Contra* : Cass. com., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-25408 ; *Rev. soc.* 2013, p. 150, note A. Viandier : la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui pour retenir l'abus de minorité ne s'était fondée que sur la seule atteinte à l'intérêt social sans avoir caractérisé la rupture d'égalité.

[1982] Sous réserve que les minoritaires aient été informés de l'importance de la décision à prendre. V. Cass. com., 20 mars 2007, *Bull. civ.* IV, n° 97 ; *Dr. soc.* 2007, comm. 87, note H. Lécuyer. Certains auteurs prétendent néanmoins que les juges pourraient également sanctionner l'abus de minorité dès lors que le blocage de la minorité révèle une intention de nuire au fonctionnement de la société ou aux majoritaires : A. Constantin, « La tyrannie des faibles, De l'abus de minorité en droit des sociétés », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213, spéc. p. 225.

[1983] V. Cass. com., 9 mars 1993, *Bull. civ.* IV, n° 101 ; *JCP E* 1993, II, 448, note A. Viandier ; CA Paris, 24 janvier 1997, *Bull. Joly soc.* 1998, p. 405, note B. Saintourens ; en ce sens, v. T. com. Paris, 24 septembre 1991, 2e espèce, *Dr. soc.* 1992, comm. 32, note H. Le Nabasque ; T. com., 31 octobre 2000, *Dr. soc.* 2001, comm. 83, note F.-X.

relève du vital[1984]. Seul un vote négatif menaçant la survie de la société appelle une sanction au nom de la nécessaire pérennité de la société.

547. La protection de l'intérêt, et donc de la pérennité, du contrat justifie également une immixtion du juge en droit commun des contrats.

B- EN DROIT COMMUN DES CONTRATS

548. Classiquement, le juge est considéré comme l'exécutant de la volonté de parties telle qui se sont librement exprimées. Pas davantage qu'il ne lui appartient de modifier le contenu du contrat, il ne lui appartient pas de maintenir le contrat en paralysant l'exercice du droit de résolution. La conception renouvelée du contrat par la reconnaissance d'un intérêt qui lui est propre a cependant bouleversé le rôle traditionnel du juge. De simple interprète, il s'érige aujourd'hui en garant de cet intérêt et, ce faisant, s'octroie le droit de réécrire le contrat (1), ou de le prolonger contre la volonté des contractants (2).

1- La réfaction du contrat[1985]

549. Un juge devenu coauteur du contrat. Le droit positif témoigne de ce que le temps où le juge n'était que le garant de l'exécution fidèle du contrat est définitivement révolu. Nombreuses sont aujourd'hui les manifestations de réécriture judiciaire du contrat. Que l'on

---

Lucas (l'auteur critique toutefois l'appréciation judiciaire du caractère indispensable de la décision en l'espèce) ; *Contra* : CA Dijon, 16 novembre 1983, *Gaz. Pal*. 1983, p. 740, note A.P.S. : la Cour d'appel a décidé de manière exceptionnelle que l'abus de minorité était caractérisé du seul fait que le refus de voter la décision était contraire à une amélioration de la société.

[1984] La distinction claire en théorie se révèle parfois délicate en pratique. V. par exemple, CA Saint-Denis de la Réunion, 19 septembre 2008, *Dr. soc*. 2009, comm. 1, note M.-L. Coquelet : le refus des minoritaires de ratifier le transfert social opéré légalement par le gérant a été jugé comme constitutif d'un abus de minorité. On peut cependant se demander avec l'auteur si la dissociation entre le siège social réel et le siège social statutaire était véritablement de nature à mettre en péril la société.

[1985] De manière courante, la réfaction est définie *stricto sensu* comme « *un mécanisme qui permet non seulement au juge, mais aussi aux parties, sans anéantir le contrat de tenir compte du manquement pour diminuer l'obligation corrélative de l'autre* ». V. C. Albiges, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 3. Le domaine traditionnel de la réfaction est la vente commerciale. Cependant, dans le cadre de l'étude, la réfaction est entendue *lato sensu* comme « *un procédé permettant au juge de modifier le contenu d'une obligation contractuelle pour le rendre équilibré ou licite* ». V. K. de la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, LGDJ, 2006, préf. Y. Picod, n° 710, p. 435.

songe à la réduction de la rémunération excessive des mandataires et agents d'affaires, d'une clause de non-concurrence ou d'exclusivité, de la durée excessive d'un contrat au regard d'un texte légal, d'une obligation pour fausseté partielle de sa cause, d'une pénalité excessive, du prix d'une prestation imparfaitement exécutée ou que l'on songe encore à la suppression des clauses jugées abusives dans les contrats non consuméristes, on peut désormais affirmer que le juge n'hésite plus à pénétrer la sphère contractuelle sans y avoir été invité expressément par le législateur.

550. L'objectif de pérennité contractuelle. En réduisant ou en supprimant une obligation contractuelle jugée disproportionnée ou excessive, le juge affiche en effet explicitement sa volonté de rétablir l'équilibre contractuel et de sanctionner la partie qui n'a eu égard qu'à ses seuls intérêts[1986]. Dès lors, la réécriture judiciaire du contrat intervient bien souvent en réponse à une mauvaise exécution de l'obligation de coopération[1987]. Toutefois, la réfaction judiciaire du contrat dissimule en réalité cet autre objectif qu'est la sauvegarde de la pérennité contractuelle[1988]. En effet, lorsque le juge substitue un indice légal à un indice illicite ou disparu[1989], répute non écrite une clause abusive[1990], ou réduit une durée ou un prix excessif, c'est pour sauver le contrat d'une issue fatale : une nullité pour illicéité[1991] ou une résolution pour inexécution[1992]. Par delà la volonté de sanctionner le contractant défaillant ou malhonnête, la

---

[1986] N. Dion, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, chron., p. 195 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997, p. 357, spéc. p. 371.

[1987] V. K. de la Asuncion Planes, th. préc. : l'auteur propose de fonder le pouvoir de réfaction du juge sur les articles 1135 et 1134, alinéa 3, du Code civil ; v. *supra*, n° 432 et s.

[1988] C. Albiges, art. préc., spéc. p. 20 ; R. Ouelhazi, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg III, 1997, p. 228.

[1989] Cass. civ. 1ère, 9 novembre 1981, *Bull. civ*. I, n° 322 ; *RTD civ*. 1982, p. 601, obs. F. Chabas ; Cass. civ. 3e, 22 juillet 1987, *Bull. civ*. III, n° 151 ; v. également Cass. civ. 3e, 9 juillet 2003, *Bull. civ*. III, n° 152 : la Cour de cassation procède au sauvetage de clauses de pénalités de retard qui excédaient le maximun légal par leur réduction à un taux légal autorisé.

[1990] Cass. com., 22 octobre 1996, *Bull. civ*. IV, n° 261 ; *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux, *JCP G* 1997, II, 22881, note D. Cohen ; Cass. com., 30 mai 2006, *Bull. civ*. IV, n° 132, *D.* 2006, p. 2288, note D. Mazeaud ; Cass. com., 5 juin 2007, *Bull. civ*. IV, n° 157 ; *JCP G* 2007, II, 10145, note D. Houtcieff ; Cass. com., 29 juin 2010, *Bull. civ*. IV, n° 115 ; *CCC* 2010, n° 220, obs. L. Leveneur.

[1991] Y.-M. Serinet, « Le juge et l'illicéité du contrat », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 85 : l'auteur confirme et illustre la tendance jurisprudentielle à préférer la nullité partielle à la nullité absolue en cas d'illicéité.

[1992] P. Jourdain, « A la recherche de la réfaction, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mél. P. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449, spéc. p. 451 ; K. de la Asuncion Planes, th. préc., spéc. n° 13, p. 8 et n° 21, p. 18 ; F. Eudier, « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la dir. T. Revet, LGDJ, 2005, p. 225, spéc. p. 273 ; M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 424 et s., p. 344 et s. ; C. Albiges, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mél.*

réfaction a donc pour but d'améliorer la qualité du contenu du contrat[1993] et de lui permettre de réaliser son objet[1994]. Pour cette raison, la protection de l'intérêt contractuel devrait seule pouvoir justifier le remodelage judiciaire sans qu'il soit nécessaire de recourir à d'autres fondements[1995]. Le juge est d'autant plus légitime à s'y référer directement que la réfaction se révèle conforme à la lecture renouvelée de l'article 1134 du Code civil. Ce qui est intangible au sens de l'alinéa premier dudit article, ce ne sont pas les obligations issues du contrat mais bien l'objet du contrat[1996]. Or, en procédant à la réfaction, le juge permet justement de réaliser l'opération économique envisagée par les parties et de préserver de la sorte la force obligatoire du contrat.

551. Les limites. Pour autant, la réfaction ne saurait être imposée au créancier lorsque l'intérêt contractuel se révèle d'ores et déjà compromis et que le sauvetage du contrat ne peut plus être opéré[1997]. Tel sera le cas lorsque le manquement sera d'une telle gravité qu'il aura fait perdre au créancier toute utilité au contrat. Bien souvent, d'ailleurs, les arrêts ayant admis la réfaction du contrat font état d'une inexécution modeste[1998]. Pour autant, cela n'empêche pas que la réfaction puisse porter sur un élément essentiel et le juge apprécie rigoureusement la gravité du manquement.

La recherche de la pérennité du contrat ne se limite cependant pas à la réfaction.

2- Le maintien forcé du contrat

552. Conscient des conséquences néfastes que peut avoir la disparition du contrat pour un particulier ou une entreprise, le juge accepte de plus en plus, comme en matière de société, de

---

M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 3, spéc. p. 18 ; P. Ancel, « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 103, spéc. p. 104 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997, p. 357, spéc. p. 363.

[1993] A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, p. 468.

[1994] P.-H. Antomattei, obs. sous Cass. com., 15 décembre 1992, *JCP E* 1993, I, 234, p. 158 : « *animé par la volonté de pérenniser le contrat, le juge utilise de plus en plus la technique de la réfaction* ». Sur la généralisation du procédé de réfaction, v. K. de la Asuncion Planes, th. préc. ; M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 432 et s., p. 349 et s.

[1995] Nombreux sont les fondements qui ont été proposés par les auteurs pour justifier la réfaction consécutive à une exécution contractuelle imparfaite. Les plus invoqués sont la volonté tacite, la justice commutative, l'équité et la cause. Toutefois, ces fondements proposés se révèlent fragiles. Pour un exposé de ces divers fondements et leur analyse critique, v. O. Rafik, th. préc., p. 232 ; K. de la Asuncion Planes, th. préc., n° 254 et s., p. 172 et s.

[1996] V. *supra*, n° 383.

[1997] M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 427, p. 346.

[1998] V. les arrêts cités par M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 427, p. 346.

circonscrire son champ d'application en contrôlant l'usage que font les parties de leur droit de rupture.

553. La paralysie du droit de rupture du contrat successif. Cette tendance jurisprudentielle au maintien forcé du contrat se manifeste en premier lieu par une neutralisation du droit de rupture du contrat successif à durée indéterminée[1999]. Certes, dès l'origine, il était communément admis que ce droit n'était pas discrétionnaire. Pour autant, l'abus dans l'exercice de ce droit était apprécié si restrictivement qu'il n'était caractérisé que lorsque la preuve avait été rapportée que l'auteur avait usé de son droit dans la seule intention de nuire à son cocontractant. Pour cette raison, l'abus de droit relevait du cas d'école[2000].

La nécessité de préserver nombre de contrats en raison de leur importance économique a cependant conduit à un renforcement du contrôle judiciaire de l'exercice du droit de rupture[2001]. En effet, soucieuse de garantir la pérennité de la relation contractuelle, la jurisprudence a progressivement réduit la catégorie des droits de rupture discrétionnaires[2002] et assoupli la notion d'abus[2003]. La Cour de cassation affirme ainsi que les juges du fond peuvent, à partir de l'examen de circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre[2004]. Cette appréhension assouplie de l'abus s'observe tout particulièrement en matière de distribution qui comprend de nombreux contrats de situation[2005]. La jurisprudence a en effet

---

[1999] Sur le droit reconnu à tout contractant de rompre un contrat à durée indéterminée, v. *supra*, n° 45.

[2000] M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., p. 202-203 et n° 233, p. 206 : *« il faut bien reconnaître qu'en pratique l'intention de nuire est rarement plaidée, d'abord parce qu'elle soulève des difficultés de preuve indéniables, ensuite parce que dans le domaine des relations contractuelles, les protagonistes sont plus souvent motivés par la recherche d'un profit personnel que par la volonté de porter préjudice à autrui* ». Quelques décisions l'ont néanmoins admis. V. CA Montpellier, 22 mai 1951, *JCP G* 1952, II, 6483, note F. Derrida ; CA Paris, 28 octobre 1967, *Rev. banque* 1968, p. 60, obs. X. Martin.

[2001] J. Mestre, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 91, spéc. p. 98-99 ; R. Ouelhazi, th. préc., p. 278 et s.

[2002] Les tribunaux ont accepté d'exercer leur contrôle sur la mise en œuvre du droit de rompre un contrat à l'essai, celui de se dédire, celui de dénoncer un contrat en application d'une clause de libre révocabilité et celui de ne pas renouveler un contrat parvenu à échéance. V. M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 228, p. 203.

[2003] V. par exemple Cass. com., 3 juin 1997, *Bull. civ*. IV, n° 171 ; *D*. 1998, somm. p. 113, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ*. 1997, p. 935, obs. J. Mestre : la Cour de cassation affirme expressément que l'abus ne résulte pas exclusivement de l'intention de nuire. La conception assouplie de l'abus de droit s'est d'abord imposée dans le domaine du droit du travail. La jurisprudence a précédé le législateur en la matière et, dès le début du XXe siècle, elle avait admis dans le souci de garantir la sécurité de l'emploi de sanctionner la simple légèreté blâmable. V. J. Guyénot, « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 235 ; M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 228, p. 203.

[2004] Cass. civ. 1ère, 21 février 2006, *Bull. civ*. I, n° 82 ; *CCC* 2006, comm. 99, note L. Leveneur.

[2005] D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165.

estimé que l'abus devait être retenu lorsque les circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat ou lorsque le comportement du concédant lors de l'exécution du contrat ont fait naître dans l'esprit du distributeur une croyance légitime dans une certaine stabilité du contrat ou dans le maintien du lien contractuel. Il en va ainsi lorsque le concédant subordonne l'accès ou le maintien du distributeur dans le réseau de distribution à la réalisation d'importants investissements financiers à la charge de celui-ci[2006]. Il en va également ainsi lorsque le contractant lui a fallacieusement laissé entrevoir que leur relation contractuelle se prolongerait dans le temps et qu'il met finalement fin au contrat[2007]. Parce que le contractant a trahi la confiance légitime de son cocontractant, il a commis une faute constitutive d'un abus dans son droit de rupture[2008].

Outre la compréhension extensive de l'abus, la recherche de pérennité contractuelle s'est également traduite par la généralisation de l'obligation de respecter un délai de préavis[2009] afin de « *permettre au contractant qui subit la rupture de réorganiser son entreprise, de réorienter son activité et de trouver des solutions de remplacement afin d'assurer sa reconversion* »[2010]. Sauf à ce que les parties soient convenues du délai de préavis dans leur contrat[2011] ou que le législateur

---

[2006] Cass. com., 5 avril 1994, *Bull. civ*. IV, n° 149 ; *CCC* 1994, comm. n° 159, obs. L. Leveneur ; *RTD civ*. 1994, p. 603, obs. J. Mestre ; Cass. com., 20 janvier 1998, *Bull. civ*. IV, n° 40 ; *CCC* 1998, comm. n° 56, obs. L. Leveneur ; *D*. 1998, p. 413, note C. Jamin ; Cass. com., 9 avril 2002, pourvoi n° 99-15532 ; *RTD civ*. 2002, p. 811, obs. J. Mestre et B. Fages. A l'inverse, la Cour de cassation a estimé que le concédant était en droit de rompre le contrat à tout moment dès lors qu'il n'avait pas fait croire au concessionnaire que le contrat serait poursuivi : Cass. com., 5 octobre 2004, *Bull. civ*. IV, n° 181 ; *RDC* 2005, p. 288, obs. P. Stoffel-Munck ; *RTD civ*. 2005, p. 125, obs. J. Mestre et B. Fages.

[2007] Cass. com., 28 février 1995, *Bull. civ*. IV, n° 63 ; *RTD civ*. 1995, p. 885, obs. J. Mestre ; Cass. com., 23 mai 2000, pourvoi n° 97-10553 ; *RTD civ*. 2001, p. 137, obs. J. Mestre et B. Fages. La solution n'est cependant pas cantonnée aux contrats de distribution, v. Cass. soc., 13 avril 2005, n° 02-46666 ; *Cah. dr. du sport* PUAM, 2005, p. 72, note F. Buy : en l'espèce, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir accordé une indemnisation au salarié dès lors que la Cour d'appel avait constaté que le Club sportif « *avait fait croire au salarié que son contrat serait renouvelé… aux mêmes conditions* » et « *a fait ressortir que l'employeur en entretenant le doute, avait agi avec une légèreté blâmable génératrice d'un préjudice* » ; v. également CA Bourges, 13 mars 1989, *JCP G* 1989, II, 21389, note M. Pauffin de Saint Morel : les juges ont retenu l'abus du droit de rompre d'une compagnie d'assurances qui avait refusé de renouveler le mandat de l'un des ses agents stagiaires à qui elle avait laissé entendre sa titularisation.

[2008] D. Mazeaud, « Durées et ruptures », *RDC* 2004, p. 129, spéc. p. 143-144.

[2009] J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41, spéc. p. 58 ; v. A. Sonet, *Le préavis en droit privé*, PUAM, 2003, préf. F. Bussy.

[2010] D. Mazeaud, art. préc., spéc. p. 150.

[2011] A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, *Fasc. 70 : Durée dans les contrats*, in *J-Cl. Contrats-Distribution*, 2007, n° 199 : « *Le respect du préavis convenu dans le contrat, conforme aux usages professionnels et qui permet au contractant d'organiser sa reconversion repousse, en principe, l'éventualité de voir les juges considérer la rupture comme trop brutale* ».

l'impose[2012], le juge en fixe l'étendue en s'attachant à la durée passée de la relation contractuelle[2013] et aux performances économiques de celui qui subit la rupture. Le manquement à cette obligation conduit systématiquement à la reconnaissance d'une rupture abusive car brutale.

En revanche, si sensible qu'elle soit à l'idée de garantir la pérennité contractuelle, la jurisprudence n'est pas allée jusqu'à mettre à la charge des contractants une obligation de motivation de leur décision de rupture. Sauf disposition légale[2014], les parties ne sont ainsi guère tenues de donner des motifs légitimes de rupture ou de non-renouvellement[2015]. Certains n'ont pas manqué d'exprimer leurs regrets à ce sujet et prônent, si ce n'est la consécration générale d'une obligation de motivation, la consécration d'une obligation de motivation à la charge des contractants engagés dans des contrats d'intérêt commun[2016].

En adoptant une conception extensive de l'abus du droit de rupture et en généralisant le respect d'un préavis, la jurisprudence cherche sans aucun doute à garantir la pérennité de la relation contractuelle. Ce dont il résulte que, bien souvent, plutôt que d'octroyer une indemnisation à la victime de la résiliation, les juges choisissent de maintenir la relation contractuelle rompue abusivement[2017].

[2012] Par exemple, en matière de rupture d'ouverture de crédit, le législateur a prévu un délai de préavis minimal de 60 jours (art. L. 312-12 du Code monétaire et financier).

[2013] Cass. 1ère civ., 16 mai 2006, pourvoi n° 03-10328, *LPA*, 12 juillet 2006, p. 18, note C. Boismain.

[2014] Le législateur a progressivement contraint certains contractants de donner un motif légitime de rupture. Tel est le cas en droit du travail et en droit de la concurrence.

[2015] Cass. com., 25 avril 2001, pourvoi n° 98-22199 ; *D.* 2001, somm. comm. p. 3238, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ*. 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages : la Cour de cassation énonce dans cet arrêt que l'auteur de la rupture, qui avait respecté un délai de préavis conforme aux usages, « *n'avait pas à donner des motifs au non-renouvellement du contrat… que ceux-ci, fussent-ils fallacieux ou non sérieux, ne pouvaient constituer un abus, et que l'examen des motifs invoqués… était inutile* ». La Cour de cassation ne saurait être plus claire, l'invocation de motifs illégitimes n'est pas suffisante à constituer un abus. Certains arrêts antérieurs avaient pourtant laissé entrevoir la consécration d'une obligation de motivation en considérant que le refus de renouveler un contrat à durée déterminée arrivé à son terme était abusif dès lors que celui-ci se trouvait dépourvu de motif et était générateur d'un préjudice pour l'agent : Cass. com., 27 octobre 1998, *Bull. civ*. IV, n° 256 ; v. également CA Paris, 30 septembre 1977, *RTD com.* 1978, p. 593, obs. J. Hémard ; CA Paris, 16 novembre 1978, *RJC* 1980, p. 179, note P. Le Tourneau.

[2016] M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 301. Dans un tel contrat, en effet, le refus de reconnaître l'existence d'une telle obligation « *consacre au profit du concédant un droit quasi discrétionnaire d'anéantir unilatéralement le contrat, sans aucun égard pour son partenaire qui, de longue date, a contribué à la réalisation d'un projet commun* » : D. Mazeaud, art. Préc., spéc. p. 145.

[2017] J. Mestre, « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC* 2005, p. 99 ; A. Marais, « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA*, 22 octobre 2002, n° 197, p. 7 ; C. Bourgeon, « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC* 2005, p. 109 ; A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, n° 920 et s., p. 510 et s.

554. La paralysie du droit de résiliation pour inexécution. Cette tendance jurisprudentielle au maintien forcé du contrat se manifeste en second lieu par une neutralisation du droit de résolution du contrat en cas d'inexécution. Certes, il a toujours été admis que la demande de résolution fondée sur l'article 1184 du Code civil était subordonnée à la gravité du manquement. Toutefois, même grave, l'inexécution est loin de garantir au créancier l'anéantissement du contrat. La jurisprudence se montre en effet de plus en plus encline à différer la résolution et à maintenir la relation contractuelle tant que l'exécution du contrat demeure possible.

D'abord, elle paralyse de plus en plus souvent le jeu d'une clause résolutoire au nom d'une exigence de bonne foi de la part du créancier[2018]. Elle a ainsi pu considérer que le simple fait de ne pas avoir facilité l'exécution due par le débiteur suffisait à caractériser la mauvaise foi du créancier[2019].

Ensuite, sauf à ce qu'une disposition légale ou contractuelle ne l'ait prohibé[2020], les juges accordent de plus en plus souvent au débiteur des délais supplémentaires d'exécution sur le fondement des articles 1244-1 et 1184, alinéa 3, du Code civil[2021].

Enfin et surtout, la consécration prétorienne de la suspension en cas d'impossibilité momentanée d'exécuter une obligation[2022] constitue la parfaite manifestation de l'emprise du juge sur la poursuite de la relation contractuelle. Il ne s'agit cependant pas pour le juge de différer

---

[2018] En ce sens, v. J. Mestre, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 91, spéc. p. 98 ; R. Ouelhazi, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg III, 1997, p. 264.

[2019] CA Paris, 19 juin 1990, *D.* 1991, p. 515, note Y. Picod ; *RTD civ.* 1992, p. 92, obs. J. Mestre : la Cour d'appel a considéré que le bailleur qui se prévalait d'une clause résolutoire pour non paiement des loyers était de mauvaise foi dans la mesure où s'était abstenu de délivrer les quittances dont le locataire avait besoin pour obtenir le versement des allocations-logement. En revanche, la Cour de cassation a refusé de considérer que la bonne foi du débiteur puisse empêcher la mise en œuvre de la clause résolutoire : Cass. civ. 3e, 24 septembre 2003, *Bull. civ.* III, n° 161 ; *CCC* 2003, n° 174, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2003, p. 707, obs. J. Mestre et B. Fages.

[2020] Sur les obstacles à l'octroi d'un délai de grâce, v. M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, préf. J. Mestre, n° 381 et s., p. 315 et s.

[2021] L. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1, spéc. p. 18-19.

[2022] Cass. civ. 1ère, 24 février 1981, *Bull. civ.* I, n° 65 ; *D.* 1982, p. 479, obs. D. Martin : « *en cas d'impossibilité momentanée d'exécuter une obligation, le débiteur n'est pas libéré, cette exécution étant seulement suspendue jusqu'au moment où l'impossibilité vient à cesser* ». Par cet arrêt, la Cour de cassation consacre expressément la mesure de suspension comme alternative à la résolution en cas d'impossibilité momentanée d'exécution.

inutilement l'anéantissement du contrat. La suspension n'est ordonnée en lieu et place de la résolution que si l'impossibilité d'exécuter est temporaire[2023].

555. Pourtant, en dépit de sa tendance croissante à rechercher la pérennité contractuelle, le juge ne va pas toujours suffisamment loin.

§2 UNE IMMIXTION PERFECTIBLE

556. Si le juge s'immisce de plus en plus souvent dans le champ contractuel, on peut s'étonner qu'il refuse de le faire alors même que son intervention permettrait de sauver le contrat, que ce soit en droit des sociétés (A) ou en droit commun des contrats (B).

A- EN DROIT DES SOCIETES

557. Aussi animé qu'il soit par l'efficacité durable de la société, le juge se montre parfois réticent à pénétrer dans la sphère contractuelle des associés. Aussi peut-on regretter qu'il ne prononce un jugement valant acte en cas d'abus de minorité (1) et ne procède parfois à l'exclusion-remède de l'associé (2).

1- Plaidoyer pour un jugement valant acte en cas d'abus de minorité

558. Une consécration refusée. Alors que le juge accepte de s'immiscer dans la société en cas d'abus de minorité, il refuse cependant de prononcer la sanction en nature la plus adaptée. En effet, si l'arrêt « Vitamat » laissait la plus grande latitude au juge pour sanctionner l'abus de minorité en énonçant que « *hormis l'allocation d'éventuels dommages et intérêts, il existe d'autres solutions permettant la prise en compte d'éventuels dommages* »[2024], la jurisprudence postérieure a sensiblement réduit la liste des sanctions possibles et interdit au juge de prendre lui-

[2023] En ce sens, v. J. Mestre, art. préc., spéc. p. 97 ; A.-S. Lavefve, th. préc., n° 136, p. 81 ; J. Treillard, « De la suspension des contrats », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 59 ; R. Ouelhazi, th. préc., p. 253 ; C. Coulon, « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 29, spéc. p. 42.
[2024] Cass. com., 14 janvier 1992, *Bull. civ*. IV, n° 19.

même la décision à laquelle se sont opposés les minoritaires[2025]. Alors qu'il se reconnaît compétent pour caractériser le caractère vital d'une décision, il décline toute compétence pour l'adopter lui-même.

559. Une consécration opportune en pratique. Pourtant, à l'examen de l'ensemble des sanctions susceptibles d'être prononcées, seul le jugement valant acte[2026] permet véritablement de préserver la société[2027]. Qu'il suffise, pour s'en convaincre, d'analyser les effets des sanctions actuellement admises. Le juge peut d'abord recourir au droit commun de la responsabilité civile et allouer des dommages intérêts en réparation du dommage subi par les majoritaires et la société. Toutefois, aussi important que puisse s'élever leur montant, ils ne permettront jamais d'effacer la faute commise et d'assurer la pérennité de la société[2028]. Le juge peut ensuite ordonner la dissolution de la société pour mésintelligence dès lors qu'est constatée une paralysie de son fonctionnement. Néanmoins, à l'évidence, cette solution conduit à l'effet inverse recherché[2029]. Le juge peut encore prononcer la nullité de la délibération. Sans conteste opportune pour sanctionner un abus de majorité, la nullité n'est cependant pas adaptée à la réparation d'un abus de minorité qui, précisément, a empêché l'adoption d'une résolution essentielle[2030]. Le juge peut enfin nommer un mandataire *ad hoc* aux fins de représenter les minoritaires défaillants[2031] à une nouvelle assemblée et voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt

---

[2025] Cass. com., 15 juillet 1992, Six, *Bull. civ*. IV, n° 279 ; *D*. 1993, p. 279, note Y. Le Diascorn ; *Bull. Joly soc*. 1992, p. 1083, note P. Le Cannu ; Cass. com., 9 mars 1993, Flandin, *Bull. civ*. IV, n° 101 ; *Rev. soc*. 1993, p. 403, note P. Merle ; *D*. 1993, p. 363, note Y. Guyon ; *JCP G* 1993, II, 22107, note Y. Paclot.

[2026] Le jugement valant acte peut se définir comme « *la technique consistant pour le juge à remplacer purement et simplement le débiteur défaillant dans l'exécution attendue de ce dernier ou, plus exactement, à réputer accompli l'acte ou adoptée la décision qui aurait dû résulter de l'exécution volontaire » :* V. Lonis-Apokourastos, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, préf. J. Mestre, n° 197, p. 191.

[2027] J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge », *RJC* 1985, p. 81, spéc. p. 87.

[2028] G. Kengne, « Le rôle du juge en matière d'abus du droit de vote », *LPA*, 12 juin 2000, n° 116, p. 10 et s. ; A. Constantin, « La tyrannie des faibles, De l'abus de minorité en droit des sociétés », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213, spéc. p. 231 ; v. cependant, P. Merle, « L'abus de minorité », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 81, spéc. p. 89 : certains auteurs estiment que l'allocation de dommages et intérêts peut avoir un véritable effet dissuasif sur les minoritaires « *qui pourront être ainsi amenés à revoir leur position dans un sens plus conforme à l'intérêt social* », v. F.-X. Lucas, « La réparation du préjudice causé par un abusde minorité en droit des sociétés », *LPA*, 12 septembre 1997, n° 110, p. 6, spéc. p. 10-11.

[2029] La dissolution ne doit être prononcée que lorsque l'abus de minorité révèle une mésentente entre les associés qui paralyse le fonctionnement de la société et ne semble pas pouvoir être apaisée.

[2030] A. Constantin, art. préc., spéc. p. 228.

[2031] Le recours au mandataire *ad hoc* semble être condamné lorsque les associés minoritaires sont non pas défaillants mais présents à l'assemblée et votent contre la résolution proposée ou même s'abstiennent : F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 9.

social[2032]. Il est vrai que cette sanction permet d'atteindre l'objectif recherché puisque la décision essentielle sera finalement prise aux termes d'une nouvelle assemblée générale. Pour cette raison, certains y ont vu un compromis raisonnable[2033]. Toutefois, cette solution est loin de recueillir l'ensemble des suffrages. Solution lourde et onéreuse[2034], le recours à un mandataire apparaît, de surcroît, bien « *inutile* »[2035] puisque celui-ci se contente en réalité de voter la décision souhaitée par le juge[2036]. C'est dire que le mandat *ad hoc* n'est en tout état de cause qu'un « *camouflage de la décision judiciaire valant vote* »[2037]. Dès lors, sauf à attribuer au mandataire un véritable rôle de conciliateur intervenant afin d'apaiser le conflit d'intérêts qui oppose majoritaires et minoritaires[2038], mieux vaut en faire l'économie. Pire, la survie de la société étant en jeu, le recours à un administrateur *ad hoc* peut faire perdre un temps précieux[2039]. Perte de temps et d'argent, le mandat *ad hoc* ne constitue donc pas la solution la plus appropriée[2040]. Au final, le jugement valant acte apparaît comme un remède plus adapté que tous les autres. Et il doit d'autant plus être approuvé que rien ne s'oppose juridiquement à ce que le juge puisse s'immiscer ainsi dans le contrat de société.

560. Une consécration juridiquement fondée. Si le juge s'accorde le droit d'annuler une délibération adoptée par les majoritaires, pourquoi n'aurait-il pas le droit d'adopter la décision qui n'a pu être prise du fait de l'opposition des minoritaires ? L'adoption de la délibération constitue le pendant de l'annulation de la délibération. Comme le soulignent un certain nombre d'auteurs, la décision d'annuler une délibération revêt un caractère tout aussi grave que celle

---

[2032] Cass. com., 9 mars 1993, Flandin, *Bull. civ*. IV, n° 101 ; *Rev. soc*. 1993, p. 403, note P. Merle ; *D*. 1993, p. 363, note Y. Guyon ; *JCP G* 1993, II, 22107, note Y. Paclot ; Cass. com., 5 mai 1998, *Bull. civ*. IV, n° 149 ; *Rev. soc*. 1999, p. 344, note M. Boizard.

[2033] D. Tricot, « Abus de droits dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.* 1994, p. 617, spéc. p. 625.

[2034] A. Couret, « L'abus et le droit des sociétés », *Droit et patr*. juin 2000, p. 66, spéc. p. 68.

[2035] En ce sens, v. M. Boizard, « Regards sur l'abus de minorité », note sous Cass. com., 5 mai 1998, *Rev. soc*. 1999, p. 344, spéc. p. 348.

[2036] En ce sens, v. F.-X. Lucas et D. Vidal, note sous T. com., 31 octobre 2000, *Dr. soc.* 2001, comm. 83, spéc. p. 18-19 : « *Le louable souci de la Cour de cassation de ne pas voir le juge s'immiscer dans le fonctionnement de la société n'est qu'une pétition de principe lorsqu'elle s'autorise à nommer un mandataire* ad hoc *pour représenter les minoritaires… Il faut se rendre à l'évidence que cette désignation d'un mandataire est une fausse bonne idée* ».

[2037] J.-F. Barbièri, « Retour sur les sanctions de l'abus de minorité », in *Mél. D. Schmidt, Liber amicorum*, éd. Joly, 2005, p. 51, spéc. p. 56. La même critique peut être formulée à propos de la proposition de suspension de droits de vote des minoritaires évoquée par M. Schmidt (« Débat » in *La loi de la majorité, RJC* n° spécial, 1991, p. 94).

[2038] V. J.-F. Barbièri, art. préc., spéc. p. 57 et s.

[2039] En ce sens, v. M. Boizard, art. préc., spéc. p. 348 ; G. Kengne, art. préc.

[2040] V. l'argumentaire de F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 9.

d'imposer une délibération[2041]. De la même manière que le juge peut annuler des votes positifs pour un retour au *statu quo ante*, le juge doit pouvoir annuler des votes négatifs pour permettre l'adoption d'une décision illégitimement bloquée[2042]. L'immixtion du juge n'est, ce faisant, pas plus importante dans un cas que dans l'autre.

Certes, le refus du jugement valant acte repose sur l'article 1142 du Code civil[2043]. Toutefois, l'argument est loin d'être opérant. En effet, le champ de ce texte est circonscrit aux obligations contractuelles lorsque l'abus de minorité procède de la violation d'un devoir général de conduite sanctionné par l'article 1382 du Code civil[2044]. Le juge apparaît donc tout à fait libre d'opter pour la réparation qui lui semble la plus adéquate[2045].

Parce que la sanction du jugement valant acte est opportune et fondée en droit, il n'est pas étonnant que certains juges du fond aient opposé une résistance et accepté de substituer leur décision à celle des organes compétents[2046]. Il n'y a plus qu'à espérer un revirement de la Cour de cassation, ne serait-ce que dans les cas où la gravité de la menace est telle que la décision rejetée par les minoritaires nécessite d'être prise immédiatement[2047].

561. Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence se montre également peu encline à admettre une exclusion judiciaire de l'associé fautif.

[2041] J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge », *RJC* 1985, p. 81, spéc. p. 88.

[2042] M. Boizard, art. préc., spéc. p. 376 ; V. Lonis-Apokourastos, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, préf. J. Mestre, n° 298, p. 254 : « *l'immixtion du juge est sans doute plus grande lorsqu'il va contre le vœu des majoritaires en annulant une délibération pour abus de majorité, que lorsqu'il vient à leur secours pour empêcher que, par une opposition fautive, les minoritaires ne provoquent la disparition immédiate ou à terme de l'être social* ».

[2043] P. Le Cannu, « L'abus de minorité », *Bull. Joly soc*. 1986, p. 431, spéc. p. 434 ; R. Drago, « Débat » in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 95.

[2044] En ce sens, v. D. Tricot, « Abus de droits dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.* 1994, p. 617, spéc. p. 624 ; P. Merle, « L'abus de minorité », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 81, spéc. p. 90-91 ; A. Constantin, « La tyrannie des faibles, De l'abus de minorité en droit des sociétés », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213, spéc. p. 233 ; pour une analyse contractuelle de l'obligation violée, v. V. Lonis-Apokourastos, th. préc., n° 275 et s., p. 240 et s.

[2045] J. Mestre, art. préc., spéc. p. 88 : l'auteur souligne d'ailleurs que le projet préparé par la commission Pleven lors de la réforme du droit des sociétés commerciales avait expressément opté pour cette sanction dans le cas où « *un associé ou actionnaire ou un groupe d'associés ou actionnaires fait abusivement obstacle à l'adoption par les assemblées ordinaires ou extraordinaires de mesures conformes à l'intérêt social* ». Toutefois, celui-ci n'a pas été entériné en raison des craintes que suscite un gouvernement judiciaire des sociétés.

[2046] CA Paris, 25 mai 1993, *D*. 1993, p. 541, note A. Couret. Sur la portée nuancée de cet arrêt, v. F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 7-8.

[2047] A. Constantin, art. préc., spéc. p. 236 et s.

2- Plaidoyer pour l'exclusion-remède judiciaire

562. Une consécration refusée. Confrontée à une demande d'exclusion, la Cour de cassation adopte une position très ferme : « *aucune disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d'obliger l'associé qui demande la dissolution de la société par application de l'article 1844-7-5° du Code civil à céder ses parts à cette dernière et aux autres associés qui offrent de les racheter* »[2048]. Autrement dit, sauf à ce qu'une disposition statutaire ait prévu l'exclusion ou la faculté de rachat des parts en réponse à une demande en dissolution[2049], les associés qui souhaiteraient continuer l'aventure collective ne peuvent s'opposer à la dissolution pour mésentente.

563. Une consécration opportune en pratique. Tant sur un plan fiscal qu'économique et social, la dissolution se révèle pourtant être une opération bien onéreuse[2050]. Sans compter les associés défendeurs à l'action, nombreux peuvent être les créanciers et les salariés qui pâtiront de la disparition de la société. Certes, les associés pourront toujours constituer ultérieurement une nouvelle société sans l'associé qui a provoqué la dissolution. Toutefois, la perspective du coût et de la longueur de l'opération les en dissuadera sûrement. Aussi, dès lors que l'exclusion se présente le plus souvent comme un remède salvateur de la société dont la dissolution est demandée, peut-on là encore espérer que la Cour de cassation revienne sur sa position.

564. Une consécration juridiquement fondée. Pour certains, l'exclusion-remède porterait cependant atteinte au droit de demander la dissolution de la société pour justes motifs, conformément à l'article 1844-7-5° du Code civil. Conçu comme un droit d'ordre public, la dissolution anticipée est, il est vrai, la seule voie ouverte par le législateur en cas de mésentente[2051], de sorte que le juge paraît peu en droit répondre à la demande de dissolution de

---

[2048] Cass. com., 12 mars 1996, *Bull. civ*. IV, n° 86 ; *Bull. Joly soc.* 1996, § 207, p. 584, note J.-J. Daigre.

[2049] V. S. Dariosecq et N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc.* 1998, § 286, p. 908.

[2050] En ce sens, v. M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 618, p. 257 ; D. Martin, « L'exclusion d'un actionnaire », *RJC*, n° spécial, 1990, p. 94, spéc. p. 97.

[2051] Certains droits étrangers ont à l'inverse accordé au juge une alternative entre la dissolution et l'exclusion de l'associé. Tel est le cas du droit allemand. V. B. Caillaud, *L'exclusion d'un associé*, thèse Paris, 1966, p. 238, spéc. p. 262.

l'associé en prononçant son exclusion. Toutefois, seul est en réalité d'ordre public le droit de demander la dissolution, et non la dissolution elle-même. Preuve en est que, conformément à la volonté du législateur, le juge n'accepte de prononcer la dissolution que si la paralysie de la société est totale. C'est dire si le droit à la dissolution ne présente qu'un caractère subsidiaire. Pour cette raison, dès lors que la paralysie semble temporaire et que la société est prospère, d'autres mesures doivent être privilégiées. Outre la nomination d'un administrateur provisoire, le juge peut lui préférer l'exclusion de l'associé demandeur. Tel doit être le cas toutes les fois que cette mesure paraît plus à même de permettre un retour à un fonctionnement normal des organes sociaux[2052]. En raison de l'importance des enjeux économiques et sociaux, la dissolution de la société doit être conçue comme une issue ultime[2053].

Certains auteurs n'ont cependant pas manqué de dénoncer l'absence de texte autorisant expressément le juge à procéder à l'exclusion de l'associé afin de garantir l'intérêt social[2054]. En effet, si les articles 1844-12 du Code civil et L. 235-6 du Code de commerce prévoient que dans certains cas le juge peut faire obstacle à la nullité sollicitée par un associé en accédant à la demande de rachat forcé formulée par la société ou les autres associés, cette disposition ne peut cependant pas trouver application dans une hypothèse, même voisine, de dissolution[2055]. Toutefois, est-ce un motif suffisant pour interdire le prononcé de la mesure ? Il ne semble pas dès lors qu'on se souvient que la jurisprudence a consacré la possibilité de nommer un administrateur

---

[2052] M.-C. Monsallier, th. préc., n° 628 et s., p. 261 et s.

[2053] En ce sens, v. S. Majerowicz, « L'exclusion de l'associé en l'absence de clause statutaire », *LPA*, 31 mai 1991, n° 65, p. 26 ; T. Bonneau, note sous Cass. com., 12 mars 1996, *JCP E* 1996, pan. 426. La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 25 mars 1993 (Rev. soc. 1993, p. 661, obs. Y. Guyon) semblait abonder en ce sens. Pour accueillir la demande en dissolution, la Cour d'appel avait pris soin de relever que l'exclusion du demandeur, qui détenait 75% du capital social et exerçait un rôle prépondérant dans la société, n'aurait pas permis à celle-ci de poursuivre son objet. La Cour de cassation, pour rejeter le pourvoi, a cependant substitué à ce motif une raison de pur droit dans son arrêt précité du 12 mars 1996 ; v. également, T. com. Versailles, 17 octobre 1991, *Bull. Joly soc.* 1992, p. 283, note A. Couret.

[2054] J.-M. De Bermond de Vaulx, « A propos d'une conception exaltée de l'*affectio societatis* », *Dr. soc*. avril 1993, p. 1. Pour pouvoir être prononcée par le juge, l'exclusion aussi bien remède que sanction suppose l'existence d'un texte légal. Une telle mesure est par exemple prévue dans le cadre d'un projet de redressement judiciaire. Le législateur autorise le juge à contraindre le dirigeant à céder ses parts. En dehors des cas légaux, le juge ne devrait donc pas pouvoir s'arroger un tel pouvoir. V. en ce sens, G. Durant-Lépine, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 18 ; J.-M. de Bermond de Vaulx, « La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ? », *JCP E* 1990, II, 15921, p. 742, spéc. p. 747 ; v. en ce sens, CA Grenoble, 30 janvier 1989, Juridial n° 89-42351 : « *l'exclusion d'un actionnaire n'est pas prévue par l'article 1844-7-5° du Code civil, qui ne vise que la dissolution anticipée de la société* ».

[2055] M.-E. Pancrazi-Tian, th. Préc., n° 445, p. 357-358. Nullité et dissolution procèdent en effet de causes différentes qui empêchent toute analogie. Au demeurant, la nullité doit procéder d'un vice du consentement ou d'une incapacité. Or, la disparition de l'*affectio societatis* ne peut être identifiée à un tel vice. V. G. Durant-Lépine, art. préc., spéc. p. 18.

judiciaire dans la société en dehors de tout socle légal et au nom, précisément, de la nécessité de garantir la pérennité de la société. Dès lors, pourquoi ne pas admettre par analogie que la considération de l'intérêt de la société suffise à fonder l'exclusion[2056] ? Certes, l'administration provisoire n'a pour effet que de suspendre temporairement l'exercice par les associés de leur droit de gestion alors que l'exclusion aboutit à une remise en cause de la position contractuelle de l'associé et à une annihilation de son droit de propriété[2057]. Toutefois, si grave soit la mesure d'exclusion-remède, il n'y a pas de véritable atteinte au droit de propriété, que ce soit au sens constitutionnel, ou à celui des articles 544 et 545 du Code civil. En effet, le droit constitutionnel et le droit interne ne condamnent qu'une expropriation forcée de l'associé, c'est-à-dire une privation de sa qualité de propriétaire contre son gré. Or, celui qui sollicite la dissolution ne manifeste-t-il pas justement la disparition de son *affectio societatis* et, ce faisant, sa volonté de se départir de sa qualité de propriétaire[2058] ? Par conséquent, sous réserve que l'associé évincé perçoive un prix équivalent à celui qu'il aurait reçu en cas de dissolution de la société[2059], aucune atteinte au droit de propriété n'est en réalité caractérisée. Partant, rien ne s'oppose à ce que le

---

[2056] Certaines décisions antérieures à celle du 12 mars 1996 de la chambre commerciale ont admis l'exclusion de l'associé. V. CA Rouen, 8 février 1974, *Rev. soc*. 1974, p. 507, note R. Rodière ; T. com. Poitiers, 30 juin 1975, *RTD com*. 1976, p. 373, obs. C. Champaud ; CA Reims, 24 avril 1989, *JCP E* 1990, II, 15677, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain : « *il est préférable, l'affectio societatis ayant disparu, d'imposer au demandeur d'accepter l'offre de rachat de ses parts sociales par le défendeur plutôt que de prononcer la dissolution de la société car on ne peut permettre, bien que mécontent que le demandeur profite de cette situation pour obtenir la liquidation de l'entreprise sociale au mépris de l'intérêt propre de celle-ci et des intérêts de son associé, que cette notion de prospérité et de rentabilité s'impose même aux sociétés de personnes* ».

[2057] M. Jeantin, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 149, spéc. p. 159 ; en ce sens, v. M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 443, p. 356 ; CA Aix-en-Provence, 26 juin 1984, *D*. 1985, Jurisp. p. 372, note J. Mestre ; CA Versailles, 19 janvier 1989, *Bull. Joly soc.* 1989, § 109, p. 327, note P. Le Cannu ; v. N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, préf. M. Gobert, n° 532, p. 421 ; S. Dana-Démaret, note sous CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc*. 1989, p. 246 ; *Contra* : V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 116 et s., p. 154 et s. : l'auteur soutient la conformité de l'exclusion-remède et de l'exclusion-sanction avec l'article 1er du protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

[2058] V. J.-J. Daigre, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », *Bull. Joly soc.* 1996, § 204, p. 576, spéc. p. 579 : « *la demande de dissolution peut être analysée en une demande de retrait unilatéral* » ; M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 448, p. 359 : « *il faut bien voir en effet que celui qui agit en dissolution témoigne par son action même de sa volonté de modifier définitivement son titre en réalisant sa créance sur la société ; sans se priver d'un titre dont il a déjà fait son deuil, son exclusion aurait dont seulement pour effet de substituer au droit de participer à la liquidation de la société et au partage de son actif celui de percevoir le prix de rachat de ses parts* » ; M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 625, p. 260 et n° 635 et s., p. 263 et s. ; G. Durant-Lépine, art. préc., spéc. p. 18 ; D. Martin, « L'exclusion d'un actionnaire », *RJC* n° spécial, 1990, p. 94, spéc. p. 97 et p. 98-99.

[2059] La Cour d'appel a annulé la décision d'exclusion car celle-ci s'était opérée sans indemnité pour l'exclu de sorte que la décision aboutissait à une véritable expropriation : CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc*. 1989, p. 246, note S. Dana.

juge puisse modifier la composition sociale s'il en va de la survie de la société[2060]. Mieux, à l'instar de l'administration provisoire, l'exclusion doit être prononcée avant que la situation ne se détériore davantage et que la dissolution de la société ne devienne la seule issue possible[2061].

Enfin, il n'est pas impossible de considérer que l'article 1184 du Code civil fournisse un fondement textuel solide à l'exclusion-remède[2062]. De prime abord, une telle assertion peut surprendre au regard de l'absence de faute requise pour la caractériser[2063]. Pourtant, la traditionnelle distinction entre exclusion-remède et exclusion sanction n'est pas aussi nette qu'on le dit souvent. En effet, si la première intervient avant tout pour préserver l'intérêt de la société, elle vient également sanctionner l'associé qui a méconnu son obligation de coopération en refusant le rachat de ses parts et, en conséquence, en se désintéressant du sort de la société. Un parallèle peut sans aucun doute être établi avec la mise en œuvre de l'ancien article 1869 relatif à la résiliation unilatérale de la société à durée indéterminée : si l'associé dispose d'un droit de demander la dissolution, il ne doit l'exercer ni à contretemps ni de mauvaise foi. Or, tel est bien le cas lorsque l'associé sollicite la dissolution de la société *in bonis* alors qu'il dispose par ailleurs d'une alternative pour quitter la société. La société devient alors légitime à demander la résolution du contrat d'apport qui la lie à lui.

565. En conclusion, rien ne s'oppose à ce que le juge procède à l'exclusion de l'associé. Sans doute le refus de la Cour de cassation se justifie-t-il par la volonté de limiter son ingérence dans la loi des parties. Toutefois, cette ingérence devient légitime dès l'instant où elle permet de garantir l'intérêt social. Tel est également le cas en droit commun des contrats.

[2060] En ce sens, v. J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc*. 1999, p. 535, spéc. p. 544.

[2061] R. Poésy, « Bref retour sur une question controversée : l'exclusion judiciaire de l'associé d'une société non cotée », *RJC* 2001, p. 159, spéc. p. 168.

[2062] V. B. Caillaud, *L'exclusion d'un associé*, thèse Paris, 1966, p. 262-263 : selon l'auteur, la possibilité de se fonder sur l'article 1184 du Code civil serait limiter aux sociétés revêtant un caractère contractuel, les sociétés de personnes voire les sociétés à responsabilité limitée.

[2063] En ce sens, v. D. Martin, art. préc., spéc. p. 98 ; N. Cazé, « Exclusion et retrait forcé dans les sociétés d'exercice libéral », *Dr. soc*. 2005, étude 17, p. 21, spéc. p. 22 : l'auteur distingue la notion de retrait forcé de celle d'exclusion. La seconde renvoie à un comportement fautif contrairement à la première.

B- EN DROIT COMMUN DES CONTRATS

566. Il est devenu banal de souligner la réticence du juge à procéder à la réfaction de certains éléments du contrat alors même qu'elle constituerait pourtant l'unique moyen de garantir la pérennité de la relation contractuelle. Pour cette raison, la protection de l'intérêt contractuel devrait justifier, d'une part, que le juge fixe lui-même le prix de la prestation contractuelle en cas d'absence ou de fixation abusive (1), et d'autre part, que le juge révise le prix en cas d'imprévision (2).

1- Plaidoyer pour une fixation judiciaire du prix en cas d'absence ou d'abus

567. Le refus de la fixation judiciaire du prix. Les arrêts du 1er décembre 1995[2064] témoignent d'une incontestable volonté de préserver la relation contractuelle en refusant d'annuler un contrat dépourvu de prix lors de sa formation. Pourtant, les magistrats ne sont pas allés jusqu'à s'octroyer le pouvoir de fixer eux-mêmes le prix défaillant. Il en résulte, d'une part, que lorsqu'aucun prix n'est déterminé par les parties au moment de la formation ou de l'exécution du contrat, celui-ci doit être anéanti. D'autre part, lorsque l'un des contractants a abusé de son pouvoir de fixation unilatérale, seules la résiliation du contrat et l'attribution de dommages intérêts peuvent être prononcées, à l'exclusion de toute réfaction judiciaire du prix[2065].

568. Un refus injustifié. Dès lors que l'on se souvient que le juge s'est reconnu depuis longtemps déjà le pouvoir de déterminer le prix du contrat de mandat ou d'entreprise[2066], on ne peut qu'être surpris de l'absence de généralisation de la solution[2067]. Il est vrai que le prix n'est pas considéré comme un élément essentiel de ces contrats. Il n'en demeure pas moins que le juge se reconnaît ici la faculté de devenir coauteur du contrat. Pour cette raison, le juge devrait en

---

[2064] Arrêts précités : Cass. ass. plén., 1er décembre 1995, *Bull. civ*. n° 7 et n° 9 ; *D.* 1996, p. 13, concl. M. Jéol, note L. Aynès ; *JCP* 1996, II, 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; *Defr*. 1996, p. 747, obs. P. Delebecque ; *RTD civ*. 1996, p. 153, obs. J. Mestre.

[2065] Le juge se refuse également de nommer un autre tiers ou *a fortiori* de se substituer au tiers que les parties ont choisi pour fixer le prix. V. Cass. civ., 25 avril 1952, *RTD civ*. 1952, p. 515, obs. J. Carbonnier.

[2066] V. *supra*, n° 498.

[2067] Cass. req., 8 janvier 1890, *S*. 1890, 1, p. 516.

toute logique pouvoir combler les lacunes de nombre de contrats[2068]. Au final, le juge ne devrait se résoudre à anéantir le contrat que si une disposition légale prescrit la détermination conventionnelle du prix ou si les parties ont souhaité ériger la détermination du prix en condition essentielle. Dans tous les autres cas, l'admission d'une fixation judiciaire serait opportune et permettrait de préserver la relation contractuelle. Les principes européens du droit des contrats sont d'ailleurs en ce sens. Ils vont même plus loin puisque l'article 6-104 dispose que le contrat dont le prix fait défaut n'est jamais anéanti et doit pouvoir être complété par le juge et l'article 6-105 dispose expressément que lorsque le prix fixé unilatéralement est abusif, le juge lui substitue un prix raisonnable[2069], entendu comme un prix « *que des personnes de bonne foi placées dans la même situation regarderaient comme tel* »[2070]. En définitive, plutôt que de consacrer une fixation déguisée du prix *via* l'allocation de dommages et intérêts à la victime[2071], il importe d'admettre que le juge soit officiellement et directement investi d'un tel pouvoir de réfaction.

569. La fixation judiciaire des prestations futures. Mieux ne pourrait-on autoriser le juge à procéder à la détermination du prix des prestations futures de manière à anticiper d'éventuels abus à venir ? Certes, le juge outrepasserait alors sa fonction juridictionnelle étant donné l'exigence processuelle d'un intérêt né et actuel et empièterait de la sorte sur les prérogatives des parties[2072]. Mais n'est-ce pas un risque à assumer ? Admettre que le juge puisse agir de manière préventive favoriserait la pérennité de la relation contractuelle. D'une part, assurée d'échapper à de nouveaux abus de son créancier, la victime de la fixation du prix serait en effet moins disposée à requérir la résiliation du contrat. D'autre part, même sollicité à des fins de résiliation, le juge serait moins enclin à l'accorder s'il dispose de cette autre alternative[2073].

[2068] En ce sens, v. M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, n° 46 et s., p. 53 et s. ; D. Mazeaud, « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 81, spéc. p. 102 ; D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47, spéc. p. 58-59 ; D. Mazeaud, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple illégitime », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mél. J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 235, spéc. 249.

[2069] Article 6-105 de ces principes.

[2070] Article 1-302 de ces principes. De manière analogue, le juge est autorisé à réviser le contrat en cas d'erreur partagée par les contractants lors de la conclusion.

[2071] Sur ce pouvoir déguisé de réfaction, v. P. Jourdain, « A la recherche de la réfaction, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mél. P. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449 et s.

[2072] En ce sens, v. M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 85, p. 84.

[2073] Une solution médiane inspirée du droit des sociétés pourrait consister pour le juge à nommer un tiers, une sorte de médiateur pour aider les parties à apaiser les tensions et à convenir de nouvelles modalités de détermination du prix pour les prestations futures. En cas de persistance du désaccord entre les parties, s'ouvrirait alors une option

570. Des considérations similaires devraient prévaloir pour permettre au juge de procéder lui-même à la révision du prix en cas de bouleversement imprévu de circonstances.

2- Plaidoyer pour une révision judiciaire du prix en cas d'imprévision

571. Les raisons du refus. La perception renouvelée du temps et la prise en compte des contrats durables devraient permettre de revenir sur le refus de la Cour de cassation de prendre en compte l'imprévision contractuelle[2074]. Toutefois, la crainte d'un trop grand interventionnisme judiciaire justifie que le contrat demeure soustrait à la plume du juge. Il ne relèverait en effet ni de sa fonction juridictionnelle ni de sa compétence technique de procéder à la révision du contrat[2075].

572. La critique infondée de l'incompétence du juge judiciaire. Toutefois, pourquoi le juge français serait-il moins à même de rééquilibrer le contrat que les juges étrangers habilités à y procéder[2076] ? En effet, nombre de législations étrangères[2077] ont autorisé le juge à réviser le contrat déséquilibré suite à un bouleversement des circonstances[2078]. De surcroît, les principes européens et les principes d'Unidroit ont également conféré ce pouvoir d'adaptation au juge[2079].

En outre, comment justifier que le juge soit depuis longtemps déjà doté d'un tel pouvoir en matière administrative ? Le hiatus au sein de notre système juridique est en effet bien connu et

---

pour le juge : soit résilier le contrat s'il constate que la mésentente entre les parties est trop importante et perdure, soit fixer lui-même le prix si l'importance des intérêts économiques en jeu le commande. Mais, le droit des affaires s'accommode mal des lourdeurs et de la lenteur de la justice. Aussi, parce que la fixation judiciaire du prix permet de réaliser une économie de temps, elle doit être favorisée. Ce procédé a d'ailleurs déjà été utilisé en jurisprudence. V. CA Paris, 28 septembre 1976, *JCP G* 1978, II, 18810, note J. Robert ; et certains auteurs s'y montrent favorables. V. M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 86, p. 85.

[2074] Civ., 6 mars 1876, *DP* 1876, 1, p. 195, note A. Giboulot, *S*. 1876, 1, p. 161, *Grands arrêts*, T. 2, n° 165.

[2075] L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, préf. L. Aynès, n° 788 et s., p. 443 et s. ; B. Oppetit, « Rapport sur le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, *Travaux de l'Association Hanri Capitant* 1970, T. XXII, p. 185, spéc. p. 187 ; Y.-M. Laithier, « L'analyse économique du droit par le droit civil », *Gaz. Pal*. 2005, n° 68, p. 14.

[2076] B. Fauvarque-Causson, La réforme du droit français des contrats, perspective comparative, *RDC* 2006, n° 1, p. 147

[2077] Les droits italien, grec, portugais, néerlandais, égyptien, algérien, suisse, allemand ont consacré la révision judiciaire du contrat en cas d'imprévision.

[2078] D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mél. A Sayag, Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 403 ; R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Mél. A. Jauffret*, 1974, PUAM, p. 211 ; B. Fauvarque-Cosson, « La réforme du droit français des contrats, perspective comparative », *RDC* 2006, n° 1, p. 147.

[2079] La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises n'a en revanche pas prévu la révision judiciaire du contrat en cas d'imprévision.

régulièrement dénoncé[2080]. Alors que la Cour de cassation demeure attachée à la solution admise dans l'affaire Canal de Craponne, le Conseil d'Etat admet depuis un siècle[2081] que le juge puisse rééquilibrer le contrat en octroyant une indemnité à la victime de l'imprévision. La solution administrative se fonde sur la continuité du service public et, en conséquence, la pérennité du contrat[2082]. Aussi importe-t-il d'offrir au juge judiciaire la même alternative à la résiliation du contrat[2083]. Il faut dire que les arguments ne manquent pas. Que l'on songe à l'équité, à la bonne foi ou encore à la cause, le juge dispose de plusieurs fondements solides[2084].

573. La critique excessive d'un arbitraire judiciaire. D'abord, ainsi que l'a souligné le Professeur Philippe Stoffel-Munck, « *il n'y a sans doute pas plus de juges arbitraires dans nos Palais qu'il n'y a de délinquants dans les trains de banlieue* »[2085]. Par ailleurs, si le juge n'a cessé d'accroître son ingérence dans le contrat au fil du temps, il a toujours fait preuve de modération dans l'exercice de son pouvoir de correction. Que ce soit en matière de clause abusive, de fixation abusive du prix, de réduction de clause pénale, le juge a su montrer son sens de la mesure[2086].

574. L'encadrement de la révision judiciaire. En outre, cette ingérence judiciaire pourrait être encadrée. En premier lieu, s'inspirant des principes européens ou de la jurisprudence administrative, le juge judiciaire aurait vocation à n'intervenir que de manière subsidiaire[2087]. En

---

[2080] V. not. C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 227, p. 191 ; R. Noguellou, L'imprévision en droit public, *in* Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique, RDC 2010, p. 494.

[2081] CE, 30 mars 1916, *S.* 1916, 3, p. 17, concl. J. Chardenet, note M. Hauriou ; *D.* 1916, 3, p. 25, concl. J. Chardenet.

[2082] Il est vrai que le Conseil d'Etat a parfois octroyé l'indemnité d'imprévision alors que le contrat avait déjà pris fin (v. par exemple CE, 12 mars 1976, *AJDA* 1976, p. 552, concl. D. Labetoulle), ce qui remettrait en cause le fondement assigné à la révision du contrat administratif. Toutefois, dans ces arrêts, le contractant avait poursuivi le contrat malgré le déséquilibre, ce qui justifiait de le récompenser même rétrospectivement. V. C.-E. Bucher, th. préc., n° 229, p. 193.

[2083] En ce sens, v. D. Mazeaud, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, n° 129, p. 4, spéc. p. 16 et s. ; J. Carbonnier cité par D. Tallon, art. préc., p. 404 ; B. Fauvarque-Cosson, « Le changement des circonstances », in *Durée et exécution du contrat*, *RDC* 2004, p. 67, spéc. p. 72-73.

[2084] B. Fauvarque-Cosson, Le changement des circonstances, *in* Durée et exécution du contrat, RDC 2004, p. 67, spéc. p. 80 ; *Contra* : P. Stoffel-Munck, « Le juge et la stabilité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 121, spéc. p. 137-138 : selon l'auteur, aucun des fondements offerts par le Code civil ne se révèle en réalité adapté.

[2085] P. Stoffel-Munck, art. préc., spéc. p. 140.

[2086] En ce sens, v. D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, n° 1, p. 295.

[2087] En ce sens, v. H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339, spéc. p. 372 : « *La révision du contrat par le juge doit être considérée comme l'ultime étape du processus de*

cas de bouleversement des circonstances s'ouvrirait en effet d'abord une période de renégociation entre les parties qui demeurent les mieux placées pour rétablir l'équilibre contractuel. Ensuite et seulement en cas d'échec des renégociations, le juge pourrait user de son pouvoir de révision[2088]. En effet, compte tenu des enjeux économiques et sociaux, le maintien de la relation contractuelle doit la plupart du temps être privilégié sur son anéantissement[2089]. Au demeurant, il y a fort à penser que la perspective d'une révision judiciaire inciterait les parties à s'accorder sur une adaptation du contrat pour éviter que leur chose ne leur échappe. Dès lors, même finalement inappliquée, la consécration de la révision judiciaire conserverait une utilité.

En deuxième lieu, s'inspirant là encore des principes européens[2090] et de la jurisprudence administrative, l'étendue de la modification judiciaire serait limitée. Si le juge pourrait effectivement modifier telle ou telle clause du contrat de manière à redistribuer équitablement les pertes et profits entre les parties, il ne serait en effet pas en droit de refaire le contrat ou d'en imposer un nouveau. Seul un aménagement ou un réajustement du contrat serait toléré. Enfin, plutôt que d'envisager une véritable correction du contrat[2091], l'intervention du juge pourrait se limiter comme en matière administrative, à l'octroi d'une indemnité d'imprévision[2092].

En troisième et dernier lieu, la révision judiciaire ne doit intervenir que lorsque la modification des circonstances a affecté l'objectif ou l'intérêt commun, c'est-à-dire lorsque l'une des parties a perdu tout intérêt au contrat[2093].

---

révision du contrat » ; P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 263, spéc. p. 273.

[2088] P. Stoffel-Munck, art. préc., spéc. p. 140 : le fait que les parties estent en justice témoigne du caractère tendu des relations. Pour cette raison, selon l'auteur, « *seuls les quelques types de contrats durables où les rapports humains sont limités et la coopération très accessoire (bail), pourraient survivre à l'administration d'un tel remède* ». C'est pourquoi, poursuit-il, « *la réforme serait vraisemblablement peu utile* ».

[2089] V. le commentaire de l'article 6.111 des principes européens. Si le juge dispose des plus larges pouvoirs et peut « *soit adapter le contrat, soit en prononcer la résolution, compte tenu du but de l'institution, il doit d'abord chercher à sauver le contrat* ».

[2090] C. Witz, « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 175, spéc. p. 183 ; B. Fauvarque-Cosson, « Le changement des circonstances », in *Durée et exécution du contrat*, *RDC* 2004, p. 67, spéc. p. 83.

[2091] Sur la distinction entre correction judiciaire et octroi d'une indemnité d'imprévision, v. G. Piette, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 52, p. 55.

[2092] L'indemnité couvre généralement 90% à 95% du montant du préjudice dénommé charge extra-contractuelle qui peut être diminuée en fonction de la diligence du cocontractant.

[2093] La comparaison peut là encore être opérée avec la matière administrative qui conditionne la révision à l'existence d'une situation extra-contractuelle qui implique un véritable bouleversement du contrat. V. I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances », « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 217, spéc. p. 225.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

575. Parce que dans l'esprit des volontaristes le contrat n'est autre que la chose des parties, le juge n'a pas droit de cité dans la sphère contractuelle. Aussi, c'est la reconnaissance d'un intérêt contractuel distinct et supérieur à celui des parties dans la société puis dans tout contrat qui a engendré une perception renouvelée de la relation du juge au contrat. Dès lors que l'on admet que tout contrat, en raison de sa valeur patrimoniale pour les parties et pour les tiers, est doté d'un intérêt propre digne de protection, le juge peut être conduit à prendre en charge cet intérêt et, ce faisant, à garantir son efficacité durable.

Il n'est ainsi désormais plus question de prétendre que contrat et juge forment un « *couple illégitime* »[2094]. La liste des audaces commises par le juge afin de pérenniser le contrat ne cesse en effet de s'étendre. Dans la société, la protection de l'intérêt social a depuis longtemps déjà justifié la consécration de l'administration provisoire et la sanction des abus de minorité et de majorité. Dans les autres contrats, le même phénomène de judiciarisation s'observe. Par analogie avec le droit des sociétés, la protection de l'intérêt contractuel a favorisé la réfaction judiciaire du contrat ou son maintien forcé.

[2094] D. Mazeaud, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple illégitime », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 235.

CONCLUSION DU TITRE 2

576. Objectif depuis toujours poursuivi en droit des sociétés, la recherche de la pérennité contractuelle a longtemps été négligée par le droit commun des contrats. Dans la mesure où le contrat était en effet conçu comme le creuset d'intérêts antagonistes, il n'avait guère vocation à durer. Partant, à l'inverse de la société, il pouvait s'accommoder du principe d'immutabilité.

Il n'est cependant aujourd'hui plus possible de soutenir une telle conception du contrat. Parce que bien souvent, comme les associés, les parties cherchent à inscrire leur contrat dans la durée, un assouplissement du principe d'immutabilité se révèle nécessaire. Pour cette raison, le droit commun a progressivement généralisé l'unilatéralisme dans le contrat pour faciliter son adaptation aux circonstances nouvelles. Toutefois, parce que dans tous contrats les parties poursuivent des intérêts distincts, il existe un important risque d'arbitraire dans l'usage du pouvoir unilatéral. C'est pour cette raison que le droit des sociétés et le droit commun des contrats ont, d'une part, conféré un domaine limité à l'unilatéralisme en soustrayant les éléments essentiels du contrat et, d'autre part, mis en place un contrôle de sa finalité.

De plus en plus souvent poursuivie par les parties, la pérennité contractuelle est également recherchée par le juge. Une telle assertion ne manque pas de surprendre dans la mesure où elle semble heurter la conception traditionnelle de l'office du juge. En effet, à suivre les volontaristes, le contrat est la chose des parties et le juge n'est que l'exécutant de leur volonté. Toutefois, la reconnaissance d'un intérêt contractuel qui transcende celui des parties a contribué à étoffer l'office du juge et lui a permis de garantir l'efficacité durable des contrats. Par crainte d'instaurer un climat d'insécurité juridique, le juge se résout cependant parfois à anéantir le contrat et la société au détriment de leur pérennité. Aussi convient-il d'espérer que le juge poursuive sa quête d'émancipation à l'égard d'une conception statique du contrat.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

577. Depuis plusieurs années, une double révolution du droit commun des contrats et du droit des sociétés se traduit par une plus grande flexibilité du principe de la force obligatoire. En effet, le contrat de société paraît avoir déteint sur le contrat de droit commun.

En premier lieu, le contrat de société a promu une conception plus solidariste du contrat[2095]. Parce que l'on a pris conscience que tout contrat était porteur, si ce n'est d'un véritable intérêt commun, tout du moins d'un objectif commun, les parties doivent coopérer à cette fin. Il en résulte une lecture renouvelée de l'article 1134 du Code civil dont l'accent doit être mis sur l'alinéa 3. En conséquence, ce qui importe n'est plus tant de garantir l'intangibilité des obligations mais de permettre la réalisation de l'opération contractuelle. Partant, lorsque l'intérêt d'une des parties n'existe pas ou plus, l'obligation de coopération doit pouvoir justifier un rééquilibrage du contrat par les parties ou par le juge au nom de la sauvegarde de l'intérêt ou de l'objectif commun.

En second lieu, le contrat de société a favorisé la prise en considération d'un nouvel impératif : la pérennité contractuelle. A partir du moment où l'on se rend compte que de nombreux contrats ont vocation à durer, il devient nécessaire d'envisager moins strictement la force obligatoire du contrat. Cette nouvelle compréhension du contrat s'est d'abord manifestée par un assouplissement du principe d'immutabilité contractuelle. Parce que le contrat doit pouvoir être réajusté en cours d'exécution, l'unilatéralisme doit y trouver sa place. En outre, parce que bien souvent l'immixtion du juge dans le contrat garantit sa pérennité et sauvegarde tous les intérêts placés dans sa dépendance, elle doit être encouragée.

[2095] T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53, spéc. p. 71 : « *Ce n'est pas un hasard non plus si les notions propres au contrat de société se déclinent aujourd'hui dans l'ensemble des contrats manifestant l'existence d'un intérêt commun entre contractants* ».

CONCLUSION GENERALE

578. Le droit des sociétés et le droit commun des contrats sont traditionnellement présentés comme des droits antinomiques et ce, en particulier, en raison de leur objet. La société n'aurait du contrat que le nom[2096]. Il apparaîtrait ainsi sinon absurde, du moins curieux, de souhaiter en étudier la force obligatoire. Pourtant, il a été non seulement démontré que les originalités dont fait l'objet la société n'empêchent pas de lui appliquer les principes traditionnels du droit commun des contrats mais, également, et plus encore que la société participe de la rénovation de la conception volontariste de la force obligatoire du contrat. En effet, il ressort de cette étude que, loin d'être opposés, le droit commun des contrats et le droit des sociétés peuvent élaborer ensemble une force obligatoire équilibrée.

On a ainsi pu se rendre compte que le droit des sociétés exploitait très largement la conception volontariste de la force obligatoire forgée par le droit commun des contrats. En effet, dans une formule lapidaire bien connue de tous, les législateurs de 1804 ont semblé conférer à la force obligatoire du contrat un caractère absolu. C'est ainsi qu'il ne peut en principe être révoqué ou modifié autrement que d'un commun accord. Le contrat de société n'y fait en aucun cas exception.

D'abord, il se trouve aussi bien soumis au principe d'irrévocabilité qu'à celui d'immutabilité contractuelle. Pour autant, il ne peut être contesté que les particularités liées à l'existence de contrats d'apport qui lui sont superposés et à l'existence de la personne morale ne sont pas sans en perturber l'application. C'est ainsi que le principe d'irrévocabilité connaît une double application en matière sociétaire, à la fois appliqué au contrat de société et aux contrats d'apport. C'est ainsi encore que le principe d'immutabilité, en plus de faire l'objet d'une application plurale, n'est appliqué que partiellement. Seule l'augmentation des engagements, bien qu'interprétée plus extensivement au fil du temps, y est subordonnée, laissant hors de son champ les dispositions relatives au fonctionnement de la personne morale.

[2096] En réponse au Professeur R. Saleilles qui affirme qu' « *Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom* » : *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand : art. 116 à 144*, éd. F. Pichon, 1901, p. 229, même si l'auteur, dans sa citation, ne fait pas référence au contrat de société mais aux contrats d'adhésion en général.

Ensuite, le droit des sociétés fait application des sanctions prévues par le droit commun des contrats en cas d'inexécution des engagements par les associés. Ni l'exécution forcée, ni la résiliation pour inexécution n'est en effet inconnue du droit des sociétés. Pour autant, l'exploitation de ces deux remèdes est perfectible. D'une part, par application du droit commun des contrats, l'exécution forcée en nature devrait pouvoir largement primer l'exécution forcée par équivalent. La dichotomie entretenue par le droit des sociétés entre obligation légale et obligation conventionnelle ne se justifie en effet aucunement. D'autre part, exploitée à raison avec circonspection concernant le contrat de société, la résiliation devrait pouvoir être appliquée au contrat d'apport dès lors que son inexécution risque d'affecter le bon fonctionnement de la société.

Toutefois, et surtout, on a pu se rendre compte de l'importante contribution du droit des sociétés au renouvellement de la conception volontariste de la force obligatoire du contrat. L'étude révèle en effet que la rénovation de la conception volontariste a pour cause une perception renouvelée du contrat et qu'à ce titre, la société joue les pygmalions.

D'abord, à un contrat à tonalité belliqueuse s'est substitué un contrat à résonance solidariste. Imprégné de la notion d'intérêt commun, le contrat institue une relation de collaboration entre les parties. Il en résulte une relecture de l'article 1134 du Code civil *via* la valorisation de son alinéa 3 qui se concrétise par un infléchissement de l'immutabilité et de l'irrévocabilité contractuelles. L'obligation de coopération mise à la charge des parties peut permettre la réécriture du contrat par les parties ou par le juge lorsque le déséquilibre est tel qu'il empêche l'accomplissement de l'intérêt ou de l'objectif commun. Et la disparition définitive de la coopération peut permettre l'anéantissement du contrat lorsqu'elle empêche l'accomplissement de l'intérêt ou de l'objectif commun.

Ensuite, au modèle du contrat fugitif s'est substitué celui du contrat durable. Il s'en est suivi une nouvelle aspiration dans la théorie générale du contrat : la pérennité contractuelle. Parce que la société est loin d'être le seul contrat à chercher à s'inscrire efficacement dans la durée, les principes qui irriguent la conception traditionnelle de la force obligatoire doivent en tout état de cause être appréciés avec moins de rigueur. D'abord, la reconnaissance d'autres contrats durables a imposé un infléchissement du principe d'immutabilité qui s'est traduit par la généralisation de l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat. Ensuite, la prise de conscience de la nécessité de

garantir l'efficacité durable de contrats autres que la société a généré l'extension de l'office du juge. Longtemps bannie, l'ingérence du juge dans le contrat est légitimée dès lors que celle-ci constitue le seul moyen de préserver l'intérêt contractuel dont dépend souvent de nombreux autres. Le rayonnement du solidarisme contractuel et la recherche de la pérennité contractuelle n'ont donc pas été sans provoquer l'étiolement des principes traditionnels qui gouvernent la force obligatoire du contrat.

En définitive, par-delà la rénovation de la conception volontariste de la force obligatoire du contrat, c'est bien la remise en cause de l'édifice contractuel qui est mise en évidence au travers de l'étude. Si la réflexion était centrée sur la force obligatoire, l'analyse de la liberté contractuelle ou de l'effet relatif aurait sans aucun doute conduit au même constat. La théorie générale du contrat se ride. Le droit commun des contrats doit être repensé à l'aune d'un nouveau modèle contractuel plus représentatif des contrats contemporains[2097] que peut prétendre incarner le contrat de société[2098]. Le désamorçage de la crise du contrat nécessite une modernisation du droit commun des contrats qui ne peut se réaliser que sous la conduite des droits spéciaux.

[2097] P. Ancel, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in *Approche renouvelée de la contractualisation*, sous la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, PUAM, 2007, p. 15, spéc. p. 23 : « *le rôle de la théorie générale des contrats n'est peut-être pas seulement d'étudier le régime de droit commun des contrats (ou des conventions), il est sans doute aussi de fournir un modèle conceptuel transcendant les différentes branches, et qui permette de reconnaître le genre contrat au delà de ses différentes espèces soumises à des réglementations différentes* » ; M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. G. Marty*, Univ. Toulouse, 1978, p. 235, spéc. p. 237.

[2098] En ce sens, v. H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339, spéc. p. 357 : « *Le contrat spécial de référence ne doit peut être plus être le contrat de vente mais le contrat d'entreprise, voire le contrat de société* ».

BIBLIOGRAPHIE

I. Traités, ouvrages généraux, manuels et dictionnaires

ANTONMATTEI (P.-H.), RAYNARD (J.), *Contrats spéciaux*, Litec, 7e éd., 2013.

AUBERT (J.-L.), COLLART-DUTILLEUL (F.), *Le contrat*, 4e éd., Dalloz, 2010.

BENABENT (A), *Les obligations*, 13e éd., Montchrestien, 2012.

BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, Droit privé, 2001.

BOISTEL (A.), *Précis de droit commercial*, 2e éd., Paris, 1878.

BRETHE de la GRESSAYE (J.), LABORDE-LACOSTE (M.), *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947.

CARBONNIER (J.), *Les obligations*, 22e éd., 2000.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8e éd. PUF, « Quadrige », 2011.

COURET (A.), BARBIERI (J.-J.), *Droit commercial*, 13e éd., 1996.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 26e éd., Litec, 2013.

CRISTAU (A.), *Droit du travail*, 10e éd. HU droit, Hachette Supérieur, 2013-2014.

DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat, Cours objectif droit*, 6e éd., Litec, 2013.

DELVILLE (J.-P.), GUILHEUX (G.), HERAIL (M.), NOEL (T.) et RICHARD (E.), *Droit des affaires, Questions actuelles et perspectives historiques*, sous la dir. de E. Richard, Presses Universitaires de Rennes, 2005.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, T. 1, *Les sources de l'obligation*, Rousseau, 1923.

DUGUIT (L), *Traité du droit constitutionnel*, T. 1, *La règle de droit, Le problème de l'Etat*, de Bocard, 3e éd., 1927.

DU PONTAVICE (E.), DUPICHOT (J.), *Traité de droit commercial*, de M. De Juglart et B. Ippolito, vol. 2, *Les sociétés*, 3e éd., Montchrestien, T. II-1, 1981.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, vol. 1 *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2012.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, 4e éd., LGDJ, 2013.

FAUVARQUE-COSSON (B.), *Terminologie contractuelle commune*, Association H. Capitant des amis de la culture juridique française, Sociétés de législation comparée, 2008.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012.

GERMAIN (M.) RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20e éd., LGDJ, 2011.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3e éd., LGDJ, 2001.

GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, 21e éd., Dalloz, 2014.

GUYON (Y.),

- *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12e éd., Economica, 2003.
- *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002.

GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2e éd., G. Pedone-Lauriel, 1892.

HEMARD (J.), TERRE (F.), MABILLAT (P.), *Sociétés commerciales*, T. II, Dalloz, 1974.

HOUPIN (C.), BOVIEUX (H.),

- *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, T. 1, 7e éd., Sirey, 1935.
- *Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, T. II, 7e éd., Sirey, 1935.

HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.) et LECUYER (H.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 2012.

LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2003.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 5e éd., Montchrestien, 2013.

LEGEAIS (D.), *Droit commercial et des affaires*, 20e éd., Dalloz, 2012.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil, Les obligations*, 5e éd., Defrénois, 2011.

MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.), *Droit des obligations*, 12e éd., Litec, 2012.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Les obligations*, T. 1, *Les sources*, Dalloz, 2e éd., 1988.

MAY (G.), *Droit romain*, T. 2, 1890.

MERCADAL (B.), JANIN (P.), *Mémento Pratique. Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2001.

MERLE (P.), P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17e éd., Dalloz, 2014.

MONIER (R.), *Manuel de droit romain, Les obligations*, 5e éd., 1954.

MOUSSERON (P.), *Droit des sociétés*, 2e éd., Montchrestien, 2005.

PETIT (B.), *Droit des sociétés, Objectif Droit cours Licence Master*, 5e éd., Litec, 2010.

PFERSMANN (O.), *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, Puf, Lamy, 2003.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, T.2, par G. Ripert et J. Boulanger, LGDJ, 4e éd., 1952.

PIC (P.), *Droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, éd. A. Rousseau, 1908.

RENAULT (L.), LYON-CAEN (C.), *Précis de droit commercial*, T. 1, Paris, 1884.

STARCK (B.), ROLAND (H.), ROYER (L.), *Les obligations*, T. 2, Contrat, Litec, 1998.

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013.

TILQUIN (T.), SIMONART (V.), *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996.

VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, 7e éd., LGDJ, 2010.

WAHL (A.), *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Sirey, 1921.

II. Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

ALISSE (J.), *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse Paris II, 1975.

ALLEGAERT (V.), *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002, préf. L. Aynès

AVEIRO PEREIRA (J.-F.), *Le juge et les décisions collectives d'actionnaires des sociétés anonymes, Etude de droit comparé européen*, thèse Paris I, 2008.

AYNES (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, préf. P. Malaurie.

AZARIAN (H.), *La société par actions simplifiée*, 2e éd., Litec, 2007, préf. A. Viandier.

AZEMA (J.), *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969.

BAILLOD (R.), *L'apport en industrie, Déclin ou renouveau ?*, thèse Toulouse, 1980.

BARBIERI (J.-J.), *Vers un nouvel équilibre contractuel, Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution des contrats*, thèse Toulouse, 1981.

BERENGER (F.), *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?* », PUAM, 2007, préf. C. Atias.

BERTRAND (F.), *L'opposabilité du contrat au tiers*, thèse Paris II, 1979.

BILLARD (O.), *Contribution à l'étude de la durée en droit des contrats*, thèse Orléans, 2000.

BLAISE (H.), *L'apport en société*, Impr. réunies, 1955, n° 37, p. 52.

BLOUD-REY (C.), *Le terme dans le contrat*, PUAM, 2003, préf. P.-Y. Gautier.

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005, préf. M. Fabre-Magnan.

BOYER (Y.), *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, thèse Aix, 1977.

BRES (A.), *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard.

BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain.

BUCHER (C.-E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur.

BUJOLI (F.), *La durée du contrat*, thèse Nice-Sophia Antipolis, 2007.

BUSSEUIL (G.), *La notion de contrat en droit privé européen*, thèse Paris X, 2008.

CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit privé*, LGDJ, 1990, préf. P. Catala.

CAFFIN-MOI (M.), *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, Economica, 2009, préf. D. Bureau.

CAILLAUD (B.), *L'exclusion d'un associé*, thèse Paris, 1966.

CAMERLYNCK (G.), *De l'intuitus personae dans la société anonyme*, thèse Paris, 1929.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, Dalloz, 11e éd., 2000.

CAUSSE (H.), *Les titres négociables*, Litec, 1993, préf. B. Teyssié.

CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit des obligations*, Dalloz, 2004, préf. J. Ghestin.

CHANTEPIE (G.), *La lésion*, LGDJ, 2006, préf. G. Viney.

CHENEDE (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi.

CHVIKA (E.), *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999.

CLAY (T.), *L'arbitre*, Dalloz, 2001.

CLUZANT (C.), *Pouvoirs de l'assemblée extraordinaire de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire*, thèse Toulouse, 1906

CONVERT (L.), *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés : étude de droit comparé : Angleterre, Espagne, France*, 2003, LGDJ, préf. B. Saintourens.

CORENBLIT (M.), *Critique de la distinction entre contrats à exécution instantanée et contrats à exécution successive au point de vue de l'application des articles 1183 et 1184 du Code civil*, thèse Grenoble, 1940.

CORGAS-BERNARD (C.), *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, PUAM, 2006, préf. C. Jamin.

COULET (J.), *L'exécution forcée en nature*, thèse Paris II, 2007.

COURDIER CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006, préf. E. Loquin.

CUISINIER (V.), *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf.

CUTAJAR-RIVIERE (C.), *La société-écran, Essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, 1978, préf. P. Diener.

DADOUN (A.), *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, 2011, préf. Y.-M. Serinet.

DAIGRE (J.-J.), SENTILLES-DUPONT (M.), *Pactes d'actionnaires*, GNL Joly, 1994.

DANIS-FATOME (A.), *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney.

DE GAUDIN DE LAGRANGE (E.), *La crise de contrat et le rôle du juge*, Sirey, 1937, préf. G. Marty.

DE GUILLENCHMIDT-GUIGNOT (A.), *La distinction des contrats à exécution instantanée et des contrats à exécution successive*, thèse Paris II, 2007.

DE LA ASUNCION PLANES (K.), *La réfaction du contrat*, LGDJ, 2006, préf. Y. Picod.

DESCORPS-DECLERE (F.), *Pour une obligation d'adaptation des contrats de coopération, contribution à l'étude du contrat évolutif*, thèse Paris I, 2000.

DESGORCES (R.), *La bonne foi dans le droit des contrats, Rôle actuel et perspectives*, thèse Paris II, 1992.

DEXANT-DE BAILLIENCOURT (O.), *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012, préf. H. Synvet.

DIOP (C.), *La collaboration de plusieurs contractants réalisant une prestation commune*, thèse Paris II, 1999.

DO (V.-D.), *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, PUAM, 2004, préf. J. Mestre.

DONDERO (B.), *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, PUAM, 2006, préf. H. Le Nabasque.

DRAPIER (S.), *Les contrats imparfaits*, PUAM, 2001, préf. G. Goubeaux.

DU GARREAU de la MECHENIE (J.), *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937.

DUPRE DE BOULOIS (X.), *Le pouvoir de décision unilatérale, Etude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006.

EMY (P.), *Le titre financier*, thèse Bordeaux IV, 2006.

ENCINAS de MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994.

ERBES-SEGUIN (S.), *Le contrat, usages et abus d'une notion*, Desclée de Brouwer, 1999.

ESCHMANN (A.), *La constitution des sociétés et le droit commun des contrats*, thèse Nancy II, 1979.

ETIENNEY (A.), *La durée de la prestation, essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, 2008, préf. T. Revet.

FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, préf. A. Lyon-Caen.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, thèse Paris I, 1992.

FAGES (B), *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, préf. J. Mestre.

FENET (P.A.), *Travaux préparatoires du Code civil*, T. 14, Otto Zeller Osnabrück, 1968, réimpression de l'éd. 1827.

FIORINA (D.), *Obligation aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, thèse Toulouse 1, 1984.

FONCIN (A.), *De l'exécution en bouse des actions ou obligations non encore libérées*, thèse Dijon, 1907.

GAILLARD (E.),

- *La société anonyme de demain : la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Paris, 1933.

GAILLARD (E.),

- *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

GARAUD (E.), *La transparence en matière commerciale*, thèse Limoges, 1997.

GENDRE-DEVOIVRE (M.), *Collaboration et assistance entre parties au contrat*, thèse Clermont I, 1981.

GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur.

GEORGES (E.), *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, LGDJ, 2005, préf. J.-J. Daigre.

GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse Paris, LGDJ, 1980, préf. D. Tallon.

GODON (L.), *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon.

GOFFAUX (G.), *Du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, éd. L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2008, préf. J.-P. Gastaud.

GOUNOT (G.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, Paris, 1912.

GRANGER (R.), *La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions*, thèse Paris, 1950.

GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Defrénois, 2007, préf. Y. Lequette.

GRYMBAUM (L.), *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, thèse Paris II, 1998.

GROSCLAUDE (L.), *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997.

GUENZOUI (Y.), *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, 2009, préf. C. Hannoun.

HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis.

HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973.

HUGUENEY (P.), *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910.

IZORCHE (M.-L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, 1995, préf. J. Mestre.

JACQUES (P.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, préf. F. Chabas.

JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats, Etudes comparatives de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, 2001, préf. F. Ferrand.

JOBERT (L.), *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002.

JULIEN SAINT-AMAND (P.), SOREAU (P.-A.), *Pactes d'actionnaires et engagements Dutreil*, éd. Francis Lefebvre, 2008

KAMOUN (I.), *La permanence de la qualité d'associé*, Mémoire Sfax Tunisie, 2006.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, 1999, trad. C. Eisenmann, p. 273.

LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt.

LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, préf. C. Saint-Alary-Houin.

LAVEFVE LABORDERIE (A.-S.), *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge.

LECHNER (H.), *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932.

LEFEUVRE (C.), *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, préf. H. Le Nabasque.

LEGAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, préf. H. Muir Watt.

LEGAL (A.), BRETHE DE LA GRESSAYE (J.), *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938.

LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse Lille II, 2012.

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner.

LEVENEUR (L.), *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990, préf. M. Gobert.

LITTY (O.), *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen.

LONIS-APOKOURASTOS (V.), *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, préf. J. Mestre.

LOSFELD (B.), *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003.

LITTY (O.), *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999.

MACNEIL (I. R.), *The Nex social Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations, Yale University Press*, 1980.

MALAURIE (P.), *La cession de contrats*, Cours de doctorat, Paris II, Les cours du droit, 1975-1976.

MARINI (P.), *La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1996.

MARTIN (A.-C.), *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, 2009, préf. D. Ferrier.

MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral*, thèse Toulouse, Sirey, 1951.

MATULESCO (N.), *De la promesse de société dans les sociétés de personnes*, thèse Paris, 1923.

MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, préf. F. Chabas.

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin.

MESTRE (J.), CHARTIER (Y.), *Les grandes décisions de la jurisprudence, Les sociétés*, PUF, Thémis, 1988.

MICHA GOUDET (R.), *La formation des sociétés*, thèse Lyon 3, 1983.

MICHALAUSKAS (M.), *L'association*, thèse Paris I, 2003.

MICHOUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, Seconde partie, La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences*, LGDJ, 1932.

MIGNON-COLOMBET (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon.

MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, préf. M. Gobert.

MONSALLIER (M.-C.), *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier.

MONTANIER (J.-C.), *Le contrat*, PUG, 2000.

MORIN (G.), *La révolte des faits contre le Code*, Grasset, Paris, 1920.

MORTIER (R.), *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, 2003, préf. J.-J. Daigre.

MOUSSERON (P.),

- *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010.
- *Technique contractuelle*, 3e éd., Francis Lefebvre, 2005.

MULLER (A.-C.), *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, Economica, 2007, préf. H. Synvet.

NAJM-MAKHLOUF (C.), *Tacite reconduction et volonté des parties*, LGDJ, 2013, préf. H. Lécuyer.

OPPETIT (B.), *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963.

OUELHAZI (R.), *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg III, 1997.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, préf. Y. Lequette.

PAGNERRE (Y.), *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008.

PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme technique judiciaire d'organisation de l'entreprise*, thèse Paris, Sirey, 1970.

PALLU (M.), *De l'exécution en bourse pour non-versé sur des actions ou des obligations non libérées*, thèse Bordeaux, 1907.

PANCRAZI-TIAN (M.-E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, préf. J. Mestre.

PAULIN (C.), *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze.

PAYET (M.-S.), *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001.

PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit français et en droit allemand*, LGDJ, 2003, préf. J.-B. Blaise

PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, Contribution à l'étude du contrat, acte de prévision*, LGDJ, 2012, préf. Y. Lequette.

PEREZ (N.), *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959.

PETEL TEYSSIE (I.), *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984.

PICQ (M.), *La distinction entre contrats à exécution successive et contrats à exécution instantanée*, thèse Grenoble, 1994.

PIETTE (G.), *La correction du contrat*, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq.

PIGACHE (C.), *Le mandat d'intérêt commun : élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun*, thèse Paris V, 1991.

POITRINAL (F.-D.), *La révolution contractuelle du droit des sociétés, Dynamique et paradoxes*, Rev. banque, éd. 2003, préf. P. Bézard

POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré.

PORUMB (O.), *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale, Essai d'une théorie générale*, thèse Paris, 1937.

PRIETO (C.), *La société contractante*, PUAM, 1994, préf. J. Mestre.

PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, éd. Panthéon-Assas, 2002, préf. B. Teyssié.

RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

REGNAUT-MOUTIER (C.), *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ, 1994, préf. J. Prieur.

RIEG (F.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961.

ROUAST (J.), *La notion juridique d'apport en nature*, thèse Paris, 1949.

ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965.

ROUJOU de BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, préf. G. Marty.

RUELLAN (C.), *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1997.

URBAIN-PARLEANI (I), *Les comptes courants d'associés*, LGDJ, 1986.

SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1996.

SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, (art. 116 à 1144)*, éd. F. Pichon, 1901.

SAUGET (I.), *Le droit de retrait de l'associé*, thèse Paris X, 1991.

SAUPHANOR (N.), *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000.

SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, préf. J.-L. Aubert.

SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, préf. F. Terré.

SCHMIDT (D.),

- *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly, 2004.
- *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1969.

SECNAZI (R.), *Le contrat léonin*, thèse Paris I, 2000.

SONET (A.), *Le préavis en droit privé*, PUAM, 2003, préf. F. Bussy.

SOUSI (G.), *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse Lyon 3, 1974.

STOFFEL-MUNCK (P.),

- *L'abus dans le contrat*, LGDJ, 2000, préf. R. Bout.
- *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé*, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux.

TCHOTOURIAN (I.), *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, LGDJ, 2011, préf. Y. Dereu.

THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, préf. L. Aynès.

TREBULLE (F.-G.), *L'émission des valeurs mobilières*, Economica, 2002, préf. Y. Guyon.

VACRATE (S.), *La société créée de fait, essai de théorisation*, LGDJ, 2003, préf. H. Lécuyer.

VAISSE (S.), *La loi de la majorité dans la société anonyme, Contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967.

VELARDOCCHIO-FLORES (D.), *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993.

VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, préf. F. Terré.

VIGNAL (N.), *La transparence en droit privé des contrats*, PUAM, 1998, préf. J. Mestre.

VOIRIN (P.), *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922.

WALLET (P.), *Société civile de construction-vente*, GNL Joly, 1995.

WERY (P.), *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1993, préf. I. Moreau-Margrève.

WICKER (G.), *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997, préf. J. Amiel-Donat.

ZEIDENBERG (S.), *L'intérêt social, Etude du particularisme du contrat de société*, ANRT, 2004.

III. Articles de doctrine et chroniques

ALBIGES (C.), « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 3.

AGOSTINI (E.), « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice », *D*. 1994, chron. p. 235.

ALBORTCHIRE (A.), « Précisions sur le droit de vote de l'associé d'une SAS visé par une mesure d'exclusion », *LPA*, 22 janvier 2008, n° 16, p. 13.

AMARANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defr*. 2003, p. 369.

AMIAUD (A.), « L'*affectio societatis* », in *Mél Simonius*, 1955, p. 6.

AMIEL-COSME (L.), v° La dissolution, in *Rép. soc*., Dalloz, 2009.

ANCEL (M.-E.), « La vente dans le code civil, raisons et déraisons d'un modèle contractuel », in *Code civil et modèles, Des modèles du code au code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 285.

ANCEL (P.),

- « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ*. 1999, p. 771.
- « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 103.
- « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E, Cah. dr. ent*. 1998/6, p. 30.
- « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in *Approche renouvelée de la contractualisation*, sous la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, PUAM, 2007, p. 15.

ANCEL (P.), WINTGEN (R.), « La théorie du fondement contractuel (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *RDC* 2006, n° 3, p. 897.

ANDRE (M.-E.), « L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », *in* Mél. M. Cabrillac, Dalloz, Litec, 1999, p. 23.

ANSELME-MATIN (O.), « Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *LPA*, 22 janvier 1997, n° 10, p. 17.

ANTOINE (J.), « Les pouvoirs de sanction du cocontractant défaillant, Approche comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *LPA*, 7 octobre 2002, n° 200, p. 4.

A.P.S., « La durée de vie des sociétés », *Gaz. Pal*. 1979, doct. p. 18.

ATIAS (C.), « Restaurer le droit du contrat », *D*. 1998, chron. p. 137.

AUBERT DE VINCELLES (C.), « Pour une généralisation encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D*. 2006, chron. p. 2629.

AYNES (L.),

- « Rupture unilatérale du contrat », *RDC* 2004, p. 273.
- « A propos de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2003, p. 323.
- « L'obligation de loyauté », *Archives de Philosophie du Droit* 2000, p. 195.
- « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 3.

AZAVANT (M.), « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Rev. soc*. 2003, p. 442.

AZOULAI (M.), « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 1.

BAJ (C.), « Le principe de loyauté et le prix du marché », in *Mél. D. Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 1.

BAILLY-MASSON (C.), « L'intérêt social, une notion fondamentale », *LPA*, 9 novembre 2000, n° 224, p. 6.

BAKOUCHE (D.),

- « La sanction de la durée excessive d'une obligation contractuelle », *Lexbase Hebdo, éd. Affaires*, n° 51 du 12 décembre 2002.
- « Observations relatives à la résiliation unilatérale des contrats », *Lexbase Hebdo, éd. Affaires*, 2002.

BARBIERI (J.-F.), « Retour sur les sanctions de l'abus de minorité », in *Mél. D. Schmidt, Liber amicorum*, éd. Joly, 2005, p. 51.

BARDOUL (J.),

- « Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires », *D.* 1973, chron. p. 137.
- « Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles », *Rev. soc*. 1973, p. 413.

BATIFFOL (H.), « La crise du contrat et sa portée », *Archives de Philosophie du Droit*, T. XVIII, Sirey, 1968, p. 13.

BAZIN (E.), « La résolution unilatérale du contrat », *RRJ* 2000-4, p. 1381.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Droit privé, conclusion sur le principe de proportionnalité », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117, p. 68.

BELLIVIER (F.), SEFTON-GREEN (R), « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et en droit anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 91.

BENABENT (A.),

- « La bonne foi dans l'exécution du contrat », « Rapport français », in *Travaux de l'Association Capitant, Journées Louisianaises, La bonne foi*, T. XLIII, Litec, 1992, p. 291.
- « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 14.

BENNINI (A.), « L'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 155.

BENOIT-MOURY (A.), « De l'article du code civil au concept belge de société depuis juillet 1996 », in *Mél. C. Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1997, p. 33.

BERLIOZ (G.), « Droit de la conseommation et droit des contrats », *JCP G* 1979, I, 2954.

BERLIOZ-HOUIN (B.), « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Mél. R. Houin, Le droit des contrats face à l'évolution économique*, 1985, p. 9.

BERNARD (M.), « Etudes sur l'exécution en bourse d'actions ou d'obligations non libérées », *Annales de droit commercial*, 1904, p. 145.

BERNARD (T.), « La prévention de l'inexécution du pacte de préférence », *Defr*. 2007, art. 38834, p. 1907.

BERTREL (J.-P.),

- « Le débat sur la nature de la société », in *Mél. A. Sayag*, Litec, 1997, p. 131.
- « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com*. 1996, p. 595.

BESNARD-GOUDET (R.),

- *Fasc. 7-30 : Consentement des parties*, in *J-Cl. soc*. 2001.
- *Fasc. 10-20 : Théorie des apports, Apports en industrie*, in *J-Cl. soc*. 2009.

BEZARD (P.), « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patr*. avril 1997, p. 53.

BILLIAU (M.),

- « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXIe siècle », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 119.
- « Le point sur la cession conventionnelle du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 46.

BISSARA (P.),

- « De la société contractante à la contractualisation de la société », in *Approche renouvelée de la contractualisation*, sous la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, PUAM, 2007.
- « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. soc*. 1990, p. 554.

BOIZARD (M.),

- « L'abus de minorité », *Rev. soc*. 1988, p. 365.
- « Regards sur l'abus de minorité », *Rev. soc*. 1999, p. 344.

BOLAND (G.), « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies, en particulier en droit administratif », *Rev. Dialectica, Les antinomies en droit*, vol. 18, 1964, p. 183, spéc. p. 201.

BONNARD (J.), « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés », in *Mél. M. Jeantin*, 1999, p. 139.

BONNEAU (T.),

- « Le règlement intérieur de la société », *Dr. soc.* 1994, étude 2, p. 1.
- *Fasc. 70 : La durée des contrats*, in *J-Cl civ*. 2007.
- « La réforme de 2005 des franchissements de seuil », *Bull. Joly Bourse* 2005, p. 694.

BOQUET (A.), « La minorité dans les sociétés de capitaux », *RJC* 1983, p. 121.

BORE (J.), « Morte au champ d'honneur : la jurisprudence sur l'indétermination du prix dans les contrats-cadres de longue durée », in *Mél. C. Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1997, p. 101.

BORNHAUSER-MITRANI (L.), « La violation d'une clause statutaire », *LPA*, 8 avril 1998, n° 42, p. 11.

BOUCOBZA (X.), « La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux », in *Mél. AEDBF-France*, 2001, p. 45.

BOUGNOUX (A.),

- *Fasc. 30-10 : Dissolution des sociétés*, in *J-Cl soc*., 2006.
- *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, AGE, Limites des pouvoirs, Nullités*, in *J-Cl. soc.*, 2007.

BOULOC (B.), GIRARD (M.-H.), « Le modèle du contrat de société dans le code civil », in *Code civil et modèles, Des modèles du code au code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 321

BOURGEON (C.), « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC* 2005, p. 109.

BOURUET-AUBERTOT (I.), « La cession de contrat : bilan et perspective », *D. Aff*. 1999, n° 156, p. 578.

BOUTHINON-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339.

BOY (L.), « Les utilités du contrat », *LPA*, 10 septembre 1997, n° 109, p. 3.

BOYER (L.), v° Contrats et conventions, in *Rép civ*., Dalloz, 1993.

BRETHE de la GRESSAYE (J.), v° Institution, in *Rép. civ.*, Dalloz, 1952, n° 28.

BRIERE DE L'ISLE (G.), « De la notion de contrats successifs », *D*. 1957, chron. p. 153.

BROCHIER (E.), « L'exécution en nature des pactes entre actionnaires : observations d'un praticien », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 125.

BRODERICK (J.-A.), « La notion d'institution de M. Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Archives de Philosophie du Droit* 1968, p. 143.

BRUN (P.), « Le droit de revenir sur son engagement », *Droit et patr*. mai 1998, p. 78.

BRUNET (A.), « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Mél. A. Weill*, Litec, 1983, p. 88.

BRUNET (A.), GHOZI (A.), « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D*. 1998, chron. p. 1.

BUREAU (D.), « L'altération des types sociétaires », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 57.

BUREAU (D.), MOLFESSIS (N.), « Les arrêts de l'assemblée plénière de la cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA*, 27 décembre 1995, n° 155, p. 11.

BUY (M.), « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 77.

CABRILLAC (M.),

- « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. G. Marty*, Univ. Toulouse, 1978, p. 235.
- « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité », in *Mél. A. Colomer*, Litec, 1993, p. 109.

CADIET (L.), « Les jeux du contrat et du procès », in *Mél. G. Farjat*, éd. F. Roche, 1999, p. 22.

CALAIS-AULOY (J.), « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ*. 1994, p. 239.

CALVO (J.), « L'indétermination du prix dans les contrats : d'une indétermination à l'autre », *LPA*, 17 janvier 1996, n° 8, p. 20.

CAMBASSEDES (M.-J.), « La nature juridique et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. soc*. 1976, p. 431.

CANIN (P.), « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Dr. soc*. 1998, chron. 1, p. 4.

CAPITANT (H.), « Les effets des obligations », *RTD civ*. 1932, p. 721.

CAPORALE (F.), « Société et indivision », *Rev. soc*. 1979, p. 265.

CARCREFF (P.), « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal*. 1976, 1, doct. p. 145.

CASSIN (R.), « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD civ*. 1945, p. 159.

CATALA (P.), « L'avant-projet de réforme des obligations et le droit des affaires », *RJC* 2007, p. 182.

CAVALLINI (J.), « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés *in bonis* », *Rev. soc*. 1998, p. 247.

CAZE (N.), « Exclusion et retrait forcé dans les sociétés d'exercice libéral », *Dr. soc*. 2005, étude 17, p. 21.

CEDRAS (J.), « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation en service extraordinaire », site internet de la Cour de cassation.

CERMOLACCE (A.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), *Fasc. 70 : Durée dans les contrats*, in *J-Cl. Contrats-Distribution*, 2007.

CHAHOUNKA TALOME (E.), « L'inexécution précontractuelle et contractuelle en droit français et américain : une instructive comparaison », *Gaz. Pal*. 2007, p. 963.

CHAMBONNAUD (C.), « La loi du 31 décembre 1989 et la protection du franchisé », in *Mél. J. Derruppé, Les activités et les biens de l'entreprise*, GNL Joly éd., Litec, 1991, p. 117.

CHAMPAUD (C.),

- « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Economica, 1987, p. 125.
- « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », in *Mél. J. Paillusseau*, Dalloz, 2004, p. 152.

CHANTEPIE (G.), « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* 2010, p. 347.

CHAPUT (Y.), « La liberté et les statuts », *Rev. soc*. 1989, p. 361.

CHARTIER (Y.),

- « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *D*. 1978, doct. n° 2917.
- « L'évolution de l'engagement des associés », *Rev. soc*. 1980, p. 1.

- « L'association, contrat, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 195.

CHARVERIAT (A.), « De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière », *Rev. soc*. 2010, p. 212.

CHAZAL (J.-P.),

- « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », *RTD civ*. 2001, p. 265.
- « G. Ripert et le déclin du contrat », *RDC* 2004, p. 244.
- « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99.
- « Théorie de la cause et justice contractuelle, A propos de l'arrêt Chronopost », *JCP G* 1998, I, doct. 152, p. 1315.

CHIFFAUT-MOLIARD (J.-P.), « Plaidoyer pour un capital social négatif », *JCP E* 2003, 1626, p. 1860.

COHEN (D.), « La bonne foi : éclipse et renaissance », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 517.

COIPEL (M.), « La contractualisation des causes de dissolution des sociétés », in *Mél. R. De Valkenner, A l'occasion du 125e anniversaire de la revue du notariat Belge, Bruxelles*, 2000, p. 147.

COLLART-DUTILLEUL (F.), « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 225.

CONSTANTIN (A.),

- « Dispositif de prévention des conflits d'intérêts par l'information en droit des sociétés », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 57.
- « La tyrannie des faibles, De l'abus de minorité en droit des sociétés », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213.
- « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Mél. B. Mercadal*, éd. Lefebvre, 2002, p. 317.

CORNU (G.),

- « Regards sur le titre III du livre III du Code civil, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », in *Les cours de droit*, 1977, p. 1.
- « La bonté du législateur », *RTD civ*. 1991, p. 283.

COULON (C.), « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 29.

COURET (A.),
- « Groupements de moyens et pactes léonins », *Bull. Joly soc*. 1992, § 343, p. 1057.
- « Le désintérêt social », in *Mél. P. Bézard, Le juge et l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 63, spéc. p. 76.
- « L'abus et le droit des sociétés », *Droit et patr*. juin 2000, p. 66.

COURET (A.) et JACOMET (T.), « Les pièges des pactes d'actionnaires : questions récurrentes et interrogations à partir de la jurisprudence récente », *RJDA* 2008, p. 951.

COZIAN (M.), « De l'amour du bon vin… Au contrat de société », *LPA*, 17 mars 1999, n° 54, p. 5.

CROS (M.-L.), « Les contrats à exécution échelonnée », *D.* 1989, chron. p. 49.

DAIGRE (J.-J.),
- « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande en dissolution », *Bull. Joly soc.* 1996, p. 576.
- « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc*. 1999, p. 535.

DAMY (G.), « La remise en cause de la notion classique d'associé : vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés », *LPA*, 26 juillet 2007, n° 149, p. 3.

DANA-DEMARET (S.), *Fasc. 10-20 : Théorie des apports, Notion d'apport en société*, in *J-Cl. soc*., 2005.

DARIOSECQ (S.), METAIS (N.), « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc*. 1998, p. 908.

DAVID (R.), « L'imprévision dans les droits européens », in *Mél. A. Jauffret*, 1974, PUAM, p. 211.

DE BERMOND DE VAULX (J.-M.),
- « L'exclusion d'un associé », *Dr. soc*. 1996, chron. 14, p. 4.

- « A propos d'une conception exaltée de l'*affectio societatis* », *Dr. soc.* avril 1993, p. 1.
- « La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ? », *JCP E* 1990, II, 15921, p. 742.

DEBOISSY (F.), « Le contrat de société », in *Le contrat, Travaux de l'association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 140.

DECOOPMAN (N.), « Conflits d'intérêts, impartialité, incompatibilités », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 119.

DE JUGLART (M.),
- « La vente : un modèle en voie d'extinction au profit de l'entreprise », in *Mél. J. Derrupé, Les activités et les biens de l'entreprise*, Litec, 1991, p. 63.
- « L'obligation de renseignement dans les contrats », *RTD civ*. 1945, p. 1.

DEKEUWER (A.), « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E* 1995, I, 500, p. 421.

DELEBECQUE (P.), « L'anéantissement unilatéral du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 61.

DE LA GARANDERIE (D.), « Le devoir de loyauté en droit des affaires », *Gaz. Pal*., décembre 2000, p. 2109.

DELMAS-SAINT-HILAIRE (J.-P.), « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 189.

DEMOGUE (R.), « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ*. 1907, p. 245.

DEMONTES (E.), « Théorie de la lésion dans les contrats », in *Mél. H. Capitant*, Vaduz, 1977, p. 171.

DEPREZ (J.), « A propos du rapport annuel de la Cour de cassation, « sois juge et tais-toi » », *RTD civ*. 1978, p. 503.

DE RAVEL ESCLAPON (T.), « La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », *LPA*, 7 novembre 2008, n° 224, p. 4.

DETHOMAS (A.), « Les nouvelles obligations en matière de franchissements de seuils », *Rev. dr. banc. et fin*. 2007, p. 56.

DESBLANDES (M.), « La séparation d'associés », *Dr. soc*., *Actes pratiques*, décembre 1997, p. 4.

DESGORCES (R.), *La combinaison des remèdes en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur*, in *Mél. D. Tallon, D'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999, p. 243.

DE SOLA CANIZARES (P.), « Le caractère institutionnel de la société de capitaux », *RIDC* 1953, p. 416.

DE VENDEUIL (S.), « Les conseils de Fidal, Les clauses d'exclusion strictement conventionnelles, stipulées dans les statuts d'une société anonyme à capital fixe, ne vont pas de soi… », *JCP E* 1993, pan. 326.

DIDIER (P.),

- « La théorie contractualiste de la société », *Rev. soc*. 2000, p. 95.
- « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements*, *RJC* 1995, n° spécial, p. 74.
- « L'effet relatif », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 187.
- « Théorie économique et droit des sociétés », in *Mél. A. Sayag, Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 227.

DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de Philosophie du Droit* 1999, p. 259.

DIKOFF (L.), « L'évolution de la notion de contrat », in *Mél. H. Capitant, Etudes de droit civil*, 1977, Librairie E. Duchemin Paris, p. 201.

DION (N.), « Le juge et le désir du juste », *D*. 1999, chron., p. 195.

DO (V.-D.), CHANG (M.), « La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation », *LPA*, 9 avril 2004, n° 72, p. 3.

DONDERO (B.),

- « Société et contrat : un couple à l'histoire longue et un peu tourmentée », in *Société et contrat*, *Journ. soc.* 2008, n° 53, p. 28.

- « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », *Bull. Joly soc*. 2008, p. 245.

DOUVRELEUR (O.), « Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires ? », in *La stabilité du capital et le pouvoir dans les sociétés par actions*, *RJC* 1991, n° spéc. p. 122.

DUBISSON (M.), « Les caractères juridiques du contrat de coopération en matière industrielle et commerciale », *DPCI* 1984, p. 29.

DUCOULOUX-FAVARD (C.),

- « Actionnariat et pouvoir », *D*. 1995, chron., p. 178.
- « Nature juridique du contrat de société, un exemple d'écueil possible pour le comparatiste », *Rev. soc*. 1966, p. 1.

DURAND-LEPINE (G.), « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7.

ESMEIN (P.), « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », in *Mél. H. Capitant*, Vaduz et Duchemin, 1977, p. 235.

ESPESSON-VERGEAT (B.), « La spécificité de la notion d'abus de droit en droit français des sociétés », in *L'abus de droit, comparaisons franco-suisses*, Publ. de l'Université de Saint-Etienne, 2001, sous la dir. de P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, p. 131.

EUDIER (F.), « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la dir. T. Revet, LGDJ, 2005, p. 225.

FABRE (R.), « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ*. 1983, p. 1.

FABRE-MAGNAN (M.),

- « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ*. 1996, p. 85.
- « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 301.

FAGES (B.),

- « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *D*. 2003, doct. p. 2386.

- « Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la chose des parties ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 153.

FAUGEROLAS (L.), « Les moyens de défense face à une acquisition indirecte d'actions », *JCP E* 1995, I, 483, p. 335.

FAUVARQUE-COSSON (B.),

- « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *RDC* 2006, p. 529.
- « Le changement des circonstances », in *Durées et Contrats*, *RDC* 2004, p. 73.
- « La réforme du droit français des contrats, perspective comparative », *RDC* 2006, n° 1, p. 147.

FAUVARQUE-COSSON (B.), MAZEAUD (D.), « L'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen des contrats : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *LPA*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3.

FAVARIO (T.),

- « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc*. 2008, p. 53.
- « La clause statutaire d'inaliénabilité », *Bull. Joly soc*. 2010, p. 100.

FAVEREAU (O.), « Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie », in *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 21.

FENOUILLET (D.), « Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un entre-deux perfectible », *RDC* 2006, p. 67.

FERRIER (D.), « Une obligation de motiver ? », *RDC* 2004, p. 2.

FEUGERE (B.), « Le devoir de loyauté en droit des affaires, Exposé introductif », in Colloque du 28 octobre 1999 sous la présidence de P. Bézard, *Gaz. Pal*. 2000, p. 2110.

FIELD (B.), « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patr*. avril 1997, p. 48.

FLECHEUX (G.), « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 341.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.), SAVAUX (E.), *La cession de contrat*, *Defr*. 2000, p. 811.

FONTAINE (M.), « Les contrats internationaux à long terme », in *Mél. R. Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 263.

FOUCHARD (P.), « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », Rev. arbitrage 1979, p. 67.

FRISON-ROCHE (A.-M.),

- « L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires », *Cah. dr. ent*. 1996, n° 4 p. 19.
- « L'impartialité du juge », *D*. 1999, chron. p. 53.
- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ*. 1995, p. 573.
- « Volonté et obligation », *Archives de Philosophie du Droit* 2000, n° 39, p. 137.

GARCON (J.-P.), « L'exclusion d'un associé de société civile », A propos de Cass. com., 20 mars 2012, *JCP N* 2012, 1332, p. 43.

GAUTHIER (P.-Y.), « Crise du contrat… ou crise du juge et de la doctrine ? », *RDC* 2003, n° 1, p. 277.

GERMAIN (M.),

- « Rapport général », « Le contrat de société », in *Le contrat, Travaux de l'association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 25.
- « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401.
- « Le capital de la société commerciale », *RJC*, n° spéc., novembre 1987, p. 31.
- « L'intérêt commun des actionnaires, Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ? », *JCP E* 1996, suppl. n° 4, p. 13.
- « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 189.

GERMAIN (M.), PERRIN (P.-L.), « L'exclusion statutaire des associés de SAS », *Bull. Joly soc*. 2010, § 222, p. 1016.

GERMAIN (M.), VATINET (R.), « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397.

GERMAIN (M.), VICKEL (F.), *Fasc. 20-40 : Durée de la société*, in *J-Cl soc*., 2006.

GERSCHEL (C.), « Le principe de non-immixtion en droit des affaires », *LPA*, 30 août 1995, n° 104, p. 8.

GHESTIN (J.),

- « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mél. D. Tallon, D'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999, p. 251.
- « L'utile et le juste dans le contrat », *D.* 1982, chron. p. 1.
- « Le mandat d'intérêt commun », in *Mél. J. Derruppé, Les activités et les biens de l'entreprise*, GNL Joly éd. Litec, 1991, p. 105.
- « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 203.
- « La portée des arrêts du 1er décembre 1995 relatifs à la détermination du prix au regard de leurs justifications », in *Mél. G. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 183.

GIBRILA (D.), *Fasc. 10 : Dispositions générales, Constitution de la société : Contrat de société*, in *J-Cl. soc.* 2006.

GOLDIE-GENICON (C.), *Contribution de l'étude des rapports entre le droit commun des contrats et le droit spécial*, LGDJ, 2009.

GOUTAY (P.), « De l'abus de la notion d'intérêt social », *D. Aff*. 1997, p. 877.

GOYET (C.), « Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés », *RJC* 1999, p. 58, spéc. p. 60.

GRANOTIER (J.), « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? », *D*. 2009, p. 1067.

GRIDEL (J.-P.), LAITHIER (Y.-M.), « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G* 2008, I, 143, p. 13.

GRIGNON (P.), « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mél. Cabrillac*, 1999, p. 127.

GRILLET-PONTON (D.), « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Rev. soc*. 1984, p. 259.

GRYNBAUM (L.), « La notion de solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 25.

GUEGUEN (J.-M.), « Le renouvellement de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D*. 1999, chron. p. 352.

GUYENOT (G.),

- « Les huit causes communes de dissolution », *Gaz. Pal*. 1980, 2, doct., p. 357.

- « Les huit causes communes de dissolution des sociétés civiles et commerciales », *Gaz. Pal*. 1976, 1, doct. p. 357.
- « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 235.

GUYON (Y.),
- « La situation des associés dans les sociétés civiles et les sociétés commerciales ne faisant pas publiquement appel à l'épargne », *RTD Com*. 1983, p. 353.
- « La situation des associés dans les sociétés de construction », *JCP G* 1962, I, 1735.
- « Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles », *Defr*. 1999, art. 36918, p. 3.
- v° Assemblée d'actionnaires, in *Rép. soc*., Dalloz, 2002.
- « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. soc*. 1989, p. 439.
- « La société anonyme, une démocratie parfaite », in *Mél. C. Gavalda, propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 133.
- « Les dispositions générales de la loi du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés », *Rev. soc*. 1979, p. 1.
- « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », in *Mél. D. Bastian*, T. 1, Librairies techniques, 1974, p. 103.

HALLOUIN (J.-C.), « sur le refus d'agrément… », in *Mél. J. Paillusseau*, *Aspects organisationnels du droit des affaires*, 2003, p. 313.

HAMEL (J.), « L'*affectio societatis* », *RTD civ*. 1925, p.761.

HANNOUN (C.), v° Liquidation et partage, in *Rép. soc*., Dalloz, 2007.

HAURIOU (M.),
- « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in *La cité moderne et les transformations du droit, Cahiers de la nouvelle journée*, T. IV, Bloud et Gay, Paris, 1925, p. 2.
- « L'imprévision et les contrats dominés par les institutions sociales », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Publication du Centre de philosophie politique et juridique, 1986 (1926).

HASSLER (T.), « L'intérêt commun », *RTD com*. 1984, p. 581.

HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in *La cité moderne et les transformations du droit*, Cahiers de la nouvelle journée, T. IV, Bloud et Gay, Paris, 1925, p. 2.

HAUSER (J.), *Rapport de synthèse, Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 193.

HEBRAUD (P.), « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Mél. P. Kayser*, T. 2, PUAM, 1979, p. 1.

HELOT (S.), « La place de l'*intuitus personae* dans les sociétés de capitaux », *D.* 1991, chron. p. 143.

HERAIL (M.), « L'influence du droit européen sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 63.

HOANG (P.), « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 205.

HONORAT (J.), v° Nullités, in *Rép. soc*., Dalloz, 1997.

HOUPIN (C.), « De la nature de la clause d'exécution en bourse d'actions non libérées et de ses effets en cas de faillite de l'actionnaire défaillant », *Journ. soc*. 1931, p. 385.

HOVASSE (H), DESLANDES (M.), GENTILHOMME (R.), « La situation de l'apporteur en nature avant l'immatriculation de la société », *Dr. des soc., Actes pratiques*, Juillet/août 2004, p. 5.

HUET (J.), « Critique de la jurisprudence de l'assemblée plénière sur l'indétermination du prix », in *Mél. A. Sayag*, Litec, 1997, p. 311.

JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément de la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, comm., p. 1946.

JAMIN (C.),

- « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot pourri introductif », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 3.

- « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 71.
- « Quelle nouvelle crise du contrat ?, Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 7.
- « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », in Mél. *J. Ghestin, Le contrat au début du XXe siècle*, LGDJ, 2001.
- « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patr*. mars 1998, n° 58, p. 46.
- « Les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com*. 1997, p. 19.

JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ*. 1976, p. 700.

JEANTIN (M.),

- « Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mél. L. Boyer*, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 317.
- « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 149.
- « La réforme du droit des sociétés civiles par la loi du 4 janvier 1978 », *D*. 1978, chron. p. 173.

JEOL (M.), « Le contenu juridique des décisions du 1er décembre 1995 », *RTD com*. 1997, p. 1.

JEULAND (E.), « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D*. 1998, chron. p. 356.

JESTAZ (P.),

- « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 87.
- « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, p. 273.
- « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 243.

JOBERT (L.), « La notion d'engagement des associés », *Bull. Joly soc*. 2004, p. 627.

JOSSERAND (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ*. 1937, p. 1.

JOURDAIN (P.),

- « Le devoir de se renseigner », *D*. 1983, chron. p. 139.
- « A la recherche de la réfaction, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mél. P. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449.

JULIEN (J.), « Observations sur l'évolution jurisprudentielle du sort des associés dans les sociétés civiles », *RTD com*. 2001, p. 841.

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Archives de Philosophie du Droit* 1940, p. 33.

KENDERIAN (F.), « La contribution aux pertes sociales », *Rev. soc*. 2002, p. 617.

KENGNE (G.), « Le rôle du juge en matière d'abus du droit de vote », *LPA*, 12 juin 2000, n° 116, p. 10.

KEUTGEN (G.), De CORDT (Y.), « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe, La Loyauté*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 198.

KLEIN (F.-E.), « autonomie de la volonté et arbitrage », *RCDIP* 1958, p. 255.

KRAJESKI (D.), « L'*intuitus personae* et la cession du contrat », *D*. 2001, comm. p. 1345.

KRIMMER (I.), « La clause de rachat », *JCP E* 1993, I, 223, p. 101.

LACHAUME (J.-F.), « L'évolution du contrat administratif en droit français », in *L'évolution contemporain du droit des contrats*, Journées R. Savatier, 1986, PUF, p. 61.

LACHIEZE (C.), « La cession de contrat », *D*. 2000, chron. p. 184.

LAGARDE (X.), « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », *D*. 2005, p. 2745.

LAITHIER (Y.-M.),

- « La prétendue primauté de l'exécution en nature », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 161.
- « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D*. 2006, doct. p. 1003.
- « L'analyse économique du droit par le droit civil », *Gaz. Pal*. 2005, n° 68, p. 14.

LAMBERTERIE (I.), « Incidence des changements de circonstances », « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 217.

LAMBERTERIE (I.), BELL (J.), « Incidence des changements de circonstances, Sommaire de la discussion », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 261.

LANGLAIS (J.-P.) De KERVILER (G.), « La notion d'apport remise en question », *Dr. soc., Actes pratiques*, 2004, p. 3.

LAPEYRE (C.), « La nature de la société depuis les nouvelles régulations économiques », *Bull. Joly soc*. 2004, p. 21.

LAPOYADE-DESCHAMPS (C.), « La liberté de se retirer d'une société », *D*. 1978, chron., p. 123.

LAPP (C.), « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », *RTD com*. 1952, p. 769.

LARDEUX (G.), « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in *L'efficacité du contrat* sous la dir. de G. Lardeux, Dalloz, 2011, p. 1.

LAROCHE (M.),

- « Exclusion d'un associé de société civile : quelques réflexions sur les dernières précisions », note sous Cass. com., 20 mars 2012, *D*. 2012, p. 1585.
- « Perte de la qualité d'associé : quelle date retenir ? », *D*. 2009, chron. p. 1772.

LARROUMET (C.),

- « La descente aux enfers de la cession de contrat », *D*. 2002, p. 1555.
- « La cession de contrat : une régression du droit français ? », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 151.

LATHELIZE-BONNEMAIZON (M.), « Bilan et perspective du devoir de loyauté en droit des sociétés », *LPA*, 23 juin 2000, n° 125, p. 7.

LAWSON-BODY (L.), « Réflexions sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif », *LPA*, 23 août 2002, n° 169, p. 3.

LE CANNU (P.),

- « Le règlement intérieur des sociétés », *Bull. Joly soc*. 1986, p. 723.

- « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Mél. P. Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 113.
- « L'absence de majorité », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 96.
- « Existe-t-il une société de droit commun ? », in *Mél. Jeantin*, Dalloz, p. 247.

LECUYER (H.),
- « Pacte de préférence : retour en grâce ? », *Dr. soc*. 2006, repère 7, p. 1.
- « Le contrat, acte de prévision », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 643.
- « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 47.

LE GAC-PECH (S.), « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 décembre 2007, n° 242, p. 7.

LEGROS (J.-P.),
- *Fasc. 32-10 : Nullité des sociétés*, in *J-Cl soc*., 2005.
- « La nullité des décisions de sociétés », *Rev. soc*. 1991, p. 275
- *Fasc. 32-40, Nullité des décisions sociales : cause de nullité*, in *J-Cl. soc*. 2007.
- « La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? », *Dr. soc.* avril 1991, chron. p. 1.

LEMAIRE (H.), MORIN (A.), « Droit français et principes du droit européen du contrat », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 38.

LE NABASQUE (H.),
- « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com*. 1999, p. 273.
- « La notion d'engagements nouveaux », *Dr. soc*., *Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36.

LE NABASQUE (H.), BARBIER (M.), « Les clauses léonines », *Dr. soc.*, *Actes pratiques* 1996, p. 1.

LE NABASQUE (H.), ELSEN (P.), DUNAUD (P.), « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Dr. soc.*, *Actes Pratiques* 1992, n° 5, p. 10.

LE NABASQUE (H.), TERRIER (G.), « L'exécution forcée des pactes d'actionnaires », *Dr. soc*., *Actes pratiques*, 1994, p. 1.

LEPARGNEUR (J.), « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc*. 1928, p. 1.

LEQUETTE (Y.),

- « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 247.
- « De l'efficacité des clauses de Hardship », in *Mél. C. Larroumet*, Economica, 2010, p. 267.

LE TOURNEAU (P.),

- « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 349.
- « L'évolution des rapports contractuels dans les transferts de technologie », in *Mél. P. Azard, Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise*, Paris, Cujas, 1981, p. 153.
- « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », *D.* 1987, chron. p. 101.
- v° Bonne foi, in *Rép. civ.*, Dalloz.

LEVENEUR (L.),

- « Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 173.
- « Indétermination du prix : le revirement et sa portée », *CCC* janvier 1996, p. 1.

LIBCHABER (R.),

- « La société, contrat spécial », in *Mél. M. Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 281.
- « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211.
- « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc*. 1995, p. 437.
- « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 717.
- « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc*. 1995, p. 437.

LOY (M.), « La réforme du régime juridique des déclarations de franchissement de seuils », *JCP E* 2005, 1285, p. 1432.

LOUIS-LUCAS (P.), « L'autonomie de la volonté », in *Mél. H. Capitant, Etudes de droit civil*, Librairie E. Duchemin Paris, 1977, p. 469.

LUCAS (F.-X.),

- « Elimination de l'associé de société civile failli ou déconfit », *Bull. Joly soc.* 1999, p. 436.
- « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, 2010, p. 741.
- *Fasc. 15-30 : Théorie des bénéfices et des pertes.- Clauses léonines*, in *J-Cl. soc.*, 2012.
- « La réparation du préjudice causé par un abusde minorité en droit des sociétés », *LPA*, 12 septembre 1997, n° 110, p. 6.

LYON-CAEN (G.), « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ*. 1946, p. 75.

LYONNET (B.), « L'administration judiciaire », *RJC* 1991, p. 241.

MAINGUY (D.), « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165.

MAISON-BLANCHE, (C.), LECAT (D.), « Essai de synthèse sur le sanctions en cas de violation de l'obligation de déclaration de franchissements de seuils dans le capital et les droits de vote des sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé », *RTDF*, n° 3, 2007, p. 146.

MAJEROWITZ (S.), « L'exclusion de l'associé en l'absence de clause statutaire », *LPA*, 31 mai 1991, n° 65, p. 26.

MALAURIE (P.),

- « Mutations du droit des contrats », Rapport de synthèse du colloque organisé sur les mutations du droit des contrats à l'université de Tunis III, le 12 avril 2008, *LPA*, 28 août 2008, n° 173, p. 4.
- « Le droit civil français des contrats à la fin du XXe siècle », in *Mél. M. Cabrillac*, 1999, Litec, p. 187.

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Solidarisme, distribution et concurrence », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 95.

MARAIS (A.), « Le maintien forcé du contrat », *LPA*, 2 octobre 2002, n° 197, p. 7.

MARTIN (D.), « L'exclusion d'un actionnaire », *RJC*, n° spécial, 1990, p. 94.

MARTIN (D.), FAUGEROLAS (L.), « Les pactes d'actionnaires », *JCP G* 1989, 3412.

MARTIN (R.), « Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux », *D*. 1983, doct. 3100.

MASSART (T.),

- « La société sans apport », in *Mél. P. Didier, Etudes de droit privé*, Economica, 2008, p. 289.
- v° Société (Contrat de) ? in *Rép. soc.*, Dalloz, 2006.

MATSOPOULOU (H.), « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. soc.* 1998, p. 21.

MAY (J.-C.), « La société : contrat ou institution », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122.

MAZEAUD (D.),

- « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, sous la dir. de G. Pignarre, Dalloz, 2005, p. 73.
- « Droit commun du contrat et droit de la consommation, Nouvelles frontières ? », in *Mél. J. Calais-Auloy*, p. 697.
- « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple illégitime », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 235.
- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295.
- « Exécution des contrats préparatoires », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 61.
- « Rupture unilatérale du contrat », note sous Cass. 1ère, 28 octobre 2003, *RDC* 2004, p. 273.
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, 1999, p. 603.
- « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 8.

- « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando », in *Mél. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 205.
- « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 81.
- « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 57.
- « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47.
- « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117, p. 12.
- « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Mél. P. Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 371.
- « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, n° 129, p. 4.
- « Durées et ruptures », *RDC* 2004, p. 129.

MAZEAUD (D.), REVET (T.), « Editorial », *RDC* 2007, p. 219.

MAZET (G.), « Les clauses statutaires d'agrément », *RJC* n° spécial, novembre 1990, p. 66.

MAZET (P.), « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 13.

MEKKI (M.), « Hardship et révision des contrats », *JCP G* 2010, n° 1219, p. 2291.

MENARD (C.), « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 661.

MERCADAL (B.), « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », *DPCI* 1984, p. 331.

MERLE (P.), « L'abus de minorité », in *La loi de la majorité, RJC* n° spécial, 1991, p. 81.

MESTRE (J.),

- « La société est bien encore un contrat… », in *Mél. C. Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 131.
- « Rapport introductif », in *Durées et Contrat, RDC* 2004/1, n° spécial, LGDJ, p. 7.

- « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41.
- « D'une exigence de la bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ*. 1986, p. 100.
- « Transparence et droit des contrats », in *La transparence*, *RJC* 1993, n° spécial, p. 77.
- « Rapport de synthèse », in *La loi de la majorité*, *RJC* 1991, n° spécial, p. 138.
- « L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé) », *Rev. soc*. 1989, p. 399.
- « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJC* 1985, p. 81.
- « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 91
- « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC* 2005, p. 99.

MESTRE (J.), LAUDE (A.), « L'interprétation active du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9.

MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.),

- « Les engagements de l'associé », in *Lamy sociétés commerciales*, 2006.
- « Dissolution de la société », in *Lamy sociétés commerciales*, 2006

MIGNOT (M.), « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité, Droit prospectif », *RRJ* 2004, p. 2153.

MISTRETTA (P.), « L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive », *LPA*, 5 juin 1998, n° 67, p. 4.

MOLFESSIS (N.),

- « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 37.
- « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, n° 90, p. 41.

MONNET (J.),

- « Clause de rachat de droits sociaux après refus d'agrément », *Dr. soc*. 2007, comm. 221.

- « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau*, *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403.

MORIN (A.), « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD com*. 2000, p. 299.

MORIN (G.), « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux », *DPCI* 1980, p. 9.

MOURY (J.),

- « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *RTD com*. 1989, p. 187.
- « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D*. 2000, p. 382.

MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ*. 1988, p. 481.

MUIR WATT (H.), « Du contrat relationnel, Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, *Travaux de l'association Henri Capitant*, LGDJ, 1999, p. 169.

NEUER (J.-J.), « Le contrat-institution, Essai sur les modes de formation du contrat en droit privé », *LPA*, 19 juin 1995, n° 73, p. 4.

NEUVILLE (C.), « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patr*. avril 1997, p. 48.

NEVEU (Y.), « Le devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle », *Gaz. Pal*. 2000, p. 2112.

NOSSEREAU (M.), « Le terme, modalité de l'obligation », in *Le droit face au temps*, *Droit et patr*. janv. 2000, n° 78, p. 50.

NOGUELLOU (R.), « La cession de contrat », *RDC* 2006, n° 3, p. 966.

NURIT-PONTIER (L.), « Repenser les apports en industrie », *LPA*, 3 juillet 2002, n° 132, p. 4.

OPPETIT (B.),

- « La décodification du droit commercial français », in *Mél. R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 197.
- « Ethique et vie des affaires », in *Mél. A. Colomer*, Litec, 1993, p. 319.
- « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974, p. 794.

- « Rapport sur le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1970, T. XXII, p. 185.

OST (F.),

- « Droit et intérêt », sous la dir. de P. Gerard, F. Ost, M. Van de Kerchove, vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt, Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publ. Fac. Univ. Saint-Louis, 1990, n° 3, p. 12.
- « Temps et contrat, critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, LGDJ, 1999, p. 137.

PAGET (S.), « La sanction de la cession non agréée de titres sociaux », *LPA*, 9 décembre 2008, n° 246, p. 6.

PAISANT (G.), « Introduction », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Droit et patr*. mars 1998, n° 58, p. 42.

PAILLUSSEAU (J.), « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big bang du droit des sociétés », *D*. 1999, p. 333.

PARLEANI (G.), « Les pactes d'actionnaires », *Rev. soc*. 1991, p. 1.

PETEL-TEYSSIE (I.), *Fasc. Unique : Louage d'ouvrage et d'industrie, Contrat de travail : généralités. Prohibition de l'engagement perpétuel*, in *J-Cl. civ*., 2008, n° 41.

PIC (P.), « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Ann. Dr. com*. 1906, I, p. 153.

PICOD (Y.),

- *Fasc. unique : contrats et obligations. Effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions*, in *J.-Cl. civ.*, 2007.
- « L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E* 1994, 349, p. 195.
- « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57.
- « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, 3318.

PIROVANO (A.), « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D*. 1997, chron. p. 189.

PIZZIO (J.-P.), « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com*. 1998, p. 53.

POESY (R.), Bref retour sur une question controversée : l'exclusion judiciaire de l'associé d'une société non cotée », *RJC* 2001, p. 159.

POITRINAL (F.-D.), « Les pactes d'actionnaires », in *Mél. P. Bézard*, 2002, p. 127.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 925.

PONS (S.), « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA*, 8 avril 2008, n° 71, p. 4.

PORACCHIA (D.), « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », *Rev. soc*. 2000, p. 224.

PRAT (S.), *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec, 1992, préf. A. Viandier.

PRIEUR (J.), « Droit des contrats et droit des sociétés », in *Mél. A. Sayag*, *Droit et vie des affaires*, Litec, 1997.

PRIEUR (J.), SAINT-AMAND (P.-J.), « Engagement de conservation de titres : régime fiscal et sécurité juridique », *Dr. soc*., *Actes pratiques*, 2006, p. 21.

PUIG (P.),

- « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 85.
- « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 93.

PUTMAN (E.),

- « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125.
- « La disparition du lien contractuel par volonté commune », *Lamy droit civil*, *Droit des contrats*.
- « Le temps et le droit », *Droit et patr*. 2000, p. 43.

QUIEVY (J.-F.), « L'exécution, entre associés, du contrat de société personnifiée », *Bull. Joly soc*. 2010, n° 2, p. 192.

RACLET (A.), « L'inaptitude contractuelle », *LPA*, 6 août 2001, n° 155, p. 17.

RADE (C.),

- « Haro sur le contrat. A propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », *Dr. social* 2001, p. 514.
- « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 75.

RANDOUX (D.),

- « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublon*, Defrénois, 2001, p. 243.
- « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », *JCP N* 1994, doct. p. 69.

RAYMOND (G.), « Solidarisme contractuel en droit de la consommation », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 107.

REBOUL (N.), « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. soc*. 2000, p. 425.

REINHARD (Y.),

- « Exécution en nature des pactes d'actionnaires », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 115.
- « L'abus de droit dans le contrat de société », *JCP E, Cah dr. ent* 1998, p. 8.

REMY (P.),

- « Exécution et réparation : deux concepts ? », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 13.
- « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 3.
- « Droit des contrats : questions positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, Journées R. Savatier, Poitiers, 1985, p. 103.

REVET (T.),

- « L'éthique des contrats en droit interne », in *Ethique des affaires, de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, PUAM, 1996, p. 207.
- « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31.

- « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004, p. 279.

RIPERT (G.),

- « La loi de la majorité dans le droit privé », in *Mél. N. Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 351.
- Prêt avec participation aux bénéfices et sociétés en participation, *Ann. Dr. com*. 1904, p. 53.

RIVES-LANGE (J.-L.), « L'abus de majorité », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 65.

RIZZO (F.),

- « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », in *Le droit face au temps*, *Dr. et pat*. janvier 2000, p. 60.
- « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com*. 2000, p. 27.

ROBLOT (R.),

- *L'agrément des nouveaux actionnaires*, in *Mél. D. Bastian*, T. 1, Libr. Techniques, 1974, p. 283.

ROCHFELD (J.),

- « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution », *RDC* 2006, p. 113.
- « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47.

ROHART-MESSAGER (I.), « A propos des conflits d'intérêts dans les sociétés », *LPA*, 8 avril 2008, n° 71, p. 14.

ROLAND (H.), « Regard sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *Mél. P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 740.

RONTCHEVSKY (N.), « Droit des sociétés : le mouvement perpétuel », *D*. 2002, n° 33, p. 2594.

ROUAST (A.), « Le respect des engagements librement consentis et le contrat dirigé », *Semaine sociale de France* 1938, p. 342.

ROUHETTE (G.),

- « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Mél. R. Rodières*, 1981, Dalloz, p. 247.

- « La force obligatoire du contrat », « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 27.
- « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC* 1986, p. 369.
- « Contrat », in *Encyclopedia Universalis*, Corpus, Paris, 2002, p. 383.

ROZES (S.), « Un profil nouveau pour les juges », in *Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 435.

RUDDEN (B.), « Le domaine du contrat », « Rapport anglais », in *Le contrat aujourd'hui* sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, LGDJ, 1987, p. 125.

RUELLAN (C.), « Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire », *Dr. soc.* 2000, chron. 20, p. 4.

RZEPZCKI (N.), *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse Strasbourg, 1998.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *RTD com.* 1979, p. 691.

SAINTOURENS (B.),
- « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457.
- « La liberté de se retirer d'une société », in *Mél. C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 315.

SALGADO (M.-B.), « Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes », *Dr. soc.* 2003, chron. 3, p. 5.

SAUGET (I.), « Absence de droit de retrait dans les sociétés d'attribution en jouissance », *Bull. Joly soc.* 1991, n° 9, p. 822.

SAVAUX (E.),
- « La dilution des catégories », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, sous la dir. de G. Pignarre, Dalloz, 2005, p. 33.
- « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, sous la dir. de L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 43.

SCAPEL (J.), « Vers une nouvelle délimitation du domaine de la notion d'intangibilité des engagements sociaux », *Rev. dr. com., maritime, aérien et des transports*, 1999, p. 2.

SCHAEFFER (E.), « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, p. 227, spéc. p. 228.

SCHAPIRA (J.), « L'Intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com*. 1971, p. 957.

SCHILLER (S.),

- v° Pactes d'actionnaires, in *Rép. soc*. 2006.
- « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Rev. soc*. 2011, p. 331.

SCHMIDT (D.),

- « De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, I, 48, p. 535.
- « De l'intérêt social », *JCP E* 1995, I, 38, p. 361.
- « Les associés et les dirigeants sociaux », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 11.
- « Exposé introductif », in *La loi de la majorité*, *RJC* 1991, n° spécial, p. 7.

SEJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement*, LGDJ, 2011, préf. D. Houtcieff.

SERIAUX (A.),

- « La notion de contrat synallagmatique », in *Mél. J. Ghestin*, *Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 777.
- « Le futur contractuel », in *Le droit et la futur*, IIIe colloque de l'Association française de philosophie du droit, PUF, 1985, p. 77.

SERINET (Y.-M.), « Le juge et l'illicéité du contrat », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 85.

SERLOOTEN (P.), « L'*affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 1007.

SEUBE (J.-B.), « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », in *Société et contrat*, *Journ. soc.*, avril 2008, n° 53, p. 38.

SIMON (J.), « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in *Mél. P. Bézard*, *Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 147.

SOLLE (B.), « Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 40.

SORTAIS (J.-P.), « Le principe du contradictoire en dehors du prétoire ? », in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 246.

SOUSI (G.), « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ*. 1982, p. 514

STOFFEL-MUNCK (P.), « Le juge et la stabilité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 121.

STORCK (J.-P.), « La continuation de la société par l'élimination d'un associé », *Rev. soc*. 1982, p. 244 .

STOYANOVITCH (K.), « La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis », *Archives de Philosophie du Droit*, T. XVIII, Sirey, 1968, p. 89.

TALLON (D.),

- « Les remèdes », « Le droit français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de H. Donald et D. Tallon, LGDJ, 1987, p. 271.
- « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ*. 1994, p. 223.
- « L'article 1184 du Code civil, un texte à rénover ? », in *Clés pour le siècle*, 2000, p. 253.
- « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mél. A Sayag, Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 403.

TAORMINA (G.), « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. soc*. 2002, p. 267.

TCHENDJOU (M.), « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », *JCP G* 2003, I, 141.

TERRE (F.),

- « La distinction de la société et de l'association en droit français », in *Mél. R. Secrétan*, Imprimerie Corbaz, 1964, p. 325.
- « Sur la sociologie juridique du contrat », *Archives de Philosophie du Droit*, T. XVIII, Sirey, 1968, p. 71.
- « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », in *La loi de la majorité*, *RJC* 1991, n° spécial, p. 9.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997, p. 357.

TREILLARD (J.), « De la suspension des contrats », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 59.

TRICOT (D.), « Abus de droits dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », *RTD com*. 1994, p. 617.

TROCHU (M.), « L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive », in *Mél. Y. Loussouarn, L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1994, p. 377.

URBAN (Q.), « La communauté d'intérêts, un outil de régulation du fonctionnement du groupe de société », *RTD com*. 2000, p. 1.

URBAIN-PARLEANI (I.), « Convention de croupier et société en participation », *Rev. soc*. 1999, p. 753.

VAN EECKHOUT (A.), « Intervention lors du colloque la durée et les contrats », *RDC* 2004, p. 188-195 spéc. p. 189.

VATINET (R.), « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ*. 1987, p. 252.

VERKINDT (P.-Y.), « Le contrat de travail, Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 197.

VIGNAL (N.), « La vie du lien contractuel », in *Lamy droit civil, droit des contrats*, 1999.

VILLEY (M.), « Préface historique à l'étude des notions de contrat », *Archives de Philosophie du Droit*, T. XVIII, Sirey, 1968, p. 1.

VINEY (G.), « Exécution de l'obligation, Faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney*, LGDJ, 2001, p. 167.

VOGEL (L.),

- « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D*. 1995, chron. p. 155.
- « Exécution de l'obligation, Faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney*, LGDJ, 2001, p. 167.

VOGEL (L.), VOGEL (J.), « Vers un retour des contrats perpétuels ? Evolution récente du droit de la distribution », *CCC* août-Septembre 1991, p. 1.

WALLINE (J.), « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 965

WEIL (K. G.), « La protection des associés minoritaires en droit allemand des sociétés à responsabilité limitée », *Rev. soc*. 1993, p. 561.

WEILLER (L.), « Processualisation et force obligatoire du contrat », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 157.

WERY (P.), « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Etudes de droit comparé sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney, LGDJ, 2001, p. 205.

WICKER (G.),

- v° La personne morale, in *Rép. soc*., Dalloz, 2008.
- « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Mél. B. Oppetit*, Litec, 2009.
- « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 151.

WINTGEN (R.), « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC* 2006, p. 543.

WHITTAKER (S.), « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 49.

WITZ (C.), « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 175.

IV. Jurisprudence

CJCE

- CJCE, 10 mars 1992, *Bull. Joly soc*. 1992, 768, § 247, note J.-B. Blaise ; *Defr*. 1992, p. 1367, obs ; P. Le Cannu.
-

C. const.

- C. Const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, sur la loi relative au pacte civil de solidarité.

CE

- CE, 30 mars 1916, *S.* 1916, 3, p. 17, concl. J. Chardenet, note M. Hauriou ; *D.* 1916, 3, p. 25, concl. J. Chardenet.
- CE, 12 mars 1976, *AJDA* 1976, p. 552, concl. D. Labetoulle.

Ass. plén.

- Cass. ass. plén., 1er décembre 1995, *Bull. civ*. n° 7, n° 9 ; *D*. 1996, p. 13, concl. M. Jéol, note L. Aynès ; *JCP G* 1996, II, 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; *Defr*. 1996, p. 747, obs. P. Delebecque ; *RTD civ*. 1996, p. 153, obs. J. Mestre.

Mixte

- Cass. mixte, 16 décembre 2005, *Bull. mixte* n° 9 ; *JCP E* 2006, 2035, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *D*. 2006, p. 146, obs. A. Lienhard ; *Dr. soc*. 2006, comm. 36, note F.-X. Lucas.
- Cass. mixte, 26 mai 2006, n° 03- 19376, *Bull. mixte*, n° 4, p. 13 ; *JCP G* 2006, II, 10042, note L. Leveneur ; *JCP G* 2006, I, 176, obs. J. Ghestin ; *D*. 2006, p. 1861, note T. Gautier et D. Mainguy ; *RDC* 2006, 1080, obs. D. Mazeaud ; *Bull. Joly soc*. 2006, p. 1072, note H. Lécuyer ; *RTD civ*. 2007, p. 366, obs. T. Gauthier, *RDC* 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud.

Req.

- Cass. req., 22 août1844, Grasset/Keramelin, *S*. 1845, 1, p. 210.
- Cass. req., 6 janvier 1873, *DP* 1873, 1, p. 116.
- Cass. req., 19 février 1873, *DP* 1873, 1, p. 368.
- Cass. req., 16 juin 1873, *S*. 1873, 1, p. 386.
- Cass. req., 15 mars 1881, *DP* 1882, 1, p. 421.
- Cass. req., 8 janvier 1890, *S*. 1890, 1, p. 516.
- Cass. req., 23 février 1891, *DP* 1891, 1, p. 337, *S*. 1892, 1, p. 73, note E. Meynial.
- Cass. req., 11 novembre 1896, *S*. 1897, 1, p. 231.
- Cass. req., 15 avril 1902, *DP* 1903, 1, p. 38.
- Cass. req., 30 octobre 1911, *D*. 1916, p. 5.

- Cass. req., 10 février 1907, *S*. 1912, 1, p. 217, note J. Perroud.
- Cass. req., 22 décembre 1920, *S*. 1922, 1, p. 369, note R. Morel.
- Cass. req., 2 janvier 1924, *DH* 1924, p. 61, note J. Escarra ; *Journ. soc*. 1925, p. 83, note H. Bosvieux.
- Cass. req., 7 janvier 1925, *DH* 1925, p. 57.
- Cass. req., 19 janvier 1925, *DH* 1925, p. 77.
- Cass. req., 23 novembre 1926, *DH* 1926, p. 561 ; *S.* 1927, p. 81 ; *Gaz. Pal*. 1927, 1, p. 226.
- Cass. req., 13 décembre 1926, *DP* 1928, 1, p. 140.
- Cass. req., 27 avril 1933, *S*. 1933, 1, p. 209, note H. Rousseau.
- Cass. req., 7 décembre 1936, *Gaz. Pal*. 1937, 1, p. 159.

Civ.

- Cass. civ. 4 juillet 1810, *Jur. Gén.* v° Obligations, n° 660.
- Cass. civ., 9 juillet 1834, *D*. 1834, p. 741.
- Cass. civ., 10 mars 1841, Michaud/Mortier, *S*. 1841, 1, p. 358.
- Cass. civ., 2 juillet 1860, *D*. 1860, 1, p. 284.
- Cass. civ. 21 février 1862, *DP* 1862, 1, p. 185.
- Cass. civ., 15 avril 1872, Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault, *DP* 1872, 1, p. 176.
- Cass. civ., 6 mars 1876, De Gallifet c/ Commune de Pelisanne (affaire du Canal de Craponne), *DP* 1876, 1, p. 193, note A. Giboulot.
- Cass. civ., 13 mai 1885, *DP* 1885, 1, p. 350.
- Cass. civ., 14 avril 1891, *GAJC*, 11e éd., n° 176 ; *DP* 1891, 1, p. 329, note M. Planiol.
- Cass. civ., 27 juillet 1892, *DP* 1892, 1, p. 462.
- Cass. civ., 30 mai 1893, *D*. 1893, p. 105, note E. Thaller.
- Cass. civ., 25 janvier 1904, *DP* 1904, 1, p. 601, note G. Gunénée.
- Cass. civ., 28 novembre 1905, *D*. 1909, 1, p. 193.
- Cass. civ., 15 mars 1910, *D*. 1973, p. 30.
- Cass. civ., 10 avril 1929, *DP* 1930, 1, p. 28.
- Cass. civ., 11 mars 1925, *S*. 1926, 1, p. 101.

- Cass. civ., 17 janvier 1933, *S*. 1933, p. 124.
- Cass. civ., 23 juillet 1935, *DP* 1938, 1, p. 16, note A.C. ; *Journ. soc*. 1936, 544, note H. Lecompte .
- Cass. civ., 9 février 1937, *S*., 1937, p. 129, note H. Rousseau ; *DP* 1937, 1, p. 73, note A. Besson.
- Cass. civ., 28 août 1940, *D*. 1940, p. 103.
- Cass. civ., 25 avril 1952, *RTD civ*. 1952, p. 515, obs. J. Carbonnier.

Civ. 1ère

- Cass. civ. 1ère, 20 janvier 1953, *JCP G* 1953, II, 7677, note P. Esmein.
- Cass. civ. 1ère, 12 juin 1954, *D*. 1954, p. 588 ; *JCP G* 1954, II, 8225.
- Cass. civ. 1ère, 4 mai 1957, *Bull. civ*. I, n° 197.
- Cass. civ. 1ère, 14 décembre 1960, *Bull. civ*. I, n° 543.
- Cass. civ. 1ère, 20 octobre 1965, *Bull. civ*. I, p. 562.
- Cass. civ. 1ère, 11 mai 1966, *Bull. civ*. I, n° 281.
- Cass. civ. 1ère, 8 mars 1967, *Bull. civ*., I, n° 93.
- Cass. civ. 1ère, 16 mai 1972, *Bull. civ*. I, n° 127 ; *RTD civ*. 1973, p. 144, note G. Cornu ; *JCP G* 1972, II, 17285, note R. Lindon.
- Cass. civ. 1ère, 15 juin 1973, *Bull. civ*. I, n° 202.
- Cass. civ. 1ère, 3 juillet 1973, *Bull. civ*. I, n° 228 ; *RTD com*. 1974, p. 549, n° 5, note R. Saint-Alary.
- Cass. civ. 1ère, 19 décembre 1973, *Bull. civ*. I, n° 360.
- Cass. civ. 1ère, 12 octobre 1976, *Rev. soc*. 1977, p. 525, note C. Atias.
- Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1976, *Bull. civ*. I, n° 335 ; *Rev. soc*. 1977, p. 285, note C. Atias.
- Cass. civ. 1ère, 27 avril 1978, *Bull. civ*. I, n° 161, *Rev. soc*. 1978, p. 772, note C. Atias.
- Cass. civ. 1ère, 14 mars 1979, *Bull. civ*. I, n° 92.
- Cass. civ. 1ère, 13 juin 1979, *Bull. civ*. I, n° 176.
- Cass. civ. 1ère, 24 février 1981, *Bull. civ*. I, n° 65 ; *D*. 1982, p. 479, obs. D. Martin.
- Cass. civ. 1ère, 9 novembre 1981, *Bull. civ*. I, n° 322 ; *RTD civ*. 1982, p. 601, obs. F. Chabas.

- Cass. civ. 1ère, 11 mai 1982, *Gaz. Pal*. 1982, 2, p. 612, note F. Chabas.
- Cass. civ. 1ère, 22 juin 1982, *Bull. civ*. I, n° 234 ; *D*. 1983, p. 87, note P.-G. Gourlay.
- Cass. civ. 1ère, 26 octobre 1983, *Bull. civ*. I, n° 249, *RTD civ*. 1945, p. 160, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 1ère, 3 janvier 1985, *Bull. civ*. I, n° 4 ; *D*. 1985, IR p. 370.
- Cass. civ.1ère, 5 février 1985, *Bull. civ*. I, n° 54.
- Cass. civ. 1ère, 18 février 1985, *Bull. civ*. I, n° 91.
- Cass. civ. 1ère, 27 février 1985, *Bull. civ*. I, n° 81 ; *Bull. Joly soc*. 1985, § 289, p. 624 ; *Rev. soc.* 1985, p. 620, obs. M. Jeantin.
- Cass. civ. 1ère, 19 novembre 1985, *Bull. civ*. I, n° 305.
- Cass. civ. 1ère, 15 avril 1986, *Bull. civ*. I, n° 84 ; *RTD civ*. 1987, p. 315, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 1ère, 25 novembre 1986, *Bull. civ*. I, n° 79 ; *RTD civ*. 1987, p. 313, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 1ère, 24 février 1987, *Bull. civ*. I, n° 70 ; *D*. 1988, p. 97, note E. Edelman.
- Cass. civ. 1ère, 4 octobre 1988, *Bull. civ*. I, n° 271 ; *Rev. soc*. 1989, p. 62, note Y. Guyon.
- Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1988, *Bull. civ*. I, n° 313 ; *Rev. soc*. 1989, p. 473, note Y. Chartier ; *RTD com*. 1989, p. 86, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; *Defr*. 1989, art. 34518, n° 2, p. 553, obs. J. Honorat.
- Cass. civ. 1ère, 15 novembre 1988, *Bull. civ*. I, n° 321 ; *Gaz. Pal*. 1988, 2, p. 361.
- Cass. civ. 1ère, 31 janvier 1989, *JCP G* II, 21294, note J.-F. Barbiéri.
- Cass. civ. 1ère, 29 mars 1989, *Bull. civ*. I, n° 141.
- Cass. civ. 1ère, 2 mai 1990, pourvoi n° 87-19106 ; *Rev. banque* 1990, p. 1097, obs. J.-L. Rives-Lange ; *RJC* 1990, p. 432, note D. Schmidt ; *RTD civ*. 1991, p. 111, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 1ère, 22 janvier 1991, *Bull. civ*. I, n° 27 ; *Rev. soc*. 1991, p. 389, obs. Y. Guyon.
- Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, *Bull. civ*. I, n° 153 ; *JCP G* 1991, II, 21763, note G Paisant ; *RTD civ*. 1991, p. 526, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 1ère, 16 juin 1993, *Bull. civ*. I, n° 222 ; *Rev. soc*. 1994, p. 295, note Y. Chartier ; *Dr. soc*. 1994, comm. 156, obs. T. Bonneau ; *RTD com*. 1994, p. 71, n° 4, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.
- Cass. civ. 1ère, 18 mai 1994, pourvoi n° 93-15771 ; *Bull. Joly soc.* 1994, p. 842, note C. Prieto.

- Cass. civ. 1ère, 22 novembre 1994, pourvoi n° 92-21792 ; *Bull. Joly soc*. 1995, § 44, p. 169, note B. Saintourens.
- Cass. civ. 1ère, 29 novembre 1994 (2 arrêts), *Bull. civ*. I, n° 348 ; *D*. 1995, p. 122, note L. Aynès ; *JCP G* 1995, II, 22371, note J. Ghestin ; *RTD civ*. 1995, p. 358, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 1ère, 4 janvier 1995, *Bull. civ*. I, n° 12 ; *Rev. soc*. 1995, p. 525, note M. Jeantin ; *Dr. soc*. 1995, comm. 70, obs. T. Bonneau.
- Cass. civ. 1ère, 14 mars 1995, *Bull. civ*. I, n° 127 ; *RJDA* 1995, p. 584.
- Cass. civ. 1ère, 4 avril 1995, *Bull. civ*. I, n° 162 ; *Rev. soc*. 1996, p. 309, note B. Saintourens.
- Cass. civ. 1ère, 23 janvier 1996, *Bull. civ*. I, n° 36 ; *D*. 1997, p. 571, note P. Soustelle.
- Cass. civ. 1ère, 16 avril 1996, *Bull. civ*. I, n° 179.
- Cass. civ. 1ère, 3 juillet 1996, *Defr*. 1996, n° 17, p. 1015.
- Cass. civ. 1ère, 8 octobre 1996, *Bull. civ*. I, n° 345.
- Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, *Bull. civ*. I, n° 375 ; *Bull. Joly soc*. 1997, p. 131, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 1997, p. 467, obs. C. Champaud et D. Danet.
- Cass. civ. 1ère, 22 avril 1997, *Bull. civ*. I, n° 120 ; *Dr. soc*. 1997, comm. 98, note T. Bonneau ; *Rev. soc*. 1997, p. 550, note Y. Guyon.
- Cass. civ. 1ère, 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-14285 ; *Defr*. 1998, art. 36860, p. 1040, obs. D. Mazeaud.
- Cass. civ. 1ère, 13 janvier 1998, Hamamouche es qual. c/ société Ardi et a., *Bull. civ*. I, n° 8.
- Cass. civ. 1ère, 27 janvier 1998, *Bull. civ*. I, n° 36 ; *Bull. Joly soc*. 1998, §174, p. 538, note J.-P. Garçon ; *RTD com*. 1998, p. 625, note M.-H. Monsérié ; *Rev. soc*. 1998, p. 321, note Y. Chartier.
- Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1998, *Bull. civ*. I, n° 300 ; *D*. 1999, 197, note C. Jamin ; *D*. 1999, Somm. 115, obs. P. Delebecque ; *Defr*. 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud ; *RTD. civ*. 1999, p. 394, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 1ère, 15 juillet 1999, *Bull. civ*. I, n° 245 ; *Bull. Joly soc*., 1999, § 261, note A. Couret.
- Cass. civ. 1ère, 18 janvier 2000, *Bull. civ*. I, n° 10 ; *Bull. Joly soc*. 2000 p. 560, § 123, note J. Cathelineau ; *Dr. soc*. 2000, comm. 116, obs. T. Bonneau.

- Cass. civ. 1ère, 28 mars 2000, *Bull. civ*. I, n° 109.
- Cass. civ. 1ère, 3 mai 2000, *Bull. civ*. I, n° 131 ; *D*. 2002. somm. p. 928, obs. O. Tournafond.
- Cass. civ. 1ère, 27 juin 2000, *Bull. civ*. I, n° 196.
- Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2000, *D*. 2001, p. 1137, note D. Mazeaud.
- Cass. civ. 1ère, 13 février 2001, *Bull. civ*. I, n° 31.
- Cass. civ. 1ère, 20 février 2001, *Bull. civ*. I, n° 40 ; *D*. 2001, p. 1568, note C. Jamin ; *D*. 2001, Somm. 3239, obs. *D*. Mazeaud ; *Defr*. 2001, p. 705, obs. E. Savaux ; *RTD civ*. 2001, p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. civ. 1ère, 19 mars 2002, *Bull. civ*. I, n° 95 ; *Rev. soc*. 2002, p. 333, obs. Y. Guyon.
- Cass. civ. 1ère, 13 mai 2003, pourvoi n° 00-17631 ; *Bull. Joly soc*. 2003, p. 1064, § 224, note J.-J. Barbiéri.
- Cass. civ. 1ère, 28 octobre 2003, *Bull. civ*. I, n° 211 ; *JCP G* 2004, II, 10108, note C. Lachièze, *Defr*. 2004, 378, obs. R. Libchaber, *RTD civ*. 2004, p. 89, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, 273, obs. L. Aynès ; *RDC* 2004, p. 277, obs. D. Mazeaud
- Cass. civ. 1ère 16 mars 2004, *Bull. civ*. I, n° 83 ; *Bull. Joly soc*. 2004, p. 1109, § 217, note E. Garaud ; *Dr. soc.* 2004, comm. 121, obs. F.-X. Lucas, *RDC* 2004, p. 1012, obs. F.-X. Lucas.
- Cass. civ. 1ère, 12 mai 2004, pourvoi n° 03-13847 ; *RDC* 2004, p. 924, obs. D. Mazeaud.
- Cass. civ. 1ère, 30 juin 2004, *Bull. civ*. I, n° 190 ; *D*. 2005, jurisp. p. 1828, note D. Mazeaud ; *RTD civ*. 2004, p. 749, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ*. 2004, p. 126, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, p. 275, obs. P. Stoffel-Munck.
- Cass. civ. 1ère, 7 décembre 2004, pourvoi n° 01-10271, *RDC* 2005, n° 3, p. 681, note D. Mazeaud.
- Cass. civ. 1ère, 14 décembre 2004, *Bull. civ*. I, n° 308 ; *Dr. soc*. 2005, comm. 43, obs. F.-X. Lucas.
- Cass. civ. 1ère, 14 décembre 2004, *Bull civ*. I n° 326 ; *JCP G* 2005, I, 141 n° 1 obs. Y.-M. Serinet ; *RTD civ*. 2005, p. 72 obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. civ. 1ère, 13 décembre 2005, *Bull. civ*. I, n° 502 ; *Rev. soc*. 2006, p. 555, note B. Saintourens.

- Cass. civ. 1ère, 21 février 2006, *Bull. civ*. I, n° 82 ; *CCC* 2006, comm. p. 99, note L. Leveneur.
- Cass. civ. 1ère, 3 mai 2006, pourvoi n° 06-16698.
- Cass. 1ère civ., 16 mai 2006, pourvoi n° 03-10328, *LPA*, 12 juillet 2006, p. 18, note C. Boismain.
- Cass. civ. 1ère, 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-14630.
- Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2007, *Bull. civ.* I, n° 19.
- Cass. civ. 1ère, 29 janvier 2007, *Dr. soc.* 2008, comm. 13, note J. Monnet.
- Cass. civ. 1ère, 10 septembre 2007, *Dr. soc*. 2008, comm. 45, note M.-L. Coquelet.
- Cass. civ. 1ère, 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-12920, *Dr. soc.* 2009, comm. 25, note R. Mortier.

Civ. 2e

- Cass. civ. 2e, 1er juin 1961, *Bull. civ*. II, n° 403, p. 291.
- Cass. civ. 2e, 5 juin 1996, *Dr. soc*. 1996, comm. 161, note T. Bonneau.

Civ. 3e

- Cass. civ. 3e, 6 février 1969, *Bull. civ*. III, n° 115.
- Cass. civ. 3e, 4 novembre 1971, *Bull. civ*. III, n° 534.
- Cass. civ. 3e, 3 décembre 1970, *Bull. civ*. III, n° 663.
- Cass. civ. 3e, 3 avril 1973, *Bull. civ*. III, n° 249.
- Cass. civ. 3e, 27 juin 1973, *Bull. civ*. III, n° 446.
- Cass. civ. 3e, 22 avril 1976, *Bull. civ*. III, n° 165.
- Cass. civ. 3e, 15 février 1978, *Bull. civ*. III, n° 85.
- Cass. civ. 3e, 9 décembre 1980, *Bull. civ*. III, n° 191.
- Cass. civ 3e, 17 novembre 1981, *Bull. Joly soc.* 1982, p.57 ; *RTD com*. 1982, p. 100, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.
- Cass. civ. 3e, 26 octobre 1982, *Gaz. Pal*. 1983, 1, pan. p. 156, note J. Dupichot.
- Cass. civ. 3e, 22 mars 1983, *Bull. civ*. III, n° 84 ; *Defr*. 1984, p. 296, obs. J.-L. Aubert.
- Cass. civ. 3e, 13 décembre 1983, *Bull. Joly soc*. 1984, p. 294.
- Cass. civ. 3e, 17 janvier 1984, Abou, *RTD civ*. 1984, p. 711, obs. J. Mestre.

- Cass. civ. 3e, 29 avril 1985, *Bull. civ*. III, n° 71.
- Cass. civ. 3e, 26 juin 1985, *Rev. soc*. 1987, p. 270, note B. Bouloc ; *JCP N* 1987, 312, obs. D. Sizaire.
- Cass. civ. 3e, 17 juillet 1986, *Bull. civ*. III, n° 115 ; *Rev. loyers* 1986, p. 433.
- Cass. civ. 3e, 29 avril 1987, *Bull. civ*. III, n° 93 ; *RTD civ*. 1988, p. 536, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 3e, 22 juillet 1987, *Bull. civ*. III, n° 151.
- Cass. civ. 3e, 7 décembre 1988, *Bull. civ*. III, n° 176.
- Cass. civ. 3e, 11 octobre 1989, *JCP G* 1991, II, 21691, note P. Dubois.
- Cass. civ. 3e, 15 décembre 1993, *Bull. civ*. III, n° 174.
- Cass. civ. 3e, 12 octobre 1994, *Bull civ*. III, n° 178.
- Cass. civ. 3e, 8 octobre 1997, Bull. civ. III, n° 191 ; *D*. 1998, p. 139, note D. Gibirila.
- Cass. civ. 3e, 8 octobre 1997, *Bull. civ*. III, n° 192 ; *Dr. soc*. 1998, comm. 20, obs. T. Bonneau.
- Cass. civ. 3e, 3 décembre 1997, *Bull. civ*. III, n° 214.
- Cass. civ. 3e, 9 décembre 1998, *Bull. civ*. III, n° 243 ; *JCP N* 1999, n° 17, p. 725 ; *D. aff*. 1999, p. 298, n° 13, note M. B.
- Cass. civ. 3e, 19 juillet 2000, *Juris-Data* n° 003015 ; *Dr. soc*. 2000, comm. 170, note F.-X. Lucas.
- Cass. civ. 3e, 9 juillet 2003, *Bull. civ*. III, n° 152.
- Cass. civ. 3e, 24 septembre 2003, pourvoi n° 02-13039 ; *Dr. soc*. 2004, comm. 21, note F.-X. Lucas.
- Cass. civ. 3e, 24 septembre 2003, *Bull. civ*. III, n° 161, *CCC* 2003, n° 174, obs. L. Leveneur ; *RTD civ*. 2003, p. 707, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. civ. 3e, 10 décembre 2003, pourvoi n° 02-14.990, inédit.
- Cass. civ. 3e, 31 mars 2005, *Bull. civ*. III, n° 81 ; *JCP G* 2005, I, 194, n° 6, obs. Y.-M. Serinet.
- Cass. civ. 3e, 11 mai 2005, *Bull. civ*. III, n° 103 ; *RTD civ*. 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2005, comm. n° 187, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2006, p. 323, obs. D. Mazeaud.

- Cass. civ. 3e, 28 septembre 2005, *Bull. civ*. III, n° 180 ; *D*. 2006, pan. p. 2645 ; *JCP G* 2006, II, 10010, note C. Noblot ; *RTD civ*. 2006, p. 129, note P. Jourdain ; *RDC* 2006, p. 818, obs. G. Viney.
- Cass. civ. 3e, 17 janvier 2007 ; *Bull. civ*. III, n° 5 ; *D*. 2007, p. 1051, note D. Mazeaud.
- Cass. civ. 3e, 31 janvier 2007, pourvoi n° 05-21071, *Bull. civ*. III, n° 16.
- Cass. civ. 3e, 14 février 2007, pourvoi n° 05-21814, *Bull. civ*. III, n° 25 ; *JCP E* 2007, 1615, p. 30, note H. Lécuyer ; *RDC* 2007, p. 741, note G. Viney.
- Cass. civ. 3e, 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11721, *Bull. Joly soc*. 2008, p. 852, note R. Libchaber ; *RTDF*, n° 2-2008, p. 66, obs. J.-F. Louit et V. Lacarelle ; *JCP G* 2008, n° 49, p. 19, obs. A. Constantin ; *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13, note A. Lebois.
- Cass. civ. 3e, 18 mars 2009, pourvoi n° 07-21260, *RTD civ*. 2009, p. 528, obs. B. Fages.
- Cass. civ. 3e, 25 mars 2009, *Bull. civ*. III, n° 67 ; *RDC* 2009, p. 1004, obs. T. Genicon ; *Defr*. 2009, 1, 2319, art. 39040, n° 1, obs. E. Savaux.
- Cass. civ. 3e, 20 octobre 2010, *JCP G* 2011, 63, n°4 obs. Y.-M. Serinet ; *RDC* 2011, p. 401, obs. C. Grimaldi et, 412, obs. Y.-M. Laithier.
- Cass. civ. 3e, 16 mars 2011, *Bull. civ*. III, n° 36, *JCP G* 2011, 953, obs. J. Ghestin, *D*. 2012, pan. 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki.
- Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, *Bull. civ*. III, n° 77 ; *D*. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud et p. 1460, note D. Mainguy ; *D*. 2011, édito, p. 1273, obs. F. Rome.
- Cass. civ. 3e, 3 novembre 2011, *Bull. civ*. III, n° 178.

Com.

- Cass. com., 28 novembre 1950, *D*. 1951, p. 109, note G. Ripert.
- Cass. com. 24 avril 1952, *Bull. civ*. IV, n° 164.
- Cass. com., 22 octobre 1956, pourvoi n° 56-10550 ; *JCP G* 1956, II, 9678, note D. Bastian.
- Cass. com., 6 février 1957, *Bull. civ*. IV, n° 48 ; *JCP G* 1957, II, 10325, note D. Bastian.
- Cass. com., 11 mai 1960, *D*. 1960, somm. p. 131.
- Cass. com., 18 avril 1961, *Bull. civ*. IV, n° 175 ; *D*. 1961, p. 661, *JCP G* 1961, II, 12164, note D. B.
- Cass. com., 30 janvier 1963, *Bull. civ*. IV, n° 77 ; *JCP G* 1963, II, 13117, obs. R. Rodière.

- Cass. com., 30 janvier 1967, *JCP G* 1967, II, 15215, note PL ; *RTD com*. 1968, p. 361, obs. C. Champaud ; *Gaz. Pal*. 1967, 1, jurisp. p. 172.
- Cass. com., 12 décembre 1967, *Bull. civ*. IV, n° 411 ; *JCP G* 1968, II, 15334, obs. J. Hémard.
- Cass. com., 12 février 1968, *Bull. civ*. IV, n° 68, p. 59.
- Cass. com. 3 juillet 1968, *Bull. civ*. IV, n° 220.
- Cass. com. 18 décembre 1968, *Bull. civ*. IV, n° 370.
- Cass. com., 7 janvier 1969, *Bull. civ*. IV, n° 7 ; *JCP G* 1969, II, 15983, obs. P. Nectoux.
- Cass. com., 16 février 1970, *Bull. civ*. IV, n° 59, *Rev. soc*. 1970, p. 653, note B. Bouloc.
- Cass. com., 13 mai 1970, *Bull. civ*. IV, n° 161.
- Cass. com., 27 octobre 1970, pourvoi n° 69-12583 ; *RTD com*. 1971, p. 420, obs. J. Hémard.
- Cass. com., 29 mai 1972, *Bull. civ*. IV, n° 164 ; *Bull. Joly soc*. 1972, p. 563.
- Cass. com., 26 juin 1972, *Bull. civ*. IV, n° 205, p. 198.
- Cass. com., 8 novembre 1972, *Bull. civ*. IV, n° 278, *D*. 1973, p. 753, note P. Malaurie, *Gaz. Pal*. 1973, 1, p. 143, note D. Martin.
- Cass. com. 18 juin 1973, *Bull. civ*. IV, n° 211.
- Cass. com., 4 mars 1974, *Bull. Joly soc*. 1974, p. 346.
- Cass. com., 21 octobre 1974, *Bull. civ*. IV, n° 257 ; *RJC* 1975, p. 387, note Y. Chartier.
- Cass. com., 3 mars 1975, *Bull. civ*. IV, n° 68 ; *Rev. soc*. 1975, p. 454, note D. Randoux ; *RTD com*. 1976, p. 111, obs. C. Champaud.
- Cass. com., 9 mars 1976, *Bull. civ*. IV, n° 89 ; *D*. 1976, p. 388.
- Cass. com., 22 avril 1976, *Gaz. Pal*. 1977, doct. p. 157, note M. Germain, *RJC* 1977, p. 93, note P. Merle, *Rev. soc*. 1976, p. 479, note D. Schmidt.
- Cass. com., 17 mai 1976, *Bull. civ*. IV, n° 166.
- Cass. com, 28 février 1977, *Bull. civ*. IV, n° 65, *Rev. soc*. 1978, p. 245, note J.-P. Gastaud.
- Cass. com., 21 juin 1977, 2 arrêts, *Bull. civ*. IV, n° 178 et 179, p. 153.
- Cass. com., 30 mai 1980, *Bull. civ*. IV, n° 223 ; *Rev. soc*. 1981, p. 311, note D. Schmidt.
- Cass. com., 9 décembre 1980, *Bull. civ*. IV, n° 420 ; *Rev. soc*. 1981, p. 781, note J.-C. Bousquet.
- Cass. com., 27 mai 1981, *Bull. civ*. IV, n° 252.

- Cass. com. 9 juin 1981, *IR*, p. 486.
- Cass. com, 8 février 1982, *Bull. Joly soc*. 1982, p. 970.
- Cass. com., 15 avril 1982, *Bull. civ*. IV, n° 122 ; *Rev. soc*. 1983, p. 343, note J. Hémard.
- Cass. com., 26 avril 1982, *Bull. civ*. IV, n° 136 ; *Rev. soc*. 1984, p. 93, obs. J.-L. Sibon.
- Cass. com., 18 mai 1982, pourvoi n° 80-12209 ; *Rev. soc*. 1982, p. 804, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 30 novembre 1982, *Bull. civ*. IV, n° 383.
- Cass. com., 30 novembre 1983, pourvoi n° 82-13323, *Bull. civ*. IV, n° 337 ; *RTD civ*. 1985, p. 166, obs. J. Mestre, *RTD com*. 1985, p. 149, obs. J. Hémard et B. Bouloc.
- Cass. com., 26 avril 1984, *Bull. civ*. IV, n° 137 ; *Rev. soc*. 1985, p. 411, note J. Mestre ; *Les grandes décisions de la jurisprudence*, *Les sociétés*, PUF, Thémis, J. Mestre et Y. Chartier, 1988, p. 43.
- Cass. com., 3 juillet 1984, *Bull. civ*. IV, n° 210 ; *Rev. soc*. 1985, p. 628, note P. Didier.
- Cass. com., 5 juillet 1984, *JCP G* 1985, II, 20409, note E.-M. Bey.
- Cass. com., 23 avril 1985, *Bull. civ*. IV, n° 123.
- Cass. com., 3 décembre 1985, *D*. 1986, IR 342 obs. Y. Serra, *RTD civ*. 1986, p. 746, n°6, obs. J. Mestre.
- Cass. com., 20 mai 1986, *Bull. civ*. IV, n° 95 ; *Rev. soc*. 1986, p. 587, note D. Randoux.
- Cass. com., 3 juin 1986, *Bull. civ*. IV, n° 116 ; *Rev. soc*. 1986, p. 585, obs. Y. Guyon.
- Cass. com., 23 janvier 1987, *Bull. civ*. IV, n° 160.
- Cass. com., 2 juin 1987, *Bull. civ*. IV, n° 133.
- Cass. com., 19 avril 1988, *Bull. civ*. IV, n° 135 ; *Bull. Joly soc*. 1988, p. 485, note P. Le Cannu.
- Cass. com. 7 mars 1989, aff. Schwich et Baizeau, *Bull. civ*. IV, n° 79 ; *JCP E*, II, 15617, note Y. Reinhard.
- Cass. com., 7 mars 1989, *Bull. civ*. IV, n° 81 ; *Bull. Joly soc*. 1989, p. 442 ; *Rev. soc*. 1989, p. 473, note Y. Chartier.
- Cass. com., 27 juin 1989, *Bull. civ*. IV, n° 209 ; *Bull. Joly soc*. 1989, p. 815, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 14 novembre 1989, *Bull. civ*. IV, n° 286.
- Cass. com., 21 novembre 1989, pourvoi n° 87-15332 ; *Bull. Joly soc*. 1990, p. 91, § 18, note P. L. C.

- Cass. com., 27 mars 1990, pourvoi n° 88-13967, *Bull. civ*. IV, n° 90.
- Cass. com., 6 juin 1990, *Bull. civ*. IV, n° 171 ; *Rev. soc*. 1990, p. 607, obs. Y. Chartier.
- Cass. com., 15 janvier 1991, *Bull. civ*. IV, n° 27 ; *Rev. soc*. 1996, p. 793, note L. Godon ; *RTD com*. 1996, p. 487, note B. Petit et Y. Reinhard.
- Cass. com., 22 janvier 1991, *Bull. civ*. IV, n° 39.
- Cass. com., 6 mai 1991, *Bull. civ*. IV, n° 151.
- Cass. com., 7 janvier 1992, *Bull. civ*. IV, n° 3 ; *D*. 1992, Somm. p. 278, obs. L. Aynès ; *JCP G* 1992, I, 3591, n° 17, obs. C. Jamin ; *RTD civ*. 1992, p. 762, obs. J. Mestre.
- Cass. com., 14 janvier 1992, *Bull. civ*. IV, n° 19.
- Cass. com., 25 février 1992, *Bull. civ*. IV, n° 97 ; *Bull. Joly soc*. 1992, p. 519, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 21 avril 1992, pourvoi n° 90-20451 ; *RJDA* 1992, n° 824 ; *Bull. Joly soc*. 1992, note A. Cuisance.
- Cass. com. 16 juin 1992, pourvoi n° 90-18441 ; *Dr. soc*. 1992, comm. 177, note T. Bonneau.
- Cass. com., 7 juillet 1992, *Bull. civ*. IV, n° 265.
- Cass. com., 15 juillet 1992, *Bull. civ*. IV, n° 279 ; *Rev. soc*. 1993, p. 400, note P. Merle, *D*. 1993, p. 279, note H. Le Diascorn, *RTD com*. 1993, p. 112, note Y. Reinhard, *Bull. Joly soc*. 1992, p. 1083, § 353, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 3 novembre 1992, Société française des pétroles BP c/ Michel Huard ; *Bull. civ*. IV, n° 338 ; *JCP G* 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; *Defr*. 1993, p. 1377, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ*. 1993, p. 124, note J. Mestre.
- Cass. com., 9 mars 1993, Flandin, *Bull. civ*. IV, n° 101 ; *Rev. soc*. 1993, p. 403, note P. Merle ; *D*. 1993, p. 363, note Y. Guyon ; *JCP G* 1993, II, 22107, note Y. Paclot ;
- Cass. com., 22 juin 1993, *Bull. civ*. IV, n° 257.
- Cass. com., 26 octobre 1993, *RJDA* 1994, n° 240.
- Cass. com., 15 février 1994, pourvoi n° 92-13325, *Bull. civ*. IV, n° 65, p. 49.
- Cass. com., 5 avril 1994, *Bull. civ*. IV, n° 149 ; *CCC* 1994, n° 159, obs. L. Leveneur ; *RTD civ*. 1994, p. 603, obs. J. Mestre
- Cass. com., 26 avril 1994, SA Gimenez Frères, *Bull. civ*. IV, n° 157 ; *Bull. Joly soc*. 1994, p. 813, § 218, note P. Le Cannu.

- Cass. com., 17 mai 1994, *Bull. civ*. IV, n° 183 ; *Rev. soc*. 1994, p. 485, note S. Dana-Démaret.
- Cass. com., 24 mai 1994, *Bull. Joly soc*. 1994, § 211, p. 789.
- Cass. com., 31 mai 1994, *Bull. civ*. IV, n° 194.
- Cass. com., 4 octobre 1994, *Bull. civ*. IV, n° 278 ; *Dr. soc*. 1994, comm. 207, obs. H. Le Nabasque.
- Cass. com., 13 décembre 1994, *Bull. Joly soc*. 1995, p. 152, note P. Le Cannu ; *JCP E* 1995, II, 705, note Y. Paclot ; *Rev. soc*. 1995, p. 298, note D. Randoux.
- Cass. com., 28 février 1995, *Bull. civ*. IV, n° 63 ; *RTD civ*. 1995, p. 885, obs. J. Mestre.
- Cass. com., 13 juin 1995, pourvoi n° 92-21843 ; *RJDA* 1995, n° 1481.
- Cass. com., 13 février 1996, *Bull. civ*. IV, n° 49 ; *D*. 1997, p. 108, note D. Gibirila ; *Dr. soc*. 1996, comm. 95, note T. Bonneau ; *Bull. Joly soc*. 1996, p. 498, note J.-J. Daigre ; *Rev. soc*. 1996, p. 563, note J. Honorat.
- Cass. com., 12 mars 1996, *Bull. civ*. IV, n° 86 ; *Bull. Joly soc*. 1996, § 207, p. 584, note J.-J. Daigre.
- Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ*. IV, n° 94 ; *Rev. soc*. 1996, p. 793, note L. Godon ; *JCP G* 1996, I, 3980, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly soc*. 1996, p. 604, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 1996, p. 487, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; *Dr. soc*. 1996, comm. 122, obs. T. Bonneau.
- Cass. com., 2 juillet 1996, *Bull. civ*. IV, n° 198, *JCP G* 1996, I, 3983, n° 14, obs. C. Jamin.
- Cass. com., 22 octobre 1996, *Bull. civ*. IV, n° 261 ; *D*. 1998, p. 511, note D. Arlié ; *JCP G* 1997, II, 22881, note D. Cohen.
- Cass. com., 12 novembre 1996, *RJDA* 1996, n° 343.
- Cass. com., 21 janvier 1997, *Bull. civ*. IV, n° 26 ; *Rev. soc*. 1997, p. 527, note B. Saintourens ; *Bull. Joly soc*. 1997, p. 312, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ*. IV, n° 117 et n° 118 ; D. 1997, p. 588, note M. Billiau et C. Jamin ; *Defr*. 1997, art. 36633, p. 976, note D. Mazeaud ; *CCC* 1997, n° 146, obs. L. Leveneur ; *RTD civ*. 1997, p. 936, obs. J. Mestre.
- Cass. com., 3 juin 1997, *Bull. civ*. IV, n° 171, *D*. 1998, somm. 113, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ*. 1997, p. 935, obs. J. Mestre.

- Cass. com., 24 juin 1997, *Bull. civ*. IV, n° 207 ; *JCP E* 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; *Dr. soc*. 1997, comm. 138, note T. Bonneau.
- Cass. com., 21 octobre 1997, *Bull. civ*. IV, n° 280 et 281 ; *Rev. soc*. 1998, p. 99, note B. Saintourens ; *Dr. soc*. 1998, comm. 1, note T. Bonneau ; *Bull. Joly soc*. 1998, p. 40, §10, note P. Le Cannu ; *JCP G* 1998, II, 10047, note D. Velardocchio ; *D. aff*. 1997, p. 1474, note M. Boizard ; *RTD com*. 1998, p. 169, obs. B. Petit et Y. Reinhard.
- Cass. com., 20 janvier 1998, *Bull. civ*. IV, n° 40 ; *CCC* 1998, comm. n° 56, obs. L. Leveneur ; *D*. 1998, p. 413, note C. Jamin.
- Cass. com., 5 mai 1998, *Bull. civ*. IV, n° 149 ; *Rev. soc*. 1999, p. 344, note M. Boizard.
- Cass. com., 20 octobre 1998, *RJDA* 1999, p. 437, obs. C. Champaud et D. Danet.
- Cass. com., 27 octobre 1998, *Bull. civ*. IV, n° 256.
- Cass. com., 24 novembre 1998, M. Chevassus Marche c/ sociétés Groupe Danone, Brasseries Kronenbourg et Eaux minérales d'Evian, *Bull. civ*. IV n° 277 ; *JCP E* 1999, n° 29, p. 1242, note C. Jamin ; *JCP G* 1999, n° 48, p. 2151, note Y. Picod.
- Cass. com., 4 décembre 1998, *Rev. soc*. 1999, p. 350, note D. Randoux.
- Cass. com. 9 février 1999, Château d'yquem, *Bull. civ*. IV, n° 44 ; *D. aff*. 1999, p. 593, note M. B ; *Defr*. 1999, p. 625, note H. Hovasse.
- Cass. com., 19 octobre 1999, *Rev. soc*. 2000, p. 294, note L. Godon ; *Bull. Joly soc*. 2000, p. 70, note A. Couret.
- Cass. com., 23 mai 2000, pourvoi n° 97-10553 ; *RTD civ*. 2001, p. 137, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. Com., 10 octobre 2000, pourvoi n° 98-10236 ; *Bull. Joly soc*. 2001, § 49, note P. Scholer.
- Cass. com., 30 octobre 2000, pourvoi n° 98-11224, *D*. 2001, p. 3241, note D. Mazeaud.
- Cass. com., 13 février 2001, pourvoi n° 98-13059 ; *Droit et patr*. octobre 2001, p. 100, obs. D. Poracchia.
- Cass. com., 25 avril 2001, pourvoi n° 98-22199 ; *D*. 2001, somm. comm. p. 3238, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ*. 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. com., 20 novembre 2001, *Bull. civ*. IV, n° 186 ; *JCP G* 2002, II, 10092, note D. Ammar.

- Cass. com., 9 avril 2002, pourvoi n° 99-15532 ; *RTD civ.* 2002, p. 811, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. com., 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-21172 ; *D.* 2002, jurisp. p. 1974, note P. Stoffel-Munck ; *D.* 2002, somm. p. 2841, note D. Mazeaud.
- Cass. com., 9 avril 2002, *JCP G* 2003, II, 10067, note J.-M. Tang.
- Cass. com., 18 juin 2002, *Bull. civ.* IV, n° 108 ; *Bull. Joly soc.* 2001, n° 11, p. 1197, note L. Godon.
- Cass. com., 18 juin 2002, pourvoi n° 98-21967.
- Cass. com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-20646, *Bull. civ.* IV, n° 171, p. 188 ; *JCP E* 2004, 337, p. 380, note A. Viandier *; JCP E* 2004, 17, p. 665, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *Rev. soc.* 2004, p. 97, note B. Saintourens ; *RJDA* 2004, n° 583, p. 538 ; *Bull. Joly soc.* 2004, p. 413, note H. Le Nabasque ; *D.* 2004, p. 2927, Obs. J.-C. Hallouin ; *RTD com.* 2004, p. 314, Obs. C. Champaud et D. Danet.
- Cass. com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 00-11692 ; *Bull. Joly soc.* 2004, p. 509, note H. Le Nabasque.
- Cass. com., 9 juin 2004, *Bull. civ.* IV, n° 81.
- Cass. com., 5 octobre 2004, *Bull. civ.* IV, n° 181 ; *RDC* 2005, p. 288, obs. P. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2005, p. 125, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. com., 30 novembre 2004, *Bull. Joly soc.* 2005, p. 241, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 14 décembre 2004, *RJDA* 2005, n° 387.
- Cass. com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 00-22.457.
- Cass. com, 8 février 2005, *Bull. civ.* IV, n° 21 ; *RDC* 2005, p. 684, note D. Mazeaud.
- Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 47 ; *D.* 2005, p. 839, obs. A. Lienhard ; *Rev. soc.* 2005, p. 618, note D. Randoux ; *RTD com.* 2005, p. 599, obs. A. Martin-Serf ; *Bull. Joly soc.* 2005, p. 995, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 14 juin 2005, *Bull. civ.* IV, n° 129 ; *RJDA* 2005, n° 1123, p. 976 ; *Bull. Joly soc.* 2005, § 307, p. 1412, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 2005, p. 782, obs. M.-H. Monsèrié-Bon.
- Cass. com., 10 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n° 120 ; *Bull. Joly soc.* 2006, p. 1154, note J.-J. Daigre.
- Cass. com., 30 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n° 132, *D.* 2006, p. 2288, note D. Mazeaud.

- Cass. com., 11 juillet 2006, *Bull. civ*. IV, n° 182 ; *Bull. Joly soc*. 2007, p. 138, note J.-F. Barbiéri ; *RTD com*. 2006, p. 846, note C. Champaud et D. Danet.
- Cass. com., 19 décembre 2006, *Bull. civ*. IV, n° 268, *LPA*, 20 juillet 2007, n° 145, note M. Cauvin.
- Cass. com., 6 février 2007, pourvoi n° 05-19008, *Bull. Joly soc*. 2007, p. 690, note P. Scholer.
- Cass. com., 20 mars 2007, *Bull. civ*. IV, n° 97 ; *Dr. soc*. 2007, comm. 87, note H. Lécuyer.
- Cass. com., 19 juin 2007, pourvoi n° 05-20.486.
- Cass. com., 5 juin 2007, *Bull. civ*. IV, n° 157 ; *JCP G* 2007, II, 10145, note D. Houtcieff.
- Cass. com., 10 juillet 2007, *Bull. civ*. IV, n° 188 ; *Bull. Joly soc*. 2007, p. 1187, note A. Couret ; *D*. 2007, 2844, note P.-Y. Gautier, *D*. 2007, 2839, note P. Stoffel-Munck, *RTD civ*. 2007, p. 773, obs. B. Fages.
- Cass. com., 23 octobre 2007, *Bull. civ*. IV, n° 224 ; *D*. 2007, AJ 2813, obs. A. Lienhard.
- Cass. com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 05-19397.
- Cass. com., 17 juin 2008, (2 arrêts), *Bull. civ*. IV, n° 125 et 126 ; *D*. 2008, p. 1818, note A. Lienhard ; *Bull. Joly soc*. 2008, p. 967, note F.-X. Lucas.
- Cass. com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-14043.
- Cass. com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-14044.
- Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-11420 ; *RDC* 2009, p. 1345, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ*. 2009, p. 719, obs. B. Fages.
- Cass. com., 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-16433 ; *Dr. soc*. 2009, comm. 183, note D. Gallois-Cochet.
- Cass. com., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-19937.
- Cass. com., 27 octobre 2009, pourvoi n° 08-21123, Société Monceau 89, *Bull. Joly soc*. 2010, p. 474, note L. Godon.
- Cass. com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-21369 ; *Bull. Joly soc*. 2010, p. 318, obs. P. Le Cannu et H. Mathez ; *Rev. soc*. 2010, p. 21, obs. J. Moury ; *Rev. soc*. 2011, p. 149, obs. H. Le Nabasque ; *D*. 2009, AJ 2932, *Dr. soc*. 2010, comm. 49, note M. Roussille.
- Cass. com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-16156 ; *Bull. civ*. IV, n° 129.
- Cass. com., 9 novembre 2010, pourvoi n° 10-10150.

- Cass. com., 18 mai 2010, *Bull. civ*. IV, n° 93 ; *D*. Actu, 1345, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly soc*. 2010, § 136, p. 651, obs. H. Le Nabasque ; *D. aff*. 2010, n° 1562, p. 26, obs. A. Couret et B. Dondero.
- Cass. com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-67369 ; *D*. 2010, p. 2485, note T. Genicon, *D*. 2010, p. 2481, note D. Mazeaud ; *JCP G* 2010, 1056, note T. Favario.
- Cass. com., 29 juin 2010, *Bull. civ*. IV, n° 115 ; *RTD civ*. 2010, p. 555, chron. B. Fages ; *RDC* 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; *RDC* 2010, p. 1253, obs. O. Deshayes.
- Cass. com., 13 juillet 2010, *Bull. civ*. IV, n° 129 ; *D*. 2010, p. 1868, obs. A. Lienhard ; *D*. 2010, p. 2280, note B. Dondero ; *Dr. soc*. 2010, comm. 200, note H. Hovasse ; *JCP E* 2011, 1000, note G. Wicker et F. Deboissy ; *Bull. Joly soc*. 2010, p. 990, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 8 février 2011, pourvoi n° 10-11788 ; *Bull. Joly soc*. 2011, p. 288, note F.-X. Lucas.
- Cass. com., 20 mars 2012, *Bull. civ*. IV, n° 60 ; *Rev. soc*. 2012, p. 435, note A. Couret, *RTD com*. 2012, p. 348, obs. A. Constantin ; *JCP N* 2012, 1332, p. 43, obs. J.-P. Garçon.
- Cass. com., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-25408 ; *Rev. soc*. 2013, p. 150, note A. Viandier.
- Cass. com., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-15238 ; *D*. 2013, p. 834, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2013, 1289, note B. Dondero.

Crim.

- Cass. crim., 12 décembre 1994, *Bull. Joly soc*. 1995, p. 427.

Soc.

- Cass. soc., 16 juin 1945, *Dr*. social 1946, p. 427, note P. Durand.
- Cass. soc., 27 novembre 1980, *Bull. civ*. V, n° 853.
- Cass. soc., 25 février 1992, *Bull. civ*. V, n° 122 ; *D*. 1992, p. 390, note F. Défossez ; *RTD civ*. 1992, p. 760, obs. J. Mestre.
- Cass. soc. 17 février 1993, *Dr. soc*. 1993, comm. 384.

- Cass. soc., 8 octobre 1987, pourvoi n° 84-41902, M. Raquin et autre c/ Société anonyme J. Marchand, *Dr. ouvrier* 1988, p. 259, note P. Tillie.
- Cass. soc., 10 juillet 1996, *Bull. civ*. V, n° 278, p. 196.
- Cass. soc., 15 mars 2005, *Bull. civ*. V, n° 91.
- Cass. soc., 13 avril 2005, pourvoi n° 02-46666 ; *Cah. dr. du sport* PUAM, 2005, p. 72, note F. Buy
- Cass. soc. 13 juillet 2010, *Bull. civ*. V, n° 172.

CA

- CA Lyon, 18 mai 1823, *S*. VII, 2, 216.
- CA Paris, 19 avril 1875, *S*. 1876, 2, p. 119.
- CA Rouen, 24 mai 1890, *S*. 1892, 2, p. 20.
- CA Paris, 30 juillet 1891, *Journ. soc*. 1892, p. 107.
- CA Paris, 29 juin 1893, *DP* 1894, 2, p. 437.
- CA Douai, 20 mai 1897, *D*. 1898, 2, p. 230.
- CA Aix, 23 novembre 1904, *DH* 1905, 2, 121, note M. Planiol.
- CA Rennes, 3 juillet 1912, *Journ. soc*. 1913, p. 40.
- CA Lyon, 18 mai 1923, *S*., VII, 2, p. 216.
- CA Caen, 11 avril 1927, *D*. 1928, 2, p. 65.
- CA Montpellier, 22 mai 1951, *JCP G* 1952, II, 6483, note F. Derrida.
- CA Aix, 31 mai 1951, *Gaz. Pal*. 1951, 2, p. 169 ; *JCP N* 1952, II, 6792, note D. Bastian.
- CA Lyon, 11 octobre 1954, *D*. 1955, p. 14.
- CA Besançon, 3 novembre 1954, *Gaz. Pal*. 1955, 1, p. 192.
- CA Lyon, 10 février 1958, *Gaz. Pal*. 1958, 1, p. 252.
- CA Douai, 26 mars 1959, *Gaz. Pal*. 1959, 2, p. 247 ; *JCP G* 1959, II, 356, note J. R.
- CA Amiens, 7 mai 1963, *Gaz. Pal*. 1963, 2, jurisp. p. 246.
- CA Paris, 22 mai 1965, *D*. 1968, p. 174, obs. R. Contin ; *JCP G* 1965, II, 14274 bis, concl. Avocat Général Nepveu.
- CA Paris, 26 mars 1966, *Gaz. Pal*. 1966, 1, p. 400 ; *RTD* com. 1996, p. 349, obs B. Houin.
- CA Rouen, 14 octobre 1966, *D*. 1967, p. 134.

- CA Paris, 28 octobre 1967, *Rev. banque* 1968, p. 60, obs. X. Martin.
- CA Colmar, 30 janvier 1970, *Rev. soc*. 1970, p. 299, note P. Nocquet.
- CA Aix-en-Provence, 23 décembre 1970, *D*. 1972, p. 387, note C. Giverdon ; *Rev. soc*. 1971, p. 583, note J.-P. Sortais ; *Gaz. Pal*. 1971, 2, p. 510.
- CA Bruxelles, 13 janvier 1971, *RCJB* 1973, p. 260, note Y. Schoentjes-Merchiers.
- CA Paris, 7 novembre 1972, *JCP G* 1973, II, 17448.
- CA Rouen, 8 février 1974, *Rev. soc*. 1974, p. 507, obs. R. Rodière ; *RTD com*. 1974, p. 290, obs. R. Houin et R. Saint-Alary.
- CA Paris, 28 septembre 1976, *JCP* 1978, II, 18810, note J. Robert.
- CA Amiens, 21 décembre 1976, *Gaz. Pal*. 1997, p. 219.
- CA Rennes, 3 mai 1977, *RTD com*. 1978, p. 391, obs. C. Champaud.
- CA Paris, 30 septembre 1977, *RTD com*. 1978, p. 593, obs. J. Hémard.
- CA Paris, 16 novembre 1978, *RJC* 1980, p. 179, note P. Le Tourneau.
- CA Aix-en-Provence, 22 juin 1979, *Bull*. Aix-en-Provence 1979, n° 3, p. 203 cité dans *RTD com*. 1993, p. 666, obs. C. Champaud et D. Danet.
- CA Versailles, 26 mars 1980, *Gaz. Pal*. 1981, p. 1.
- CA Paris, 20 octobre 1980, *D*. 1981, p. 44, concl. M. Jéol ; *JCP G* 1981, II, 19602, concl. M. Jeol, note F. Terré ; *Gaz. Pal*. 1981, 1, p. 54, concl. M. Jeol, note A. P. S. ; *Rev. soc*. 1980, p. 774, obs. A. Viandier.
- CA Paris, 12 janvier 1982, *JCP G* 1983, II, 19949, note A. Viandier.
- CA Paris, 12 janvier 1983, *Rev. soc*. 1983, p. 553, note P. Le Cannu.
- CA Dijon, 16 novembre 1983, *Gaz. Pal*. 1983, 2, p. 740, note A. P. S.
- CA Paris, 18 juin 1984, *Droit de l'informatique*, n° 4, p. 22.
- CA Aix-en-Provence, 26 juin 1984, *D*. 1985, p. 372, note J. Mestre.
- CA Lyon, 20 décembre 1984, *D*. 1986, p. 506, note Y. Reinhard.
- CA Paris, 18 juin 1986, *Bull. Joly soc*. 1986, p. 853, note P. Le Cannu.
- CA Paris, 23 juin 1987, *Bull. Joly soc*. 1987, p. 701, § 288.
- CA Paris, 7 juin 1988, *Bull. Joly soc*. 1988, p. 789, note L. Grynbaum ; *Rev. soc*. 1989, p. 246, note S. Dana-Démaret.
- CA Paris, 5 juillet 1988, *JCP E* 1988, I, 17827, obs. Y. Guyon ; *RTD com*. 1992, p. 190, obs. C. Champaud.

- CA Versailles, 19 janvier 1989, *Bull. Joly soc*. 1989, § 109, p. 327, note P. Le Cannu.
- CA Grenoble, 30 janvier 1989, Juridial n° 89-42351.
- CA Bourges, 13 mars 1989, *JCP G* 1989, II, 21389, note M. Pauffin de Saint Morel.
- CA Reims, 24 avril 1989, *Gaz. Pal*. 1989, 2, somm. p. 431, note P. de Fontbressin ; *RTD com*. 1989, p. 683, obs. Y. Reinhard ; *JCP E* 1990, II, 15677, note A. Viandier et J.-J. Caussain.
- CA Paris, 26 mai 1989, *JCP E* 1990, II, 15677, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com*. 1989, p. 683, obs. Y. Reinhard.
- CA Orléans, 26 septembre 1989, *RJDA* 1989, n° 67.
- CA Nancy, 27 septembre 1989, *RTD com*. 1990, p. 418, obs. A. Alfandari et M. Jeantin.
- CA Paris, 12 octobre 1989, *Bull. Joly soc*. 1989, p. 965.
- CA Paris, 14 mars 1990, aff. La cinq SA, *Bull. Joly soc*. 1990, p. 353 et p. 325, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 1990, p. 413, note Y. Reinhard ; *JCP E* 1990, II, 15784, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RJC* 1990, p. 256, note C. Goyet.
- CA Paris, 19 juin 1990, *D*. 1991, p. 515, note Y. Picod ; *RTD civ*. 1992, p. 92, obs. J. Mestre.
- CA Rouen, 9 août 1990, Rev. soc. 1991, p. 110, note B. Bouloc.
- CA Lyon, 15 novembre 1990, *Bull. Joly soc*. 1991, p. 54 ; *RJDA* 1992, p. 3, chron. B. Mercadal et P. Janin.
- CA Paris, 27 novembre 1990, *Bull. Joly soc*. 1991, p. 189 ; *Rev. soc*. 1991, p. 389, obs. Y. Guyon.
- CA Nancy, 30 janvier 1991, *Bull. Joly soc*. 1991, p. 911, note I. Sauget.
- CA Versailles, 17 octobre 1991, *Bull. Joly soc*. 1992, p. 283.
- CA Montpellier, 12 avril 1992, *JCP N* 1993, II, p. 37, obs. J.-F. Pillebout.
- CA Paris, 30 octobre 1992, *RTD com*. 1993, p. 106, obs. C. Champaud et D. Danet.
- CA Paris, 25 mars 1993, *JCP E* 1993, I, 288.
- CA Paris, 25 mai 1993, *D*. 1993, p. 541, note A. Couret.
- CA Paris, 17 septembre 1993, La vie judiciaire du 6-12 décembre 1993, p. 9.
- CA Paris, 24 septembre 1993, *D*. 1995, p. 1, note C. Gavalda ; *JCP E* 1994, II, 566, note J. Stoufflet.
- CA Paris, 5 novembre 1993, *Bull. Joly soc*. 1994, § 7, p. 59, note M. Germain.

- CA Paris, 15 novembre 1993, *Bull. Joly soc*. 1994, p. 86, note A. Cuisance.
- CA Paris, 30 novembre 1993, *JCP E* 1994, II, 575, note T. Bonneau.
- CA Versailles, 29 septembre 1994, *RJDA* 1995, n° 30.
- CA Aix-en-Provence, 19 janvier 1995, *RJDA* 1995, n° 719.
- CA Paris, 27 janvier 1995, Société Résidence Champs-Elysées, *Bull. Joly soc*. 1995, p. 334, note B. Stemmer, *Dr. soc.* 1995, comm. 78, obs. D. Vidal.
- CA Versailles, 18 mai 1995, *Bull. Joly soc*. 1995, p. 869, note J.-J. Daigre.
- CA Paris, 30 juin 1995, *JCP E* 1996, II, 795, note J.-J. Daigre.
- CA Paris, 7 juillet 1995, *JCP E* 1996, I, 541, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.
- CA Paris, 12 septembre 1995, *JCP E* 1996, I, 541, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.
- CA Aix-en-Provence, 8 décembre 1995, *JCP E* 1996, pan. 375.
- CA Paris, 22 novembre 1996, *Dr. soc*. 1997, comm. 47, note D. Vidal.
- CA Paris, 24 janvier 1997, *Bull. Joly soc*. 1998, p. 405, note B. Saintourens.
- CA Paris, 27 février 1997, *JCP E* 1997, 982, note A. Viandier.
- CA Versailles, 3 avril 1997, *Bull. Joly soc*. 1997, p. 861, § 312, note J.-P. Dom ; *D. aff*. 1997, p. 1084, n° 33.
- CA Paris, 5 septembre 1997, *Bull. Joly soc*. 1998, § 3, p. 18, note J.-J. Daigre.
- CA Paris, 14 novembre 1997, *Lettre distrib*., décembre 1997, p. 3.
- CA Paris, 13 janvier 1998, *Bull. Joly soc*. 1998, p. 321, note J.-J. Daigre
- CA, 5 avril 1998, *Bull. Joly soc*. 1999, p. 959, note J.-J. Daigre.
- CA Versailles, 18 juin 1998, *RTD com*. 1999, p. 124, obs. C. Champaud et D. Danet.
- CA Paris, 26 juin 1998, Société Scicava c/ Sorin, *RJDA* 1999, n° 293, p. 246.
- CA Versailles, 1er octobre 1998, *Bull. Joly soc*. 1999, § 11, p. 61, note P. Scholer.
- CA Paris, 19 janvier 1999, *JCP G* 1999, IV, 1690.
- CA Paris, 27 octobre 1999, *JCP E* 1999, pan. 1995.
- CA Toulouse, 13 septembre 1999, *Dr. soc*. 2000, comm. 44, note D. Vidal.
- CA Paris, 1er décembre 1999, *Bull. Joly soc.* 2000, § 177, p. 741, note J. Vallansan ; *D*. 2000, somm. p. 473, obs. J.-C. Hallouin.
- CA Versailles, 27 janvier 2000, *RTD civ*. 2000, p. 570, obs. J. Mestre et B. Fages.
- CA Caen, 9 mars 2000, *Dr*. soc. 2000, comm. 162, note F.-X. Lucas
- CA Paris, 19 mai 2000, *RTD civ*. 2000, p. 570, obs. J. Mestre et B. Fages.

- CA Paris, 27 juin 2000, *Bull. Joly soc*., § 52, p. 193, note H. Le Nabasque.
- CA Versailles, 29 juin 2000, *JCP E* 2001,183, note A. Couret.
- CA Paris, 27 mars 2001, *Bull. Joly soc*., § 18, p. 89, note H. Le Nabasque ; *RJDA*, 2001/10, p. 835, n° 973.
- CA Versailles, 8 juin 2001, Ecole Montessori bilingue c/ Steil, *Juris-Data* n° 2001-184137, *Dr. soc*. 2002, comm. 190, note F.-X. Lucas.
- CA Paris, 5 mars 2002, *Rev. soc*. 2002, p. 368, obs. Y. Guyon.
- CA Paris, 5 mars 2002, *Juris-Data* n° 2002-188919, *Dr*. soc. 2003, comm. 42, note F. G. Trébulle.
- CA Paris, 20 mars 2002, *Dr. soc*. 2003, comm. 1, note F. G. Trébulle.
- CA Paris, 4 octobre 2002, *Dr. soc*. 2003, comm. 42, note F. G. Trébulle.
- CA Versailles, 3 février 2003, *Juris-Data* n° 2003-215599, *Dr. soc*. 2004, comm. 38, note F.-X. Lucas.
- CA Paris, 1er avril 2003, Saé c/ Assoc. Nat. Des membres de l'Ordre du mérite, *Juris-Data* n° 2003-209384, *Dr. soc*. 2003, comm. 164, note F.-X. Lucas.
- CA Paris, 12 septembre 2003, *Dr. soc*. 2004, comm. 45.
- CA Paris, 17 mars 2004, Assoc. Nationale d'action sociale des personnels de la police nationale et du ministère de l'Intérieur c/ Brieude, *Dr. soc*. 2004, comm. 165, note F.-X. Lucas.
- CA Rouen, 14 avril 2004, *RJDA* 2005, n° 39, p. 32.
- CA Versailles, 27 janvier 2005, *D*. 2005, p. 716, Obs. A. Lienhard, *Bull. Joly soc*. 2005, p. 612.
- CA Versailles, 24 février 2005, *Juris-Data* n° 2005-266293 ; *Dr. soc*. 2005, comm. 94, note J.-P. Legros ; *Bull. Joly soc*. 2005, § 138, p. 626 ; *JCP E* 2005, 1046, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.
- CA Paris, 19 juin 2007, *Dr. soc*. 2007, comm. 199. note J. Monnet.
- CA Rennes, 3 juillet 2007, n° 05-07661, publié par le service de documentation de la Cour de cassation.
- CA Nancy, 26 septembre 2007, *D*. 2008, p. 1120, note M. Boutonnet.
- CA Aix-en-Provence, 13 novembre 2007, *Dr. soc.* 2007, p. 16, note M.-L. Coquelet.
- CA Aix-en-Provence, 23 novembre 2007, *Dr. soc.* 2007, 16, note M.-L. Coquelet.

- CA Bordeaux, 11 décembre 2007, *Dr. soc*. 2008, comm. 115, note M.-L. Coquelet.
- CA Paris, 23 mai 2008, *Dr. soc*. 2008, comm. 224, note R. Mortier.
- CA Saint-Denis de la Réunion, 19 septembre 2008, *Dr. soc*. 2009, comm. 1, note M.-L. Coquelet.
- CA Grenoble, 16 septembre 2010, *Juris-Data* n° 2010-030228 ; *Dr. soc*. 2011, comm. 125, note M.-L. Coquelet ; *JCP E* 2011, 1267, note P. Mousseron.

T.

- T. civ. Bordeaux, 4 novembre 1908, *DP* 1910, 5, p. 19.
- T. Civ. Seine-Inf., 4 avril 1927, *DP* 1927, II, p. 164, note R. Beudant.
- T. civ. Seine, 17 octobre 1928, *DP* 1929, II, 141.
- T. com. Valenciennes, 5 septembre 1959, *Gaz. Pal*. 1950, 2, p. 380 ; *Journ. soc*. 1951, p. 28, *Rev. soc*. 1951, p. 322, *RTD com*. 1951, p. 314.
- TI Paris, 28 octobre 1968, *Gaz. Pal* 1968, 2, p. 345, note J.-P. Doucet.
- T. com. Honfleur, 20 novembre 1970, *D*. 1971, somm. 55 ; *JCP G* 1971, II, 16628, note P. Rousseau ; *Rev. soc*. 1971, p. 179, note J. Hémard.
- T. com. Paris, 12 juin 1972, *Bull. Joly soc*. 1973, n° 140.
- T. Vannes, 27 avril 1973, *Gaz. Pal*. 1973, 2, jurisp. p. 610.
- TGI Poitiers, 29 juin 1975, *RTD com*. 1976, p. 795, obs. C. Champaud.
- T. com. Poitiers, 30 juin 1975, *RTD com*. 1976, p. 373, obs. C. Champaud.
- T. com. Paris, 24 novembre 1980, *Gaz. Pal*. 1981, 1, p. 117, note A.P.S. ; *Bull. Joly soc*. 1980, p. 701.
- T. com. Versailles, 2 mai 1989, *Bull. Joly soc*. 1989, p. 614, note Y. Sexer ; *Rev. dr. banc. et bourse* 1989, p. 214, obs. M. Jeantin et A. Viandier.
- T. com. Paris, 24 septembre 1991, 2e espèce, *Dr. soc*. 1992, comm. 32, note H. Le Nabasque.
- TGI Grenoble, 15 novembre 1993, *JCP N* 1994, II, 94, obs. J.-F. Pillebout.
- T. com., 31 octobre 2000, *Dr. soc*. 2001, comm. 83, note F.-X. Lucas.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Affectio contractus, 360

Affectio societatis

- Bonne foi renforcée, 356, 357, 363 et s., 428, 450
- Exécution forcée et défaut d'*affectio societatis*, 167, 187, 191, 201, 218
- Justes motifs de dissolution, 33, 68, 245, 457 et s.
- Justes motifs de retrait, 37, 39, 62, 63, 167
- Résiliation du contrat d'apport, 302

Abus de droit,

- Demande de dissolution, 50, 53,
- Refus d'agrément, 70
- Résiliation contractuelle, 552
- Violation des statuts, 225

Abus de majorité

- Refus d'agrément, 70
- Cause de mésentente, 461
- Critères, 421, 511 et s., 543, 544
- Sanction, 559, 560, 421

Abus de minorité

- Critères, 545, 546
- Sanction, 558 et s.

Abus dans la fixation du prix,

- Notion et critères, 517 et s.
- Substitution judiciaire du prix, 566 et s.

Acte juridique

- Collectif, 4, 328, 329, 338
- Unilatéral, 329

Administrateur provisoire, 460, 536 et s.

Agrément

- Clause, 43, 151
- Exécution forcée, 180 et s., 196, 198, 220, 221
- Exigence, 43, 51, 61, 64 et s., 167, 180

Apport

- Obligation principale, 164, 284
- Exécution forcée, 164 et s.

Apporteur en industrie

- Comportement actif, 365
- Droit de résiliation, 58
- Exécution forcée, 184 et s.

Assemblée générale extraordinaire, 84, 225, 489, 504 et s.

Astreinte conventionnelle, 212

Autonomie de la volonté, 78, 253, 316, 327, 372, 378, 385, 394, 396, 430, 431

C

Canal de Craponne, 77, 572
Cause de l'obligation des associés (notion), 27, 38, 243, 246, 342
Cause-finalité, 349, 358
Cession de contrat
- Régime, 42.
- Validité, 41, 533
Cession de droits sociaux
- Nature, 41
- Régime, 42 et s.
Cession en blanc, 214
Clause d'agrément (v. agrément)
Clause de dédit, 211
Clause de renonciation à l'article 1142 du Code civil, 208
Clause d'exclusion,
- Augmentation des engagements, 151
- Clause d'exclusion-sanction, 209, 249 et s., 275
- Clause d'exclusion-remède, 275, 561 et s.
Clause d'inaliénabilité, 103, 131, 197
Clause léonine, 427 et s., 437 et s.
Clause pénale, 210
Clause de rachat, 73, 50
Clause résolutoire, 209, 250 et s., 554
Conflit d'intérêts, 337, 365, 558
Contenu obligationnel, 6, 96, 97, 103, 153, 294, 471, 507
Contrat
- Notion, 336 et s.
- Appréhension renouvelée, 316, 319 et s., 530 et s.
Contrat administratif
- Cession, 533
- Modification judiciaire, 572
Contrat-cadre, 499 et s.,
Contrat discret, 481
Contrat à durée indéterminée
- Notion, 45
- Régime, 45 et s.,
- Abus de résiliation, 553
Contrat durable (notion), 473 et s.
Contrat-échange (notion), 11, 12, 342
Contrat d'intérêt commun
- *stricto sensu*, 345 et s.
- *lato sensu*, 349 et s.
Contrat-organisation (notion), 342, 11, 12
Contrat perpétuel, 46
Contrat relationnel, 479 et s.
Contrat révisable, 493
Contrat de situation, 359, 532
Consentement
- Augmentation des engagements, 85 et s.
- Personne morale, 84
- Vice, (v. ce mot)
Convention de croupier, 69
Coup d'accordéon, 123

D

Droit(s) de l'associé
- Abus (v. ce mot)
- Aménagement, 151, 261
- Diminution, 102 et s., 135, 137, 142, 151, 152
- Suspension, 168, 181, 311

Droits de la défense, 278, 279

Droit préférentiel de souscription, 123, 144, 168

Droits propres, 129, 254, 462

Droit de propriété, 61, 123, 151, 255, 289, 291, 573

Droit de veto, 394

Droit de vote
- Abus (v. abus de majorité et abus de minorité)
- De l'associé exclu, 261

E

Engagement(s)
- En germe, 143
- Nouveaux, 142 et s.
- Intangibilité, 93 et s.
- Notion, 95
- Perpétuels, (v. contrat perpétuel)

Exclusion
- *Ad nutum*, 257, 277, 291
- Conventionnelle, 249 et s.
- Judiciaire, 282 et s.
- Remède (v. clause d'exclusion-remède)
- Sanction, (v. clause d'exclusion-sanction)
- Unilatérale (ou extra-judiciaire), 300

F

Fixité du capital social, 264

Fraternité, 317, 365, 382

I

Immutabilité contractuelle, 77 et s.

Imprévision
- Clauses d'adaptation, 472
- Clause *rebus sic standibus*, v. théorie
- Obligation de renégociation, 415 et s.
- Révision conventionnelle, 492 et s.
- Révision judiciaire, 571 et s.

Institution, v. théorie

Intérêt commun
- Intérêt commun des associés, 320 et s.
- Contrat d'intérêt commun, 345 et s.

Intérêt contractuel commun, 349 et s.

Intérêt social
- Critère de l'abus de majorité, 422, 514, 515, 516, 543, 544
- Critère de l'abus de minorité, 545, 546
- Critère de l'administration provisoire, 538 et s.

- Critère de l'exercice du pouvoir disciplinaire, 275
- Fondement de l'exécution forcée, 168, 205
- Notion, 322, 524 et s.

Intuitus personae, 35, 42 et s., 61, 64, 65, 76, 93, 180, 205, 223, 284, 304, 310, 412, 454, 461, 533

Irrévocabilité contractuelle, 17 et s.

J

Jugement valant acte, 557 et s.

Jus fraternitatis, 271, 321

Justes motifs
- Dissolution, 33, 248
- Retrait, 39, 68

L

Liberté contractuelle, 7, 35, 53, 89, 93, 131, 181, 197, 218, 250 et s., 271, 438, 564, 578

Liberté fondamentale, 122, 136, 151, 181, 183, 188, 197, 231, 233

Loi de la majorité, 11, 34, 35, 94, 96, 128, 149, 151, 255, 315, 393 et s., 411, 412, 487 et s.

Loi de l'unanimité, 34, 92, 94, 106, 131, 143, 144

M

Maintien forcé du contrat, 310, 311, 552, 553

Mésentente
- Cause de dissolution, 33, 68, 167, 246, 294, 444 et s.
- Cause de retrait, 39, 68
- Cause d'exclusion, 294
- *Mutuus dissensus* tacite, 444 et s.

Mutuus dissensus,
- Exprès, 20, 21, 25 et s.
- Tacite, v. mésentente

N

Nomination d'un tiers en garantie de l'exécution contractuelle
- Administrateur, 216
- Fiduciaire, 217

Nullité
- Cession, 180, 198, 200, 220, 221 et s.
- Délibération/ Décision, 88, et s., 115, 136, 515, 525, 568, 200, 220, 225 et s., 254, 257, 279, 310, 311, 421
- Contrat-cadre, 508 et s.
- Engagement perpétuel, 46, 57
- Vice de formation, 403, 406, 430, 434, 440

O

Objectif commun (notion), 349, 350

Objet social
- Critère de l'augmentation des engagements, 146
- Notion, 322

Obligation aux dettes, 56, 65, 100, 143, 149, 172, 177, 265
Obligation d'agrément, v. agrément
Obligation de bonne foi
- Exécution forcée, 163
- Obligation renforcée, 362 et s.
Obligations communes, 163 et s.
Obligation de contribution aux pertes, 123, 149, 163, 170 et s., 245
Obligations conventionnelles, 160, 193 et s.
Obligation de coopération, 352 et s.
Obligation de déclaration de seuil et d'acquisition, 181
Obligation d'exercer en commun la profession, 114
Obligation de verser des fonds complémentaires, 176
Obligations extrapatrimoniales, 179 et s.
Obligations légales, 160 et s.
Obligations monétaires, 174 et s.
Obligation de motivation, 309, 530, 553
Obligation de non-concurrence
- Augmentation des engagements, 85, 90, 103, 115, 120, 122, 134, 135, 136, 139, 151
- Exécution forcée, 188
- Exclusion pour inexécution, 271, 284
- Réduction, 562
Obligation de renégociation, v. imprévision
Obligation de respecter un délai de préavis, 58, 553
Obligations spécifiques, 174 et s.
Option sur les éléments de l'actif, 215

P

Pacte d'actionnaire
- Notion, 14, 193
- Exécution forcée, 206
Pacte de préférence
- Remède à l'irrévocabilité contractuelle, 74
- Exécution forcée, 229 et s.
Pérennité contractuelle (notion), 465
Pouvoir disciplinaire, 249, 267 et s.
Principe du contradictoire, 278, 279
Principe d'égalité, 264, 269
Principes européens
- Abus, 530
- Fixation judiciaire du prix, 568, 572
- Obligation de coopération, 358
- Unilatéralisme, 519
Prix
- Abus, 517 et s.
- Fixation judiciaire, 566 et s.
- Fixation unilatérale, 497 et s.
Proportionnalité
- Clause de non-concurrence, 188
- Clause d'exclusion, 291, 309, 310
- Equilibre contractuel, 381, 435, 440

Q

Quorum, 489

R

Réfaction, 549 et s.

Relativité des conventions, 198, 233

Remèdes

- Inexécution contractuelle, 155 et s.
- Irrévocabilité contractuelle, 66 et s.

Remise de fonds, 213

S

Sociétés durables

- A durée illimitée, 49, 51, 53, 55,
- A durée indéterminée, 49, 51,
- Perpétuelles, 49

Sociétés de personnes, 71, 75, 93, 127

- Cession des droits sociaux, 43, 50, 71, 75
- Loi de l'unanimité, 34, 35, 93, 127, 412, 507
- Mésentente, 461
- Obligation de coopération, 365, 412, 463
- Obligation aux dettes sociales, 265
- Résiliation du contrat d'apport, 304, 310

Sociétés dépourvues de personnalité morale, 53

- Sociétés créée de fait, 336
- Sociétés en participation, 14

Sociétés de capitaux

- Cession de droits sociaux, 43
- Loi de majorité, 34, 35, 36, 93, 397, 397, 490
- Loi de l'unanimité, 94
- Mésentente, 248, 463
- Obligation de coopération, 365, 461
- Résiliation du contrat d'apport, 304, 310,

Sociétés de construction, 301

Sociétés coopératives, 56, 57, 113, 114, 143, 145, 189, 191, 279, 284, 334

Sociétés par actions simplifiées, 43, 53, 61, 131, 180, 221, 227, 261, 263, 507, 526

Sociétés unipersonnelles, 14, 33, 329, 333

Sociétés pluripersonnelles, 14, 53, 329, 333

Solidarisme contractuel, 317 et s.

Specialia generalibus derogant, 2, 94, 288, 293, 313

Suspension du contrat, 554

T

Théorie de l'adhésion minoritaire, 399

Théorie de l'institution, 35, 269, 327, 395, 396

Théorie de l'utile et du juste, 385

Théorie des bases essentielles, 506

Théorie du contrat social, 398

Théorie du mandat, 397

Théorie du solidarisme contractuel, 380, 381

Théorie générale du/des contrat(s), 3, 29, 30,
65, 270, 316, 464, 532, 578
Théorie *rebus sic standibus*, 407 et s.
Théorie volontariste, 372 et s.

U

Unilatéralisme (notion)

- Absolu, 502, 508
- Loi de la majorité, 488
- Relatif, 496, 508

V

Vice du consentement, 336

- Erreur, 403
- Dol, 404
- Sanction, 406
- Violence, 405

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION **1**

PARTIE 1 ..... **17**

LA CONCEPTION VOLONTARISTE DE LA FORCE OBLIGATOIRE EMPRUNTEE PAR LE DROIT DES SOCIETES **17**

TITRE 1 19

L'INTANGIBILITE CONTRACTUELLE 19

Chapitre 1 ..... *21*

L'irrévocabilité contractuelle *21*

Section 1 L'application du principe d'irrévocabilité en matière sociétaire 23

§1 L'application quasi absolue du principe d'irrévocabilité au contrat de société 24

A- Les manifestations du principe d'irrévocabilité 24

1- L'irrévocabilité du contrat de société à durée déterminée 25

2- L'irrévocabilité unilatérale du contrat de société 27

B- L'infléchissement du principe d'irrévocabilité : le *mutuus dissensus* assujetti à la loi de la majorité 33

1- La révocabilité du contrat de société subordonnée à l'accord collectif des associés 33

2- La révocabilité du contrat de société subordonnée à la seule majorité des associés 36

§2 L'application relative du principe d'irrévocabilité au contrat d'apport 39

A- L'interdiction de se retirer de manière inconditionnelle de la société prématurément au terme 40

B- Le consentement à la cession du contrat d'apport subordonné au caractère *intuitus personae* de la société 46

Section 2 Les limites de l'application du principe d'irrévocabilité en matière sociétaire 53

§1 La suppression des limites concernant le contrat de société 55

A- Le régime antérieur à la réforme de 1978 : la résiliation unilatérale, cause générale de dissolution 56

B- Le régime postérieur à la réforme de 1978 : la résiliation unilatérale, cause spéciale de dissolution 61

§2 Le maintien des limites concernant le contrat d'apport 64

A- La consécration jurisprudentielle de la résiliation unilatérale du contrat d'apport à durée excessive 65

B- La consécration légale de la résiliation unilatérale du contrat d'apport à durée excessive 68

1- Le principe : la résiliation unilatérale du contrat d'apport 69

2- L'exception : l'exigence d'un *mutuus dissensus* pour résilier le contrat d'apport 74

a- L'inopportunité de l'exigence d'un *mutuus dissensus* 74

b- Des remèdes peu efficients 76

i- Les remèdes *a posteriori* 76

ii- Les remèdes *a priori* 81

Conclusion du chapitre 1 83

Chapitre 2 ..... *85*

L'immutabilité contractuelle *85*

Section 1 Une application perturbée 86

§1 La pluralité des liens contractuels 87

A- L'application plurale du principe d'immutabilité 87
B- L'application individualisée du principe d'immutabilité 89
§2 La pluralité des effets contractuels 96
A- L'appréhension législative restrictive du principe d'immutabilité 97
B- La compréhension prétorienne restrictive du principe d'intangibilité des engagements 104
1- La restriction traditionnelle à l'engagement de type pécuniaire 104
2- L'exclusion traditionnelle de la diminution des engagements et des droits 106
Section 2 Une application renforcée 110
§1 Les manifestations d'une conception renouvelee du principe d'intangibilité des engagements 111
A- L'extension des obligations et des droits soumis au principe d'intangibilite des engagements 111
1- L'extension des catégories d'obligations concernées par le principe d'intangibilité des engagements 111
a- L'extension du principe d'intangibilité aux obligations non pécuniaires 112
b- L'extension du principe d'intangibilité aux obligations non prises en qualité d'associé 113
2- L'extension du principe d'intangibilité des engagements aux droits découlant d'une liberté individuelle 115
B- La mesure du renforcement 116
1- Un renforcement avéré 117
2- Un renforcement relatif 120
§2 Un renforcement à circonscrire 124
A- Les propositions doctrinales 125
1- La modification substantielle et non substantielle 125
2- L'engagement nouveau et initial 126
B- La proposition nouvelle 131
Conclusion du chapitre 2 137
Conclusion du titre 1 139
TITRE 2 141
LES REMEDES A L'INEXECUTION CONTRACTUELLE 141
Chapitre 1 .... *145*
L'exécution forcée contractuelle *145*
Section 1 Une influence patente du droit commun des contrats concernant les obligations légales 149
§1 Le principe : l'exécution forcée en nature des obligations légales 150
A- L'exécution forcée en nature des obligations légales communes 150
1- L'exécution forcée en nature de l'obligation d'apport 150
2- L'exécution forcée en nature de l'obligation de contribution aux pertes 158
B- L'exécution forcée en nature des obligations légales spécifiques 161
1- L'exécution forcée en nature des obligations monétaires 161
2- L'exécution forcée en nature des obligations extrapatrimoniales 164
§2 L'exception : l'exécution forcée par équivalent 169
A- L'exécution forcée par equivalent de l'obligation d'apport en industrie 169
B- L'exécution forcée par equivalent de l'obligation d'activité du coopérateur 173
Section 2 Une influence perfectible du droit commun des contrats concernant les obligations conventionnelles 175

§1 L'exclusion traditionnelle de l'exécution forcée en nature des obligations conventionnelles 175
A- Les fondements juridiques....176
1- Les fondements en droit commun des contrats 176
2- Les fondements en droit des sociétés 179
B- L'opportunité de prevoir des remèdes conventionnels....182
1- La faible efficacité de l'exécution forcée par équivalent....182
2- Les remèdes conventionnels 185
a- Les clauses opérant une substitution de sanction 185
b- Les clauses à but comminatoire....186
§2 L'expansion du principe d'exécution forcée en nature des obligations conventionnelles....191
A- La généralisation de la nullité 191
1- La nullité des actes autres que sociaux 192
2- La nullité des délibérations sociales....195
B- La consécration de la substitution....199
Conclusion du chapitre 1 207
Chapitre 2.... *209*
La résiliation contractuelle *209*
Section 1 Une influence patente du droit commun des contrats 211
§1 La consécration légale de la résiliation judiciaire du contrat de société....212
A- Une influence théorique certaine 212
1- La remise en cause de l'intérêt d'un fondement textuel autonome....212
2- La concordance des conditions de droit commun des contrats et de droit des sociétés....216
B- Une influence pratique limitée 219
§2 La généralisation prétorienne de la résiliation conventionnelle du contrat d'apport 220
A- la liberté contractuelle....221
1- L'identité des conditions de formation de la clause résolutoire et de la clause d'exclusion 222
a- Un accord de volonté....222
b- Un objet déterminé 226
2- L'identité des conditions de mise en oeuvre de la clause résolutoire et de la clause d'exclusion 228
a- Une mise en œuvre unilatérale....228
b- Une mise en œuvre extinctive....231
B- Le pouvoir disciplinaire....236
1- La reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire 237
a- Le fondement contractuel du pouvoir disciplinaire....237
b- L'opportunité de la reconnaissance du pouvoir disciplinaire 240
2- Les conditions supplémentaires de mise en œuvre 243
a- Les conditions de fond 243
b- Les conditions de forme....246
Section 2 Une influence perfectible du droit commun des contrats....251
§1 Plaidoyer pour la résiliation judiciaire du contrat d'apport 251
A- Une consécration fondée en droit....252

1- L'affiliation du contrat d'apport au domaine d'application de l'article 1184 du Code civil 252
2- L'absence d'obstacle théorique à l'application de l'article 1184 du Code civil 257
a- La conformité au droit de demeurer associé 257
b- La conformité à l'adage *specialia generalibus derogant*....260
B- Une consécration fondée en pratique....262
§2 Plaidoyer pour la résiliation extra-judiciaire du contrat d'apport 264
A- Le champ d'application : les contrats d'apport 264
1- La généralisation de la résiliation extra-judiciaire à tous les contrats d'apport 265
2- Une consécration circonscrite au seul contrat d'apport 270
B- La transposition souhaitable des conditions de droit commun des contrats....272
1- Un manquement grave 272
2- Un contrôle *a posteriori* du juge 274
Conclusion du chapitre 2 281
Conclusion du titre 2 283
Conclusion de la partie 1 285

PARTIE 2 287

LA CONCEPTION VOLONTARISTE DE LA FORCE OBLIGATOIRE RENOVEE PAR LE DROIT DES SOCIETES.... 287

TITRE 1 289
LE SOLIDARISME CONTRACTUEL 289
Chapitre 1.... *291*
Les manifestations du solidarisme contractuel.... *291*
Section 1 Une appréhension du contrat renouvelée par l'intérêt commun....291
§1 L'intérêt commun : une notion traditionnellement inhérente au contrat de société....291
A- L'intérêt commun : un critère constitutif de la société 291
B- L'intérêt commun : une notion prétendument exclusive de la notion de contrat....294
1- Les qualifications concurrentes 295
2- Le rejet des qualifications concurrentes....297
a- La consécration de la qualification contractuelle par le droit positif 297
b- L'adéquation de la qualification retenue avec les critères essentiels du contrat 300
§2 L'intégration de la notion d'intérêt commun dans la définition du contrat de droit commun....308
A- La notion d'intérêt commun circonscrite aux contrats-organisation 308
B- La notion d'intérêt commun étendue aux contrats-échange....311
1- La notion d'intérêt commun assimilée à la convergence d'intérêts 311
2- La notion d'intérêt commun assimilée à l'objectif commun 316
Section 2 Une appréhension du comportement renouvelée par la coopération contractuelle....319
§1 L'émergence d'une norme de cooperation contractuelle....319
A- L'obligation de coopération : corollaire de la reconnaissance d'un intérêt ou d'un objectif contractuel commun 320

1- En droit des sociétés 320
2- En droit commun des contrats 322
B- L'obligation de coopération : un renforcement de l'obligation de bonne foi 330
1- En droit des sociétés 330
2- En droit commun des contrats 337
§2 La lecture renouvelée de l'article 1134 du Code civil 341
A- L'incompatibilité de l'essor de la bonne foi avec la théorie volontariste 341
1- Une incompatibilité avérée 341
2- La tentative de compatibilité 343
B- La compatibilité de l'essor de la bonne foi avec la théorie solidariste 344
1- Une compatibilité avérée 344
2- Une compatibilité exagérée 346
Conclusion du chapitre 1 353
Chapitre 2 ....*355*
Les conséquences du solidarisme sur la force obligatoire *355*
Section 1 La flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle 355
§1 La flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle par les parties 355
A- L'obligation de coopération : fondement de la flexibilité 355
1- Le rejet des fondements volontaristes 356
a- En droit des sociétés 356
i- L'incompatibilité de principe entre la loi de la majorité et la théorie volontariste 357
ii- Les tentatives de compatibilité de la loi de la majorité avec la théorie volontariste 358
b- En droit commun des contrats 360
i- Le rejet des vices du consentement 361
ii- Le rejet de la théorie *rebus sic standibus* 364
2- Le choix d'un fondement solidariste 366
a- En droit des sociétés 366
b- En droit commun des contrats 369
B- La flexibilité conditionnée par la préservation de l'intérêt ou de l'objectif commun 377
1- En droit des sociétés 378
2- En droit commun des contrats 381
§2 La flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle par le juge 382
A- La méconnaissance de l'obligation de coopération : fondement de la flexibilité 383
1- En droit des sociétés 383
2- En droit commun des contrats 385
a- Le refus de la flexibilité par les volontaristes 385
b- L'admission de la flexibilité par les solidaristes 387
B- Une flexibilité conditionnée par la préservation de l'intérêt ou de l'objectif commun 391
1- En droit des sociétés 391
2- En droit commun des contrats 393
Section 2 La flexibilité du principe d'irrévocabilité contractuelle 396

§1 La méconnaissance de l'obligation de coopération : fondement de la flexibilité 397
A- En droit des sociétés 397
1- La résiliation pour mésentente : un *mutuus dissensus* tacite ?....397
2- La résiliation pour mésentente : une résiliation pour inexécution de l'obligation de coopération 399
B- En droit commun des contrats....400
§2 Une flexibilité conditionnée par l'atteinte à l'intérêt ou à l'objectif commun 404
A- En droit des sociétés 404
B- En droit commun des contrats....410
Conclusion du chapitre 2 413
Conclusion du titre 1 415
TITRE 2 417
LA PERENNITE CONTRACTUELLE 417
Chapitre 1.... *419*
La recherche de la pérennité contractuelle par les parties *419*
Section 1 L'inadaptation du principe d'immutabilité contractuelle à l'objectif de pérennité contractuelle 419
§1 L'immutabilité du contrat à l'épreuve du temps 419
A- L'influence du temps 419
B- La durée du contrat 422
1- La prise en compte récente des contrats durables par le droit privé....422
2- Les spécificités du contrat durable 424
a- Le contrat successif 424
b- Le contrat relationnel 427
§2 L'immutabilité du contrat à l'épreuve de la divergence des intérêts 431
Section 2 La flexibilité du principe d'immutabilité au service de la pérennité contractuelle 432
§1 La généralisation de l'unilatéralisme 432
A- L'usage traditionnel de l'unilatéralisme en droit des sociétés 432
1- L'identification de la majorité à l'unilatéralisme 432
2- Les justifications pratiques de l'avènement de la modification à la majorité....434
B- Le récent recours à l'unilatéralisme en droit commun des contrats....435
1- La modification unilatérale du contrat au cours de son exécution 436
2- La fixation unilatérale d'un élément du contrat au cours de son exécution....439
§2 L'encadrement de l'unilatéralisme....444
A- Un domaine d'application limité....444
1- En droit des sociétés....445
2- En droit commun des contrats 447
B- Une finalité contrôlée....448
1- En droit des sociétés....448
a- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère constitutif de l'abus de pouvoir 448
b- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère insuffisant....450
2- En droit commun des contrats 452
a- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère constitutif de l'abus de pouvoir 452

b- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère insuffisant 454
Conclusion du chapitre 1 457
Chapitre 2 ..... *459*
La recherche de la pérennité contractuelle par le juge *459*
Section 1 L'intérêt contractuel au service de la pérennité contractuelle 459
§1 La reconnaissance traditionnelle de l'intérêt social 459
A- L'autonomisation de l'intérêt social 460
B- L'identification de l'intérêt social à la pérennité de la société 461
§2 La reconnaissance récente de l'intérêt contractuel 462
A- La personnification du contrat 463
B- La patrimonialisation du contrat 463
Section 2 L'intérêt contractuel garanti par l'immixtion du juge dans le contrat 465
§1 Une immixtion effective 466
A- En droit des sociétés 466
1- La nomination d'un administrateur provisoire 466
2- La sanction de l'abus de pouvoir 469
B- En droit commun des contrats 472
1- La réfaction du contrat 472
2- Le maintien forcé du contrat 474
§2 Une immixtion perfectible 479
A- En droit des sociétés 479
1- Plaidoyer pour un jugement valant acte en cas d'abus de minorité 479
2- Plaidoyer pour l'exclusion-remède judiciaire 483
B- En droit commun des contrats 487
1- Plaidoyer pour une fixation judiciaire du prix en cas d'absence ou d'abus 487
2- Plaidoyer pour une révision judiciaire du prix en cas d'imprévision 489
Conclusion du chapitre 2 493
Conclusion du titre 2 495
Conclusion de la partie 2 497
Conclusion générale 499
Bibliographie 503
Index alphabétique 576
Table des matières 584

Résumé – Thèse de Doctorat – La Force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés

La rumeur s'est répandue depuis plus d'un siècle dans le monde juridique que la société aurait quitté la sphère contractuelle provoquant ainsi la rupture du droit des contrats et du droit des sociétés. Et les auteurs, qui n'en sont pas convaincus, pensent néanmoins que la société se serait recluse dans une catégorie contractuelle singulière, celle des contrats-organisation au régime bien spécifique. Une des principales raisons de la remise en cause de la nature de la société réside dans l'avènement de la loi de la majorité jugée incompatible avec la conception volontariste de la force obligatoire du contrat forgée par le droit commun.

Une étude approfondie de la force obligatoire du contrat de société révèle cependant que la société souffre d'une marginalisation excessive. Ses particularités ne l'empêchent pas en effet d'appliquer le principe de la force obligatoire : la société est soumise au principe d'intangibilité contractuelle et toute atteinte se résout par une sanction effective, exécution forcée ou résiliation.

Mieux encore, à l'analyse, on constate qu'un certain nombre des spécificités dénoncées de la société, en particulier la durée, l'intérêt commun et l'intérêt social, se retrouvent en réalité à des degrés différents dans les autres contrats. Aussi cette nouvelle perception du contrat à l'image de la société incite-t-elle à une appréhension moins rigoureuse de la force obligatoire et de ses corollaires que sont l'immutabilité et l'irrévocabilité contractuelles. Partant, l'alliance du droit des contrats et du droit des sociétés favorise l'élaboration d'une force obligatoire renouvelée plus adaptée à la réalité contractuelle.

Abstract - Doctoral Thesis - Mandatory strength of the company contact : contribution to the study of the relations between contact law and company law

For more than a century, rumors have been widespread throughout the legal academic world that companies are departing from established contractual sphere bringing about a split between Contract Law and Company Law. Even authorities who remain not convinced by such an assumption believe that companies have been cloistered into a singular contractual category, the so-called 'organization-contracts' whose scheme funnel the range of contractual possibilities into an utterly specific result. One of the main reasons of the calling into question of companies regime lies in the adoption of the concept of 'majority rule', which is regarded as inconsistent with the 'voluntarist' conception of established contractual obligatory forces at work.

Thorough studies of company contractual obligatory force however reveal that companies suffer an excessive marginalization within the historic regime. Distinctive features in place do not prevent companies from implementing obligatory force principles: companies continue to be subject to the contractual 'inviolability' principle whereas breaches of contractual 'norms' are settled by effective sanctions (for example, forced execution or resolutions).

Furthermore, analysis reveals that several denounced specificities which are intrinsically part of the character of companies (for example 'length', common interest and social interest), are in fact also encountered at various extents within other contracts. Therefore, a new perception of contracts, inspired by companies, drives to a less rigorous apprehension both of obligatory forces, including corollaries such as contractual 'immutability' and 'irrevocability'. Thus, the combination of Contract Law and of Company Law must contribute to establishing renewed obligatory forces more appropriate to contractual realities.