



**HAL**  
open science

## Le prix dans les cessions de droits sociaux

Mathieu Stoclet

► **To cite this version:**

Mathieu Stoclet. Le prix dans les cessions de droits sociaux. Droit. Université Lille II - Droit et Santé, 2008. Français. NNT: . tel-01130539v1

**HAL Id: tel-01130539**

**<https://theses.hal.science/tel-01130539v1>**

Submitted on 11 Mar 2015 (v1), last revised 12 Mar 2015 (v2)

**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 LILLE 2 – DROIT ET SANTE**  
**Ecole doctorale n° 74**  
**Faculté des sciences juridiques, politiques, et sociales**

**Le prix dans les cessions de droits sociaux**

Thèse pour obtenir le grade  
de Docteur en droit

Discipline : droit privé

présentée et soutenue publiquement  
le 19 mai 2008  
par

**Mathieu Stoclet**

**Membres du Jury**

Directeur de recherches :

**Monsieur Christophe Jamin**  
Professeur des Universités à l'IEP de Paris

Suffragants :

**Madame Françoise Auque**  
Professeur à l'Université Lille 2 – Droit et Santé

**Madame Véronique Magnier**  
Professeur à l'Université Paris Sud XI (Rapporteur)

**Monsieur Yann Paclot**  
Professeur à l'Université Paris Sud XI

**Monsieur Philippe Stoffel-Munck**  
Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne (Rapporteur)



*L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*



Je remercie Monsieur le Professeur Jamin d'avoir dirigé avec attention et bienveillance les recherches ayant conduit à cette thèse.

Je remercie également Thomas Rhiem de son aide pour l'appréhension du droit allemand, ainsi que Fabrice Gréau, Aline Tenenbaum, Gilles Pillet et Catherine Mendras d'avoir accepté de relire certaines parties de ce travail et de m'avoir dispensé d'utiles conseils.

Je tiens enfin à exprimer ma reconnaissance à Delphine, mon épouse, sans le soutien affectif et intellectuel de laquelle je ne serais jamais parvenu à achever ce travail. Je tiens notamment à la remercier du temps et de l'attention qu'elle a consacrés à la relecture de ces pages, bien absconses pour un non juriste.



## Liste des principales abréviations

### **A**

adde = ajouter  
Actes pratiques – Sociétés = Actes pratiques & ingénierie sociétariaire  
Ann. dr. com. = Annales de droit commercial français, étranger et international  
al. = alinéa  
art. = article  
avr. = avril

### **B**

BRDA = Bulletin rapide de droit des affaires  
Bull. civ. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)  
Bibl. const. et sc. pol. = Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques  
Bull. crim. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)  
Bull. Joly = Bulletin mensuel Joly  
Bibl. dr. priv. = Bibliothèque de droit privé  
Bibl. dr. pub. = Bibliothèque de droit public  
Bibl. dr. entrep. = Bibliothèque du droit de l'entreprise

### **C**

C. civ. = Code civil  
chr. = chronique  
Civ. 1<sup>ère</sup> = arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation  
Civ. 3<sup>ème</sup> = arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation  
Comm. com. élec. = Communication, Commerce électronique  
Com. = arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation  
comp. = comparer avec  
concl. = conclusions  
C.C.C. = Revue Contrats, concurrence, consommation

### **D**

D. = Recueil Dalloz  
D. aff. = Recueil Dalloz affaires  
D. C. = Recueil Dalloz critique  
déc. = décembre  
Defrénois = Répertoire général du notariat  
Defrénois  
D. H. = Recueil hebdomadaire Dalloz  
Dig. = Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien traduits en français, par M. Hulot, 1804  
D. P. = Recueil périodique Dalloz

DPCI = Droit et pratique du commerce international

Dr. soc. = Droit des sociétés

### **E**

éd. = édition  
EDCE = Etudes et documents du Conseil d'Etat  
eod. loc. = eodem loco = au même endroit

### **F**

fév. = février

### **G**

Gaz. Pal. = Gazette du Palais

### **I**

ibid. = ibidem = au même endroit  
infra = ci-dessous  
Inst. = Les Institutes de l'Empereur Justinien traduits en français, par M. Hulot, 1806.

### **J**

janv. = janvier  
JCP = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition générale  
JCP, éd. E = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition entreprise  
JCP, éd. N = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition notariale  
JDI = Journal du droit international  
Jour. notaires = Journal des notaires et des avocats  
juil. = juillet

### **L**

L. = Loi  
loc. cit. = loco citato = à l'endroit cité

### **O**

oct. = octobre  
op. cit. = opere citato = dans l'ouvrage cité

### **N**

nov. = novembre

### **P**

p. = page  
pan. = Panorama de jurisprudence  
préc. = précité  
P.U.F. = Presses universitaires de France



## **Q**

Quot. jur. = Le quotidien juridique

## **R**

RDBF = Revue de droit bancaire et financier

RDC = Revue des contrats

Rec. = Recueil des décisions du Conseil d'Etat

Rec. gén. Lois = Recueil Général des Lois

rééd. = réédition

Rép. = Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence par M. D. Dalloz, 1858

Req. = arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation

Rev. conc. cons. = Revue de la concurrence et de la consommation

Rev. cons. jur. = Revue du conseil juridique

Rev. crit. lég. = Revue critique de législation et de jurisprudence

Rev. dr. banc. = Revue de droit bancaire et de la bourse

Rev. gén. droit. com. = Revue générale de droit commercial

Rev. spéc. sociétés = Revue spéciale de doctrine et de jurisprudence concernant les sociétés

Rev. soc. = Revue des sociétés

RIEJ = Revue interdisciplinaire d'études juridiques

RRJ = Revue de la recherche juridique, Droit prospectif

RFC = Revue française de comptabilité

RFSP = Revue française de science politique

RIDC = Revue internationale de droit comparé

RJC = Revue de jurisprudence commerciale

RJDA = Revue de jurisprudence de droit des affaires

RJF = Revue de jurisprudence fiscale

RTD civ. = Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. = Revue trimestrielle de droit commercial

## **S**

S. = Recueil Sirey (suivi, pour les arrêts publiés avant 1830 du numéro du volume et, à partir de 1831, de l'année de publication du volume)

SA = société anonyme

SARL = société à responsabilité limitée

SNC = société en nom collectif

SAS = société par actions simplifiée

som. = sommaire

spéc. = spécialement

supra = ci-dessus

Supp. = Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence de MM. Dalloz, 1896

## **T**

T. = tome

Trib. civ. = jugement d'un tribunal civil

Trib. com. = jugement d'un tribunal de commerce

## **V**

V. = voir

## Règles de citations

### Ouvrages et thèses

Les ouvrages généraux, traités et manuels seront, après une première citation de leurs références complètes, cités par le nom de l'auteur suivi de la mention « *op. cit.* ». Afin toutefois d'éviter toute confusion, la référence comportera également le titre de l'ouvrage lorsque son ou ses auteurs ont rédigés plusieurs ouvrages cités dans le présent travail.

Après une première citation complète de leurs références, les thèses, publiées ou non, seront citées par le seul nom de l'auteur suivi de la mention « thèse préc. ».

Le nom de l'auteur d'une thèse ou d'un ouvrage sera toutefois suivi de la seule mention « *op. et loc. cit.* » lorsque les références du passage cité seront exactement identiques à celles d'une citation figurant dans les deux notes de bas de page précédentes.

### Articles de doctrine et fascicules de répertoires et encyclopédies juridiques

Les articles de doctrine, après que leur référence complète aura été indiquée une première fois, seront en principe cités par le nom de l'auteur suivi de la mention « art. préc. ». Les travaux d'auteurs ayant rédigé plusieurs articles cités dans le présent travail seront mentionnés par le nom de l'auteur suivi du titre de l'article et de la mention « art. préc. ».

Les articles de répertoires et d'encyclopédies juridiques seront, après une première citation complète de leurs références, cités par le nom de l'auteur suivi de la mention « fasc. préc. ».

Le nom de l'auteur sera suivi de la seule mention « *eod. loc.* » lorsque les références du passage cité seront exactement identiques à celles d'une citation figurant dans les deux notes de bas de page précédentes.

### Notes et observations

Afin de permettre au lecteur de retrouver rapidement leurs références, les notes et observations seront toujours citées par leurs références complètes. Exceptionnellement, le nom de l'auteur sera suivi de la seule mention « *eod. loc.* » lorsque la référence sera exactement identique à celle citée dans la note ou les deux notes de bas de page précédentes.



# SOMMAIRE\*

(Les nombres renvoient aux pages)

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE : L'INADEQUATION DU DROIT POSITIF : LES DIFFICULTES ENGENDREES PAR LES MODES DE FIXATION DU PRIX ADOPTES PAR LES PARTIES.....</b>	<b>33</b>
<b>TITRE I : LA LICÉITE INCERTAINE DES PROMESSES D'ACHAT OU DE VENTE DE DROITS SOCIAUX A PRIX GARANTI AU REGARD DE LA PROHIBITION DES CLAUSES LEONINES ..</b>	<b>35</b>
Chapitre 1 : La licéité admise .....	41
Chapitre 2 : La licéité contestable .....	73
<b>TITRE II : LA DIFFICILE FIXATION D'UN PRIX CONFORME AUX EXIGENCES DU DROIT DE LA VENTE .....</b>	<b>123</b>
<b>SOUS-TITRE I : L'ADAPTATION DU PRIX ET DE LA VALEUR D'ÉCHANGE DES DROITS SOCIAUX.....</b>	<b>125</b>
Chapitre 1 : L'adaptation initiale du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux .....	127
Chapitre 2 : Le maintien du rapport entre le prix et la valeur d'échange des droits sociaux .....	153
<b>SOUS-TITRE II : LES RISQUES ENGENDRES PAR L'ADAPTATION DU PRIX ET DE LA VALEUR D'ÉCHANGE DES DROITS SOCIAUX .....</b>	<b>221</b>
Chapitre 1 : L'indétermination du prix.....	223
Chapitre 2 : Le défaut de prix sérieux .....	267
Chapitre 3 : L'atteinte portée au caractère monétaire de la contrepartie.....	339
<b>SECONDE PARTIE : L'ÉVOLUTION SOUHAITABLE DU DROIT POSITIF : L'ÉVICTION SELECTIVE DU DROIT DE LA VENTE ET DE LA PROHIBITION DES CLAUSES LEONINES .....</b>	<b>365</b>
<b>TITRE I : LES FONDEMENTS DE L'ÉVOLUTION PROPOSÉE : L'<i>AFFECTIO SOCIETATIS</i> DU CEDANT ET DU CESSIONNAIRE: .....</b>	<b>369</b>
Chapitre 1 : Les fondements pratiquement envisageables.....	371
Chapitre 2 : Les fondements retenus .....	419
<b>TITRE II : LES EFFETS DE L'ÉVOLUTION PROPOSÉE : L'ASSOUPLISSEMENT DES CONTRAINTES PESANT SUR LA FIXATION DU PRIX DES DROITS SOCIAUX: .....</b>	<b>463</b>
Chapitre 1 : L'accroissement des possibilités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux .....	465
Chapitre 2 : L'admission du caractère supplétif de la vocation aux résultats des bailleurs de fonds.....	517
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>549</b>

---

\* Une table des matières détaillée figure en fin d'ouvrage



# INTRODUCTION

1. Le terme de prix reçoit, dans le langage courant, différentes acceptions. Il est, d'abord « *le rapport de valeur d'un bien à un autre bien* ». Il désigne également « *la valeur relative, ce qu'il en coûte pour obtenir quelque chose* », une « *récompense* », ou encore « *une épreuve à l'issue de laquelle est décerné un prix* »<sup>1</sup>. On veut « *à tout prix* » atteindre un objectif ; tel sacrifice est « *le prix à payer* » pour l'obtenir. Le loup de La Fontaine n'accepterait pas, à l'instar du chien, d'être attaché, « *et ne voudrait pas même à ce prix un trésor* »<sup>2</sup>. Et le Don César de Victor Hugo, auquel on demande assistance pour se venger d'une femme, préférerait « *plutôt qu'être, à ce prix, un riche et haut seigneur* », subir un châtement infamant<sup>3</sup>. La notion de prix est donc indissociable de l'idée de récompense due ou obtenue en contrepartie d'une chose, d'un service, d'un effort. Le prix représente l'un des deux termes d'un échange ; il est l'expression de la valeur d'un bien ou d'un service<sup>4</sup>.

Ce lien entre prix et valeur est également prégnant en économie. Le prix y est d'abord défini comme l'expression monétaire de la valeur d'échange d'un bien<sup>5</sup>. La valeur d'échange pouvant elle-même être définie comme « *la faculté que confère la possession d'une chose d'en acheter d'autres, c'est-à-dire la quantité de toute autre marchandise contre laquelle elle s'échange* »<sup>6</sup>, le prix devient la quantité de monnaie contre laquelle le propriétaire d'un bien peut l'échanger. La notion de prix n'est toutefois pas limitée à l'expression monétaire de ce rapport. Le terme de prix désigne plus largement un rapport entre deux valeurs d'échange ou deux quantités de bien<sup>7</sup>. Walras estimait, par exemple, que si un individu échange 5 hectolitres de blé contre 10 hectolitres d'avoine, le prix du blé en avoine est de 2, et celui de l'avoine en blé de  $\frac{1}{2}$ <sup>8</sup>. Adam Smith considérait que le « *prix réel de toute chose* » pour un

---

<sup>1</sup> *Le petit Robert*, Dictionnaire le Robert, 1996.

<sup>2</sup> Le loup et le chien, in *Fables de La Fontaine*, illustrées par Benjamin Rabier, Librairie illustrée, Jules Tallandier, 1906, p. 8.

<sup>3</sup> HUGO (V.), *Ruy Blas*, Bordas, 2004, vers n° 244.

<sup>4</sup> LARRIBAU-TERNEYRE (V.), L'exigence d'une notion de prix (Problématique), *JCP éd E* 1997, suppl. n° 5, p. 25.

<sup>5</sup> SAMUELSON (P.) et NORDHAUS (W.), *Economie*, Economica, 16<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 27 ; LAKEHAL (M.), *Dictionnaire d'économie contemporaine*, Vuibert, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 576.

<sup>6</sup> JOUARY (P.), *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, thèse Paris I, 2002, n° 7, p. 8 ; LAKEHAL (M.), *op. cit.*, p. 779.

<sup>7</sup> JOUARY (P.), *op. et loc. cit.* ; v. également GREFFE (X.), MAIRESSE (J.), REIFFERS (J.-L.), *Encyclopédie économique*, t. I, Economica, 1990, p. 683s. ; LAKEHAL (M.), *op. cit.*, p. 575.

<sup>8</sup> WALRAS (L.), *Eléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 49.

individu est « *la peine et le mal qu'il a pour l'obtenir* »<sup>9</sup>. Et les auteurs plus récents qualifient de « *prix relatif* » la quantité d'un bien A qu'il faut pour obtenir une unité d'un bien B<sup>10</sup>.

2. Le sens du terme « prix » est, en droit, plus précis.

Le prix n'a certes pas été défini par le législateur<sup>11</sup>. Le Code civil y fait référence dans de nombreux articles sans pour autant préciser ce que signifie ce vocable<sup>12</sup>. L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, codifiée désormais aux articles L. 410-1 et suivant du Code de commerce, ne précise pas davantage ce qu'il faut entendre par prix<sup>13</sup>.

La doctrine s'accorde cependant pour le définir, globalement, comme une contre-prestation en argent<sup>14</sup>. Plus spécialement, il est considéré comme désignant, dans le contrat de vente, la somme d'argent que l'acquéreur s'oblige à payer au vendeur<sup>15</sup>, ou, si l'on précise cette définition, comme la somme d'argent que l'acquéreur a l'obligation de payer au vendeur en contrepartie de l'aliénation de la chose transmise<sup>16</sup>.

3. Ainsi défini, le prix doit être distingué de la valeur de la chose vendue.

---

<sup>9</sup> SMITH (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, 1776, Nouvelle traduction coordonnées par P. Jaudel, *Economica*, 2000, n° 25, p. 37.

<sup>10</sup> V. par exemple DEFALVARD (H.), *Fondements de la microéconomie*, Vol. 1, Les choix individuels, de boeck, 2003, p. 46.

<sup>11</sup> RACINE (J.-B.), La notion de prix en droit contemporain des contrats, *Rev. Intern. Dr. Eco* 1999.77, spéc. p. 78 ; JOUARY (P.), thèse préc., n° 2, p. 2.

<sup>12</sup> LARRIBAU-TERNEYRE (V.), art. préc., n° 5, p. 25. Les travaux préparatoires ne comportent aucune précision sur la question de savoir pourquoi le prix en argent n'a pas été mentionné explicitement dans la définition du contrat. Les articles 1582 à 1584 ont en effet été adoptés sans discussion, tout au moins sans discussion consignée (V. FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, 1827, p. 20). Portalis, dans sa Présentation au Corps législatif du projet de loi sur le contrat de vente (FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 109), se contente d'exposer que « *quand on connaît l'origine du contrat de vente, on connaît sa nature* », avant de présenter la définition susmentionnée. Faure, dans sa Communication au Tribunal considère qu'il résulte de cette définition que trois points essentiels constituent la vente : la chose, le prix, et le consentement (FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 152), et Grenier n'apporte aucun élément sur ce point (FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 182).

<sup>13</sup> RACINE (J.-B.), *eod. loc.* ; JOUARY (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>14</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), L'indétermination du prix, *RTD civ.* 1992.269, n° 2, p. 270 ; THIOYE (M.), *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, thèse Toulouse, 2000, n° 6, p. 9.

<sup>15</sup> COLIN (A.) ET CAPITANT (H.), *Cours élémentaires de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 1932, n° 538, p. 495 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 3, 2<sup>ème</sup> vol., *Principaux contrats*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., 1968, n° 860, p. 106 et 6<sup>ème</sup> éd., 1984, par M. DE JUGLART, n° 860, p. 130.

<sup>16</sup> MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 200, p. 139 ; v. également pour des définitions proches PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 10, *Contrats Civils, Première partie*, L.G.D.J., 1932, n° 35, p. 28 ; RIPERT (G.) ET BOULANGER (J.), *Traité de droit civil*, t. 3, L.G.D.J., 1958, n° 1333, p. 453 ; MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 108, p. 101 ; ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil, contrats spéciaux*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 80 p 71 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 135, p. 135 ; v. également HUET (J.), *Les principaux contrats civils*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 11189, p. 153, qui le définit comme une contrepartie en argent.

Il doit, en premier lieu, être distingué de ce que l'on nomme valeur d'usage, c'est-à-dire de la mesure de l'utilité d'un bien pour un individu<sup>17</sup>, de son aptitude à satisfaire les besoins d'un individu<sup>18</sup>. Cette valeur reste extérieure à l'échange ; elle est essentiellement individuelle et subjective<sup>19</sup>. Elle se distingue donc du prix tel que précédemment défini, qui n'existe que dans l'échange au sens économique du terme, et plus précisément dans la vente.

Le prix doit, en second lieu, être distingué de la valeur d'échange du bien. La valeur d'échange est un rapport entre des quantités de marchandises, « *un mode de comparaison entre les différents biens en circulation, qui permet de dépasser leurs caractères hétérogènes* »<sup>20</sup>. Elle est la quantité de toute autre marchandise contre laquelle le bien s'échange<sup>21</sup>. Le prix entendu comme obligation monétaire pesant sur l'acheteur dans une vente donnée ne peut alors être assimilé à cette valeur, quel qu'en soit le mode d'appréciation. Résultant de l'accord des parties, il est distinct de l'appréciation de la valeur d'échange du bien que peut en faire chaque individu, en estimant la quantité d'autres biens qu'il sera disposer à céder pour obtenir la chose, ou au contraire la quantité d'autres biens contre laquelle il sera disposer à céder la chose<sup>22</sup>. Il est encore distinct de la valeur d'échange commune ou moyenne, parfois appelée valeur vénale<sup>23</sup>, entendue comme l'ensemble des valeurs d'échange conventionnelles pour un type de bien donné<sup>24</sup>. Il est, enfin, distinct de la

<sup>17</sup> GOUBEUX (G.), A propos de l'erreur sur la valeur, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 389 s., spéc. n° 5, p. 392.

<sup>18</sup> JOUARY (P.), thèse préc., n° 5, p. 7.

<sup>19</sup> *Ibid.* et les références, notamment économiques, citées.

<sup>20</sup> LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, Bibl. dr. priv., t. 225, L.G.D.J., 1992, n° 48, p. 39.

<sup>21</sup> JOUARY (P.), *op. et loc. cit.* Pour reprendre l'exemple donné par Monsieur Jouary, on dira qu'un daim vaut deux castors, ou qu'une table vaut trois chaises.

<sup>22</sup> V. pour une telle définition de la valeur d'échange : VALMONT (M.), *Le fondement juridique de la lésion dans les contrats entre majeurs*, 1938, p. 67. Cette mesure diffère de la valeur d'usage en ce qu'elle n'est plus seulement une mesure individuelle de l'utilité de la chose, mais une première adaptation de l'utilité du bien à la réalité (VALDEYRON (D.), *A la recherche du juste prix*, thèse Bordeaux, 1942, p. 46) : l'individu tente de déterminer la quantité d'autres biens qu'il pourrait obtenir ou qu'il devrait céder en échange de la chose.

<sup>23</sup> La Cour de cassation a en particulier adopté cette terminologie en matière fiscale. Il est parfois nécessaire, pour déterminer les droits d'enregistrements dus à l'occasion d'une transmission de bien, de déterminer sa valeur. L'article 666 du Code général des impôts précise ainsi que « *les droits proportionnels ou progressifs d'enregistrement et la taxe proportionnelle de publicité foncière sont assis sur les valeurs* ». La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que « *la valeur vénale réelle d'un bien est constituée par le prix qui pourrait être obtenu par le jeu de l'offre et de la demande dans le marché réel compte tenu de l'état dans lequel il se trouve avant la mutation* » (Com., 23 oct. 1984, Bull. civ. IV, n° 275, p. 224 ; Com., 6 mai 1986, Bull. Civ. IV, n° 81, p. 70 ; Com., 4 oct. 1988, Bull. civ IV, n° 260, p. 178 ; Com., 28 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 44, p. 34 ; Com., 12 mai 2004, Bull. civ. IV, n° 90, p. 94).

<sup>24</sup> Pour une telle définition, VALDEYRON (D.), thèse préc., p. 47. L'expression monétaire de cette valeur constituerait le juste prix du bien (FRISON-ROCHE (M.-A.), art. préc., p. 272. V. également GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *La vente*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 1990, n° 427, p. 492, qui exposent que le prix de marché constitue un minimum ou un maximum auxquels le prix conventionnel ne doit pas être inférieur ou supérieur, selon l'opération et la partie que l'on entend protéger). Certains auteurs ont cependant critiqué



valeur d'échange retenue par les parties dans un contrat donné<sup>25</sup>. La valeur d'échange est alors un rapport entre deux quantités de bien<sup>26</sup>. Dans son expression monétaire, elle est un rapport entre le bien vendu et une quantité de monnaie. Elle est la mesure de la dette que ferait naître le transfert de propriété du bien<sup>27</sup>, quand le prix désigne la quantité d'unité monétaire dont le transfert est nécessaire à l'extinction de cette dette<sup>28</sup>.

4. Le prix n'est toutefois pas sans lien avec cette valeur d'échange. Dès lors en effet qu'aucune des parties au contrat de vente n'entend subir, du fait du contrat, un appauvrissement, la liquidation de la dette suppose son évaluation<sup>29</sup>. En d'autres termes, la fixation du quantum de l'obligation monétaire suppose nécessairement la fixation préalable de la valeur d'échange du bien<sup>30</sup>. L'accord sur celle-ci garantit qu'elle est considérée par chacune des parties comme compensant le déplacement de valeur résultant du transfert de propriété du bien du patrimoine du vendeur à celui de l'acheteur. A défaut d'un tel accord, l'une ou l'autre des parties, voire les deux, pourraient accepter de contracter à un prix qu'elles jugeraient inapte à compenser l'enrichissement ou l'appauvrissement subi du fait du transfert de propriété.

---

l'assimilation entre le prix de marché et la valeur, au motif que cette assimilation n'était possible que dans un système de concurrence pure et parfaite, système qui n'existerait que rarement (V. par exemple SHINDLER-VIGUIE (S.), *La notion de juste prix en droit positif français*, thèse Paris, 1993, p. 61s., spéc. p. 70s). Les biens n'auraient ainsi de valeur que subjective, au moins partiellement (THIOYE (M.), thèse préc., n° 552, p. 609).

<sup>25</sup> Contra : GOUBEAUX (G.), art. préc., p. 392 ; VALMONT (M.), *op. et loc. cit.* ; v. également JOUARY (P), thèse préc., n° 8, p. 11, qui, citant Turgot, écrit : « *En définitive, on retiendra que « le prix est toujours l'énonciation de la valeur »* ». Critiquant cette assimilation : LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 49, p. 41.

<sup>26</sup> JOUARY (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>27</sup> DECOCQ (G.), *Essai sur l'évaluation*, thèse Paris II, 1996, n° 11, p. 19.

<sup>28</sup> *Ibid.* La valeur d'échange résulte ainsi de l'accord des parties sur le fait que le bien proposé à la vente « vaut tel quantité de monnaie ». Le prix résulte de l'accord des parties sur le fait qu'en conséquence, l'acheteur s'engage à payer la quantité correspondante d'unités de paiement. Comp. LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 36s., p. 32s., qui estime que le prix est mesuré en unités de valeur, qui est l'unité abstraite qui permet une comparaison entre les biens, comme le mètre permet une comparaison entre la taille des biens, et que la dette ainsi déterminée est éteinte par le paiement d'unités de paiement. Nous n'insisterons pas sur la distinction entre unités de valeur et unités de paiement proposée par Monsieur Libchaber, dans la mesure où elle n'a de conséquence ni sur l'analyse des difficultés suscitées par le prix dans les cessions de droits sociaux, ni sur les propositions formulées pour résoudre ces difficultés.

<sup>29</sup> V. *in fine* DECOCQ (G.), thèse préc., n° 18, p. 32.

<sup>30</sup> Détermination de la valeur d'échange et du prix interviennent le plus souvent concomitamment. Les parties à un contrat de vente ne distinguent généralement pas l'accord sur le montant de la dette et l'accord sur la quantité d'unités de paiement dont le transfert sera nécessaire à son extinction. Elles conviennent simultanément du rapport d'échange entre le bien et la monnaie, et de l'obligation faite à l'acquéreur de verser la quantité de monnaie correspondante en contrepartie du transfert de propriété. L'évaluation de la dette, c'est-à-dire l'opération consistant à « *fixer la valeur de la contreprestation justifiant l'existence de la créance* », n'en demeure pas moins distincte de sa liquidation, c'est-à-dire de l'opération consistant à calculer le nombre d'unités de paiement dont le transfert sera nécessaire à l'extinction de la dette (DECOCQ (G.), thèse préc., n° 18, p. 32).

5. De ce que la fixation du prix nécessite une évaluation préalable de l'objet de la vente, il résulte que le processus qui conduit à la liquidation du prix soulève, dans les cessions<sup>31</sup> de droits sociaux, c'est-à-dire de parts sociales ou d'actions<sup>32</sup>, certaines difficultés (§ 1). Celles-ci permettent de dégager les objectifs de la présente recherche (§ 2). Sur la base de ces éléments, il est possible de préciser le champ de l'étude (§ 3), et de proposer un plan permettant de l'aborder (§ 4).

### **§ 1 – Les difficultés affectant le processus de liquidation du prix dans les cessions de droits sociaux**

6. La cession de droits sociaux a pour effet de transmettre au cessionnaire tous les droits attachés aux parts sociales ou aux actions acquises<sup>33</sup>. Le cessionnaire acquiert des droits extrapatrimoniaux<sup>34</sup>, à savoir l'ensemble des droits politiques dont sont titulaires les associés :

<sup>31</sup> Le terme de cession semble généralement employé pour désigner les transferts à titre onéreux, les transferts à titre gratuit étant qualifiés de « transmission » (en ce sens : PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *Cession d'entreprise*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 1999, n° 2, p. 2 ; v. par exemple COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des Sociétés*, Litec, 20<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 711s., p. 323s. ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, t.1, vol. 2, L.G.D.J., 18<sup>ème</sup> éd., 2002, par M. Germain, n° 1088, p. 69). Certaines dispositions désignent toutefois plus largement par ce terme toutes les formes de transmission (en ce sens LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 1054, p. 633). Et il est parfois défini comme « la transmission entre vifs du cédant au cessionnaire d'un droit réel ou personnel à titre onéreux ou gratuit » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 141 ; v. également ARTZ (J.-F.), *Rep. sociétés Dalloz*, v° Cession de droits sociaux, 1996, n° 1, p. 3). Nous adopterons dans la présente recherche la définition la plus répandue, et désignerons par cession les transmissions à titre onéreux.

<sup>32</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *op. cit.*, n° 1080, p. 62, qui exposent que « le droit né du contrat de société au profit de chaque associé est dénommé intérêt ou part sociale, quand la société revêt une des formes prévues par la loi pour les sociétés de personnes » et que l'action « désigne le droit de l'associé dans les sociétés de capitaux » ; V. également les auteurs qui, sans définir la notion de droit social, emploient le terme pour désigner actions et parts sociales, et notamment : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 321, p. 158 ; WERTENSCHLAG (B.), Prix déterminable et cession de droits sociaux, *JCP éd. E* 1991.I.99 ; LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, *Rev. sociétés*, 1993.11 ; MOUSSERON (P.), *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, préf. M. Jeantin, Nouvelles Editions Fiduciaires, 1992 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1340, p. 233 ; adde LE CANNU (P.), *op. cit.*, qui dans la rubrique de l'index relative aux droits sociaux, renvoie aux parts sociales ou aux actions).

<sup>33</sup> A propos du cessionnaire de parts de SARL : MERLE (P.), *Sociétés commerciales*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 219, p. 242 ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 1226, p. 762 ; A propos de la cession des parts d'une SNC : DEREU (Y.), Sociétés en nom collectif, Parts sociales, cessions entre vifs, *Jurisclasseur Traité des sociétés*, fasc. 59-20, 1996, spéc. n° 179, p. 17 ; A propos de la cession d'actions : LE NABASQUE (H.), Les actions sont des droits de créance négociables, in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 671, spéc. p. 684. V. également COURTIER (J.-L.), Validité et opposabilité des cessions de parts de la société en nom collectif, *Dr. soc.*, déc. 1998, n° 14, p. 10. Ces principes sont par ailleurs applicables au cessionnaire des parts d'une société en commandite simple, en application de l'article L. 222-2 du Code de commerce qui précise que les dispositions applicables aux SNC le sont aux sociétés en commandite simple, sous certaines réserves qui ne concernent pas le moment du transfert de titularité des droits sociaux. V. sur la date à laquelle le transfert produit effet entre les parties d'une part, vis-à-vis des tiers, et spécialement de la société, d'autre part, infra n° 45.

<sup>34</sup> V. sur les droits extra-pécuniaires des actionnaires : MERLE (P.), *op. cit.*, n° 304s., p. 357s. ; GUYON (Y.), *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et Société*, Economica, 12<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 750, p. 804 ; COZIAN

droit de participer aux assemblées d'associés et d'y voter<sup>35</sup>, droit à l'information<sup>36</sup>.... Il acquiert également des droits patrimoniaux – le droit de récupérer lors de la dissolution, si la société est bénéficiaire, la valeur nominale des parts, ainsi que l'éventuel boni de liquidation ; dans le cas contraire, le droit de récupérer la part du capital non absorbée par les pertes ; le droit de percevoir les éventuels dividendes...<sup>37</sup>. La valeur d'échange des droits sociaux, et donc leur prix, dépend dès lors, notamment, de la capacité de l'entreprise à dégager des bénéfices et à distribuer des dividendes, capacité qui résulte de son patrimoine, de sa situation financière de sa position sur le marché.... Il en est en particulier ainsi lorsque la cession porte sur une quantité de parts sociales ou d'actions qui permet au cessionnaire d'obtenir le pouvoir au sein de la société dont les droits sociaux sont cédés, c'est-à-dire lorsqu'elle porte sur le contrôle de la société dont les parts sociales ou actions sont cédées<sup>38</sup>. La cession de droits sociaux est alors, dans la réalité économique et financière, une cession d'entreprise, qui se réalise juridiquement par l'acquisition du pouvoir dans la société<sup>39</sup>. Le but du cessionnaire est d'acquérir le contrôle de la société pour conduire une activité économique au moyen des

---

(M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 661s., p. 301s. ; MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 417s. p. 232s. ; Sur les droits extra pécuniaires des associés d'une SARL, d'une SNC, des sociétés civiles cf. respectivement COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 1032s., p. 443s., n° 1148s., p. 497s., n° 1202s, p. 522s.

<sup>35</sup> La Cour de cassation a ainsi clairement posé, au visa de l'article 1844 du Code civil, le principe suivant lequel « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions* ». (Com., 9 fév. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 44, p. 36).

<sup>36</sup> L'associé d'une SARL ou l'actionnaire d'une société anonyme peuvent ainsi, par exemple, prendre connaissance à toute époque de l'année au siège social de la société des principaux documents concernant la société (Art. L. 223-26 du Code de commerce pour l'associé de SARL et L. 225-117 pour l'actionnaire d'une SA). Les associés non gérants des sociétés en nom collectif ou les commanditaires des sociétés en commandite simple ont de même le droit, deux fois par an, d'obtenir communication des livres et documents sociaux et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale (Art. L. 221-8 et L. 222-7 du Code de commerce).

<sup>37</sup> V. sur les droits pécuniaires des actionnaires : MERLE (PH.), *op. cit.*, n° 294s., p. 346s. ; GUYON (Y.), *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et Société*, *op. cit.*, n° 749, p. 804 ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 1042s., p. 662s. ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 695., p. 316s. ; Sur les droits pécuniaires des associés d'une SARL, d'une SNC, et d'une société civile cf. respectivement : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 1044s., p. 448s. et n° 1150s., p. 498s., et n° 1205, p. 523 ; v. également MASSART (T.), *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse Paris, 1995, p. 25s.

<sup>38</sup> Les cessions de contrôle peuvent être définies comme : « *l'opération juridique par laquelle un acquéreur (ou groupe d'acquéreurs) se fait transférer par un ou plusieurs cédants un bloc de titres sociaux en quantité suffisante pour lui conférer le pouvoir de diriger la société dont les titres sont ainsi cédés moyennant le paiement d'un certain prix* » (PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1347, p. 235) ; v. pour une définition proche : PAILLUSSEAU (J.), *La cession de contrôle*, *JCP éd. E*, 1985.II.14587, n° 11, p. 612, qui précise qu'elle est « *le transfert du pouvoir dans l'entreprise, tel que ce pouvoir est organisé par le droit* » ; v. également GERMAIN (M.), *Cession de contrôle des sociétés non cotées, questions de principe*, in *La Transmission des entreprises*, *RJC*, numéro spécial, nov. 1988, p. 69 ; STORCK (M.), *Définition légale du contrôle d'une société en droit français*, *Rev. soc.* 1986.385, spéc. p. 394 et, p. 404 ; ROUX (D.), *La spécificité des cessions de contrôle*, *Rev. sociétés* 1980.49, n° 6, p. 52 ; CHAMPAUD (C.), *La cession de contrôle, Présentation générale*, in *Nouvelles techniques de concentration*, Sirey, 1972, p 137, spéc. p. 138.

<sup>39</sup> PAILLUSSEAU (J.), *Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle*, *JCP* 2002.I.112, n° 1, p. 291.

actifs qui lui appartiennent<sup>40</sup>. Aussi ce cessionnaire se détermine-t-il à acheter en fonction de l'activité de la société, de son potentiel économique, de ses moyens, et notamment de ses actifs, de sa position sur le marché, de sa situation financière<sup>41</sup>. La valeur de ces droits dépend ainsi d'abord de la valeur de l'entreprise<sup>42</sup>.

Ce lien entre valeur des droits sociaux et valeur de l'entreprise induit deux types de comportement, tous deux sources de difficultés. Dans de nombreux cas, les parties cherchent à adapter le montant de l'obligation monétaire à la valeur d'échange des droits sociaux et, à travers elle, à celle de l'entreprise (A). Parfois au contraire, elles souhaitent supprimer cette correspondance entre valeur de l'entreprise et prix des droits sociaux (B).

### **A – Les difficultés résultant de la volonté de déterminer un prix reflétant la valeur de l'entreprise**

7. Dans la plupart des cessions, les parties souhaitent que le prix des droits sociaux reflète la valeur de l'entreprise. Elles se heurtent alors à deux écueils.

8. Le premier, d'ordre économique et financier plus que juridique<sup>43</sup>, résulte de la difficulté qu'elles peuvent rencontrer pour déterminer la valeur d'échange d'une entreprise dont toutes les caractéristiques sont connues.

L'évaluation d'une entreprise peut en effet être conduite selon de nombreuses méthodes. L'entreprise peut être considérée à la fois comme un instrument d'accumulation d'actifs, et

---

<sup>40</sup> PAILLUSSEAU (J.), L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle, *Droit et patrimoine*, fév. 1994, p. 32, spéc., p. 35.

<sup>41</sup> PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, in *La prise de contrôle d'une société*, *RJC*, numéro spécial, nov. 1998, p. 43, spéc. n° 7, p. 44.

<sup>42</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), *JCP* 1992.I.3578, n° 29, p. 191. D'autres considérations, relatives non plus à l'entreprise mais aux droits sociaux eux-mêmes, interviennent. Le prix de ceux-ci dépend en effet également de l'étendue du pouvoir qu'ils confèrent dans la société (PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 29, p. 191). Les parties incluent ainsi fréquemment dans le prix des droits sociaux, lorsque le nombre de parts sociales ou d'actions cédées permet au cessionnaire d'obtenir le contrôle de la société dont les droits sont cédés, une prime de contrôle (PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée, art. préc., n° 29, p. 191 ; v. également LAMBERT (T.), *Le prix de cession des actions et parts sociales*, thèse Nancy, 1991, n° 306s., p. 236s. ; HONORAT (J.), La prime de contrôle ou quand deux et deux ne font plus quatre, *Propos impertinents du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 147).

<sup>43</sup> COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux, *Bull. Joly* 2001, § 242, p. 1045s., spéc. n° 2, p. 1045. Nous nous bornerons en conséquence à l'évoquer brièvement.

comme une source de revenus pour l'entrepreneur<sup>44</sup>. Son évaluation peut donc reposer sur la notion de patrimoine, ou sur celle de rentabilité<sup>45</sup>. L'appréhension patrimoniale de la valeur de l'entreprise consiste, le plus souvent, à déterminer l'actif net de l'entreprise, constitué par la différence entre, d'une part, la somme des valeurs des éléments de l'actif de l'entreprise et, d'autre part, la somme que représente l'ensemble des passifs externes<sup>46</sup>. Elle peut également résulter de la détermination d'une valeur substantielle, qui ne prend en compte que les éléments d'actif exploités dans un but économique spécifique, à l'exclusion de ceux non nécessaires à l'exploitation, et ne tient pas compte du passif exigible<sup>47</sup>. L'appréhension en termes de rentabilité se situe dans l'optique financière d'un investissement dont on cherche à évaluer le rendement prévisionnel ; elle tente de définir la capacité bénéficiaire de l'entreprise à partir de ses conditions d'exploitation<sup>48</sup>. Elle peut tendre à déterminer une valeur de rendement, fondée sur l'évaluation du bénéfice que l'on considère comme durablement réalisable<sup>49</sup>. Elle peut également être fondée non sur le bénéfice réalisable, mais sur une évaluation des bénéfices distribuables, c'est-à-dire sur une anticipation des dividendes futurs<sup>50</sup>. L'approche en termes de rentabilité peut encore être fondée sur la détermination d'une survaleur, ou « goodwill », qui correspond à la différence entre la valeur globale de l'entreprise et la juste valeur des éléments de son actif<sup>51</sup>, c'est-à-dire à la richesse que crée le fonctionnement concomitant des différents éléments de l'entreprise, mesurée par rapport à la valeur de chacun d'eux pris isolément. Elle peut enfin être fondée sur la prise en compte de la marge brut d'autofinancement, c'est-à-dire de l'excédent des produits sur les charges réelles de l'entreprise<sup>52</sup>.

Cette multiplicité des méthodes d'évaluation rend difficile un accord des parties sur le prix. Aucune de ces méthodes ne permet en effet de déterminer une valeur absolue, unique et certaine de l'entreprise<sup>53</sup>. Chacun, du cessionnaire et du cédant, tentera de faire prévaloir la méthode la plus conforme à ses intérêts. L'acquéreur accordera, en fonction de sa stratégie et de ses besoins, une plus ou moins grande importance à la nature de l'activité de l'entreprise, à

---

<sup>44</sup> DANET (D.), Cessions de droits sociaux : information préalable ou garantie des vices?, *RTD com.* 1992.315, p. 317, repris par M. Langles, in LANGLES (T.), *Les clauses de garantie d'actif et de passif à l'occasion de la cession de droits sociaux*, thèse Paris XIII, 1993, n° 61, p. 69.

<sup>45</sup> DANET (D.), art. préc., p. 317 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 22s., p. 17s.

<sup>46</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 24, p. 18.

<sup>47</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 25, p. 19.

<sup>48</sup> DANET (D.), art. préc., p. 317.

<sup>49</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 27, p. 20.

<sup>50</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 28, p. 21.

<sup>51</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 29, p. 21.

<sup>52</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 30, p. 22..

<sup>53</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 32, p. 24 et n° 56, p. 42.

son potentiel économique, aux éléments affectés à l'activité, à ses moyens, à ses résultats financiers, à sa position sur le marché, à des facteurs juridiques<sup>54</sup>, ou à biens d'autres considérations encore<sup>55</sup>. Un financier, à la recherche d'un investissement rentable, prêtera ainsi probablement plus d'attention aux résultats financiers, et moins aux éléments permettant de réaliser ces résultats, c'est-à-dire à l'entreprise elle-même<sup>56</sup>. Un entrepreneur –industriel ou commerçant- s'attachera peut-être davantage à l'actif de l'entreprise, à sa capacité à poursuivre son activité dans de bonnes conditions.

La conclusion de nombreuses cessions démontre néanmoins, s'il est besoin, que ces difficultés ne sont pas insurmontables<sup>57</sup>.

9. Le second écueil résulte non pas de la difficulté de s'entendre sur la valeur de l'entreprise dont la situation financière est connue, mais de la difficulté de connaître cette situation. Les parties souhaitent en effet le plus souvent se fonder, pour déterminer la valeur d'échange des droits sociaux, sur l'état de l'entreprise au moment où sont transférés la titularité des droits sociaux et les pouvoirs au sein de la société, et spécialement au moment du transfert du contrôle de la société. Prendre en compte l'état de l'entreprise avant cette date conduit à priver le cédant du fruit de l'activité de la société entre la date de référence et la date du transfert des droits sociaux si la société prospère, ou au contraire à faire assumer par le cessionnaire les difficultés de l'entreprise sur la même période. A l'inverse, la fixation du prix sur la base de l'état de la société après le transfert des parts sociales ou actions prive le cessionnaire d'une partie des fruits de son activité, ou fait peser sur le cédant les risques liés à l'exploitation de la société par le cessionnaire. Il leur faut donc pour se décider à acheter et pour déterminer le prix des droits cédés connaître la situation financière de la société au moment de la réalisation de la cession<sup>58</sup>. Cet état de l'entreprise est essentiellement fourni par

---

<sup>54</sup> MOUSSERON (P.), Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux, RJDA 3/06, p. 199.

<sup>55</sup> PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, in *La prise de contrôle d'une société*, RJC, numéro spécial, nov.1998, p. 43s., spéc. n° 6, p. 44.

<sup>56</sup> Ces éléments, à tout le moins, ne l'intéresseront pas en eux-mêmes, mais uniquement en tant qu'ils permettent à la société de réaliser de bons résultats.

<sup>57</sup> LANGLES (T.), thèse préc., n° 87, p. 90 ; v. pour une explication de l'existence d'accords : DANET (D.), art. préc., p. 329s.

<sup>58</sup> PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, art. préc., n° 6, p. 44. ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1713, p. 294.

l'image comptable et financière qu'en donnent les comptes sociaux<sup>59</sup>. L'appréhension de cette situation financière soulève dès lors de nombreuses difficultés<sup>60</sup>.

D'une part, du temps est nécessaire pour établir les comptes sociaux<sup>61</sup>. Les parties entament dès lors les négociations non sur la base de comptes sociaux établis au jour de la négociation, mais sur la base des comptes du dernier exercice clos ou sur la base de la dernière situation comptable connue<sup>62</sup>. En outre, les négociations préalables à la conclusion d'un accord sont généralement assez longues<sup>63</sup>. La valeur d'échange retenue à l'issue de ces négociations sera donc basée sur une situation de la société établie à une date qui peut précéder de plusieurs semaines ou mois le transfert de propriété des parts sociales ou actions et, le cas échéant, la prise de contrôle par le cessionnaire de la société cédée. L'entreprise poursuit cependant son activité pendant tout le temps que dure cette négociation. Sa situation financière se modifie ainsi tous les jours, de telle sorte que la situation réelle de la société au jour de la prise de contrôle peut différer de la situation financière sur la base de laquelle ont été menées les négociations<sup>64</sup>.

D'autre part, la multiplicité des éléments constituant cette situation financière –notamment les actifs immobilisés, parmi lesquels les immeubles, mais également les stocks, les créances, l'existence et le montant des dettes- génère inévitablement des inexactitudes. Des créances douteuses peuvent ainsi être insuffisamment provisionnées, des travaux en cours être surestimés, des actifs être obsolètes...<sup>65</sup>. Certains événements affectant la valeur de l'actif net et trouvant leur origine antérieurement à la cession peuvent par ailleurs être inconnus non seulement lors de l'établissement de la situation financière sur la base de laquelle s'effectuent les négociations, mais également lors de la prise de contrôle effective, et n'apparaître que plusieurs mois ou années après la cession<sup>66</sup>. La société peut ainsi se voir notifier par l'administration fiscale ou par l'URSSAF, après la cession, des redressements portant sur des

---

<sup>59</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 1, p. 185.

<sup>60</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 4, p. 186.

<sup>61</sup> *Ibid.* ; MONDIANO (J.), La garantie de passif dans les cessions de sociétés, *Jour. notaires* 1991, n° 10, p. 713s., spéc. p. 713.

<sup>62</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 13, p. 188.

<sup>63</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1713, p. 294.

<sup>64</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>65</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>66</sup> PAILLUSSEAU (J.), Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, art. préc., n° 3, p. 292 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1713, p. 294.

années antérieures à la cession, ou voir sa responsabilité, contractuelle ou délictuelle, engagée en raison d'agissements antérieurs à la cession<sup>67</sup>.

**10.** Pour déterminer, malgré ces obstacles, un prix qui corresponde effectivement à la valeur d'échange qu'elles attribuent à l'entreprise, les parties insèrent dans leurs conventions des mécanismes qui permettent soit de modifier les obligations de l'acquéreur en fonction de l'état de l'entreprise, soit d'agir sur cet état afin que sa valeur corresponde au prix convenu. Elles conviennent, par exemple, de clauses dites de *earn-out*, qui font dépendre le prix des résultats financiers de l'entreprise après la cession, afin qu'il reflète la capacité de la société cible<sup>68</sup> à exercer son activité entre les mains du cessionnaire<sup>69</sup>. Elles peuvent également stipuler des clauses, dites de garantie de passif, en application desquelles le cédant s'engage à indemniser soit le cédant, soit la société, des conséquences de l'apparition après la cession d'un passif antérieur<sup>70</sup>.

Or ces mécanismes soulèvent eux-mêmes certaines difficultés. La cession de droits sociaux, emportant cession des différents droits contre la société, est généralement considérée comme une cession de créances contre la société<sup>71</sup>. Jurisprudence et doctrine s'accordent en conséquence pour considérer que ces cessions sont soumises, lorsqu'elles ont pour contrepartie l'obligation de payer une somme d'argent, au droit de la vente<sup>72</sup>. Leur prix doit

<sup>67</sup> CAUSSAIN (J.-J.) ET GERMAIN (M.), Pratique des cessions de contrôle dans les sociétés anonymes non cotées, *JCP éd. E* 1987.II.14915, n° 13, p. 208 ; GERMAIN (M.), art. préc., p. 72 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>68</sup> Nous désignerons dans la suite de ce travail par le terme « société cible » la société dont les parts sociales ou les actions sont cédées.

<sup>69</sup> V. la présentation détaillée de ces mécanismes infra n° 174.

<sup>70</sup> Parmi les nombreuses études portant sur ces clauses, v. MOUSSERON (P.), thèse préc. ; LANGLES (T.), thèse préc. ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *Les garanties de passif*, 2<sup>ème</sup> éd., E.F.E., 2003 ; cf. également infra n° 271s. et les références citées.

<sup>71</sup> LE NABASQUE (H.), Les actions sont des droits de créance négociables, art. préc., p. 675 ; V. notamment MASSART (T.), thèse préc., p. 25s. ; WERTENSCHLAG (B.), Prix déterminable et cession de droits sociaux, art. préc., n° 3, p. 503 ; LAMBERT (TH.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 4, p. 13 ; POUSTIS (J.) ET MONNOT (J.-L.), La garantie dans les cessions de droits sociaux (Panorama de jurisprudence), art. préc., n° 9, p. 222 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 139, p. 99 ; LUCAS (F.-X.), Retour sur la notion de valeur mobilière, *Bull. Joly* 2000, § 185, p. 765, spéc. n° 13, p. 772 ; V. aussi STORCK (M.), Sociétés à responsabilité limitée, Parts sociales, cessions, transmission, nantissement, *Jurisclasseur, Traité des sociétés*, fasc. 73-20, 2005, n° 1, p. 3 ; CAUSSAIN (J.-J.) ET VIANDIER (A.), Garantie légale ou garantie contractuelle : Garantie de passif ou garantie de valeur ?, *DPCI* 1992, t. 18, n° 1, p. 43, n° 11, p. 47 ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et de parts sociales, *Rev. sociétés* 1980.27, n° 2, p. 30 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1717, p. 296.

<sup>72</sup> En ce sens LAMBERT (T.), thèse préc., n° 13, p. 9. V. notamment pour la jurisprudence, les arrêts cités dans le Titre 2 de la première partie, qui font application du droit de la vente aux cessions de droits sociaux ; v. par exemple pour la doctrine : LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 4, p. 13 ; WERTENSCHLAG (B.), art. préc., n° 3, p. 503 ; RIPERT (G.) ET ROBLOT (R.), *op. cit.*, n° 1093, p. 75 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1340, p. 235 ;



respecter les règles régissant le prix de vente<sup>73</sup>, c'est-à-dire être monétaire, déterminé ou déterminable, et réel et sérieux<sup>74</sup>. La question se pose alors de la validité d'un acte dont le prix n'est pas définitivement fixé lors de l'accord des parties, ou d'un acte en application duquel le cédant s'oblige à verser au titre de la clause de garantie de passif des sommes supérieures à celles reçues à titre de prix.

### **B – Les difficultés résultant de la volonté de détermination d'un prix ne reflétant pas la valeur de l'entreprise**

**11.** Une seconde attitude consiste au contraire à convenir d'un prix dont le niveau est spécialement destiné à mettre le cédant à l'abri des vicissitudes de l'activité sociale. Tel peut être le cas lorsque le montant du prix payé est manifestement supérieur à la valeur d'échange que les parties attribuent aux droits sociaux, c'est-à-dire à la somme d'argent qu'elles considèrent comme équivalente aux droits. Tel est surtout le cas lorsqu'un individu s'engage à acquérir ou à céder les droits sociaux à l'expiration d'un certain délai à un prix ne tenant pas compte de l'évolution de l'activité sociale entre la conclusion de la promesse et sa levée<sup>75</sup>.

**12.** Ces conventions soulèvent alors le problème de la participation aux bénéfices et de la contribution aux pertes de leur bénéficiaire.

**13.** Cette participation aux résultats sociaux s'exerce selon différentes modalités. Les bénéfices comme les pertes apparaissent en principe au terme de la liquidation de la société<sup>76</sup>, c'est-à-dire au moment où est partagé l'actif restant après extinction du passif. Si le montant de l'actif restant, déduction faite du passif, est supérieur au capital social, la société est bénéficiaire<sup>77</sup>. Elle est réputée avoir enregistré des pertes lorsque le montant de l'actif disponible après désintéressement de tous les créanciers ne permet pas de rembourser en totalité les apports des associés<sup>78</sup>. On a, par extension, admis que des résultats annuels

---

MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 2007, n° 2801, p. 215 ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 1211, p. 756 ; MASSART (T.), thèse préc., p. 77.

<sup>73</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 13, p. 9 ; MASSART (T.), *op. et loc. cit.*

<sup>74</sup> COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 135s., p. 135s.

<sup>75</sup> V. sur ces questions infra n° 45s.

<sup>76</sup> CARCREFF (P.), Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes, *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct. 145.

<sup>77</sup> LUCAS (F.-X), fasc. préc., n° 10, p. 3.

<sup>78</sup> LUCAS (F.-X), fasc. préc., n° 19, p. 6 ; KENDERIAN (F.), La contribution aux pertes sociales, *Rev. soc.* 2002.817, n° 20, p. 627.

pouvaient être calculés. L'article L. 123-13 du Code de commerce définit ainsi bénéfices et pertes de l'exercice comme la différence entre les produits et les charges afférents.

Les bénéfices sont, dans la pratique, essentiellement répartis sous trois formes : à travers la distribution d'un dividende annuel, à travers la remise d'actions gratuites libérées par prélèvement sur les réserves, et lors de la liquidation de la société à travers le partage du boni de liquidation<sup>79</sup>. Celui-ci correspond aux sommes et biens qui demeurent après que tous les créanciers ont été désintéressés et que les associés ont récupéré leurs apports. La part de chaque associé dans le boni de liquidation, comme, globalement, dans les bénéfices, est en principe proportionnelle à sa part dans le capital social<sup>80</sup>. Ces règles de répartition ne sont toutefois pas d'ordre public, les associés pouvant prévoir des modes de répartition différents dans les statuts<sup>81</sup>. A cette modalité de répartition des profits s'ajoute le fait de profiter d'une économie<sup>82</sup>. Pas plus qu'il n'a défini la notion de bénéfice, le législateur n'a précisé ce qu'il entendait par économie. Il semble toutefois que celle-ci puisse résulter soit d'une perte évitée, soit d'une dépense amoindrie<sup>83</sup>. De multiples modalités de répartition des économies semblent alors envisageables. Cette répartition peut résulter, par exemple, des avantages fiscaux liés à la création d'une société, telle une société civile immobilière. Elle peut également résulter de l'achat de marchandises à moindre coût ou de la mise en place de services communs à moindre frais<sup>84</sup>.

A l'instar de la participation aux profits, la contribution aux pertes peut prendre plusieurs formes<sup>85</sup>. Elle résulte, d'abord, de l'impossibilité dans laquelle se trouvent les associés de

<sup>79</sup> RAULT (J.), note sous Amiens, 4 avr. 1957, *RTD com.* 1957.667, spéc. p. 668 ; TERRE (F.) et VIANDIER (A.), *Théorie des bénéfices et des pertes, La vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes, J.-Cl. Sociétés*, fasc. 17, 1988, n° 19, p. 4.

<sup>80</sup> L'article 1844-1 du Code civil dispose : « *La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social (...)* »

<sup>81</sup> COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 137, p. 64.

<sup>82</sup> L'article 1832 du Code civil, tel que modifié par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 prévoit que la société peut être créée afin de réaliser une économie. Ainsi fut mis fin à une controverse qui durait depuis près de deux siècles. Un certain nombre d'auteurs, ainsi que plusieurs arrêts, avaient admis une définition large de la notion de bénéfices, englobant les économies que la société pouvait permettre aux associés de réaliser (En ce sens LUCAS (F.-X), fasc. préc., n° 11, p. 4. V. par exemple pour la doctrine TROPLONG, *Du contrat de société*, t. 1, 1843, n° 13 ; PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Pichon, 2<sup>ème</sup> éd., 1902, n° 1943, p. 608, et pour la jurisprudence : Crim., 18 nov. 1865, *D. P.* 1866.1.455 ; Civ. 13 mai 1857, *D. P.* 1857.1.201). Par un arrêt des Chambres réunies en date du 11 mars 1914, dit arrêt Maningod, (Ch. réunies, 11 mars 1914, *D.P.* 1914.1.257), la Cour de cassation avait alors adopté une définition restrictive du bénéfice, jugeant qu'il était « *un gain pécuniaire ou un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés* ». Mais, si des arrêts postérieurs avaient repris cette solution, d'autres avaient accepté d'assimiler une économie à un bénéfice (V. sur le détail de l'évolution : LUCAS (F.-X), fasc. préc., n° 11s., p. 4s.).

<sup>83</sup> LUCAS (F.-X), eod. loc. ; V. également MERLE (P.), *op. cit.*, n° 36, p. 57 ; MAGNIER (V.), *op. cit.*, n° 63, p. 40.

<sup>84</sup> MERLE (P.), *op. et loc. cit.* ; MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 703, p. 80.

<sup>85</sup> V. globalement sur la contribution aux pertes : KENDERIAN (F.), art. préc.

récupérer leurs apports lors de la liquidation de la société<sup>86</sup>. Mais elle peut prendre d'autres formes<sup>87</sup>. Les associés de sociétés à risques illimités<sup>88</sup> ainsi que les commandités peuvent être amenés à désintéresser personnellement les créanciers sociaux si le passif n'a pu être intégralement réglé par la réalisation de l'actif<sup>89</sup>. Dans les sociétés à risques limités, les associés sont parfois tenus, au cours de la vie sociale, de « reconstituer » le capital, en apportant des fonds supplémentaires à la société, qui sont comptablement « absorbés » par les pertes<sup>90</sup>. Dans toutes les sociétés, les associés peuvent en outre être tenus de supporter les pertes au fur et à mesure de leur constatation comptable si les statuts le prévoient ou si les associés le décident à l'unanimité<sup>91</sup>. La loi impose enfin aux associés de certains types de société, telles les sociétés de construction-vente et de construction-attribution, de satisfaire à des appels de fond au cours de l'existence de la société<sup>92</sup>.

**14.** Des doutes peuvent dès lors naître sur la réalité de la vocation aux résultats d'associés qui se sont engagés à céder leurs parts sociales ou actions à un prix déterminé, ou qui

<sup>86</sup> LUCAS (F.-X.), fasc. préc., n° 19, p. 6 ; KENDERIAN (F.), art. préc., n° 20, p. 627.

<sup>87</sup> Monsieur Kendérian comprend, dans les formes de participation aux pertes, le fait de subir une moins-value en cédant ces titres. Il nous semble toutefois, ainsi que nous le verrons, que le cédant ne contribue de la sorte qu'indirectement aux pertes (infra n° 142s.). Aussi ne retenons-nous pas le fait de subir une moins-value parmi ces modalités.

<sup>88</sup> Sociétés en nom collectif, sociétés civiles, en participation ou de fait (en ce sens, V. par exemple LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 1292, p. 791 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 1101, p. 471)

<sup>89</sup> KENDERIAN (F.), art. préc., n° 21, p. 628. Cette modalité de participation aux pertes doit être distinguée de l'obligation aux dettes sociales à laquelle sont tenus les associés de ces mêmes sociétés. La participation aux pertes ne joue qu'entre les associés, alors que l'obligation aux dettes affecte les rapports entre les créanciers sociaux et les associés (Civ. 3ème, 6 juil. 1994, *Rev. soc.* 1995.39). En vertu de cette obligation, les créanciers peuvent, en cours de vie sociale, se retourner contre les associés, tenus indéfiniment et, selon les cas, conjointement ou solidairement, afin d'obtenir paiement des créances que la société n'est pas en mesure de régler. Les règles relatives aux obligations solidaires s'appliquant, l'associé qui aura désintéressé le créancier sera subrogé dans ses droits, et pourra soit se retourner contre la société, pour la totalité de la créance, soit réclamer aux autres associés leur quote-part des *dettes*. La participation aux *pertes* interviendra quand, au moment de la liquidation ou en cas de reconstitution du capital, les associés dont la part réelle dans les *dettes* payées excède celle, théorique, dans les pertes, récupéreront de leurs coassociés la différence. (V. sur cette distinction CARCREFF (P.), art. préc. ; CHARTIER (Y.), L'évolution de l'engagement des associés, *Rev. soc.* 1980.1 ; LUCAS (F.-X.), Théorie des bénéfices et des pertes, fasc. préc., n° 21, p. 6 ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 40, p. 63 ; KENDERIAN (F.), art. préc., n° 22, p. 628).

<sup>90</sup> Les articles L. 223-42, L. 225-248, L. 227-1, et L. 226-1 du Code de commerce imposent en effet respectivement aux associés de SARL et de SAS et aux actionnaires de sociétés anonymes et de sociétés en commandite par actions, de décider, lorsque les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société (LUCAS (F.-X.), fasc. préc., n° 72, p. 18). Ils précisent que si la dissolution n'est pas prononcée, la société est tenue de réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués à concurrence d'une valeur au moins égale à la moitié du capital social. Les associés doivent ainsi, dans ce cas de figure, soit reconstituer le capital, soit le réduire en perdant définitivement une partie de leurs apports (*Ibid.*).

<sup>91</sup> KENDERIAN (F.), art. préc., n° 23, p. 630 ; LUCAS (F.-X.), Théorie des bénéfices et des pertes, fasc. préc., n° 66, p. 17. Les associés n'assument en principe pas les pertes d'un exercice (en ce sens LUCAS (F.-X.), Théorie des bénéfices et des pertes, fasc. préc., n° 19, p. 6). Celles-ci peuvent être absorbées par des bénéfices mis en réserves antérieurement. Elles font, dans le cas contraire, l'objet d'un report à nouveau.

<sup>92</sup> KENDERIAN (F.), art. préc., n° 24, p. 630.

bénéficient d'une promesse de rachat à un prix déterminé. L'associé qui peut être tenu de céder ses droits sociaux à tout moment, à un prix indépendant des résultats de la société, a-t-il réellement vocation aux bénéfices ? L'associé d'une société à risques limités qui est certain de pouvoir céder ses parts ou ses actions avant toute liquidation ou toute reconstitution du capital, à un prix ne tenant pas compte des pertes enregistrées, contribue-t-il encore aux pertes ?

La question se pose ainsi de la licéité des promesses d'achat ou de vente à prix déterminé au regard des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil, qui prohibe les clauses privant un associé des profits ou exonérant un associé des pertes<sup>93</sup>.

15. Ces interrogations permettent de dégager les objectifs du présent travail.

## **§ 2 – Définition des objectifs de la recherche**

16. Le constat de l'existence de difficultés soulevées par les stipulations relatives au prix dans les cessions de droits sociaux, s'il est nécessaire pour dégager les objectifs d'une recherche portant sur ce thème, n'est pas suffisant. Il apparaît nécessaire de présenter les prémisses de cette recherche (A), afin d'en pouvoir dégager les objectifs (B).

### **A – Prémisses**

17. Les développements qui suivent reposent sur deux prémisses. Ils s'appuient, d'abord, sur l'idée que les règles applicables aux cessions de droits sociaux ne doivent pas être totalement inadaptées à la réalité de ces opérations (1). Ils se fondent, ensuite, sur celle que le droit doit, autant que possible, être cohérent (2).

#### **1 – La nécessité d'une certaine adaptation du droit à la réalité des cessions de droits sociaux**

18. L'exigence d'adaptation du droit à la réalité des cessions de droits sociaux traduit l'idée selon laquelle une règle dont l'application conduit à remettre en cause trop fréquemment les conventions des parties doit évoluer afin de réduire le risque de sanction. Elle implique l'adaptation du droit au fait.

La portée de cette exigence d'adaptation doit alors être précisée.

---

<sup>93</sup> L'alinéa 2 de l'article 1844-1 du Code civil dispose : «*Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites*».

19. On fait parfois valoir que le droit n'est pas la reproduction du réel, mais une représentation de celui-ci<sup>94</sup>. Le droit, dont la fonction est d'ordonner, conjuguerait des considérations morales, politiques, économiques, et y rechercherait l'organisation désirable des rapports sociaux<sup>95</sup>. Si l'observation scientifique des faits sociaux constitue un préalable indispensable à l'élaboration de la règle de droit, cette élaboration impliquerait une catégorisation, une hiérarchisation des faits qui ne pourrait être effectuée sans un *a priori*, une hypothèse théorique qui pourraient seuls les rendre intelligibles<sup>96</sup>. Ainsi, pour une grande partie de la doctrine, toute évolution de la règle de droit devrait, pour être acceptable, ne pas heurter de front les principes qui régissent l'ensemble du droit, et ne pas remettre en cause la cohérence du système juridique<sup>97</sup>.

20. Sans prendre ici parti sur le rôle de l'observation de la réalité sociale dans l'élaboration du droit, on peut relever que les auteurs qui limitent ce rôle ne contestent pas que l'évolution de la réalité sociale puisse justifier une évolution de la règle de droit lorsque celle-ci paraît inadaptée. Il est en effet généralement admis que le droit ne saurait être totalement déconnecté de la réalité sociale<sup>98</sup>. L'observation et l'analyse des éléments de la vie en société permettent d'identifier les besoins auxquels doit satisfaire le droit<sup>99</sup>. Au stade de l'élaboration de la règle de droit, c'est-à-dire du jugement de valeur qui est porté sur tel et tel comportement, une certaine adaptation du droit à la vie sociale apparaît comme une condition de son acceptation par la société qu'il régit<sup>100</sup>. Les données tirées de l'expérience sociale constituent ainsi l'une des bases de l'élaboration de la règle de droit<sup>101</sup>. L'adaptation du droit à la réalité économique peut en particulier apparaître opportune lorsque les solutions du droit positif apparaissent en contradiction avec les mécanismes internes du droit<sup>102</sup>.

<sup>94</sup> MASSART (T.), obs. sous CA Paris, 21 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, § 109, p. 499, spéc. p. 504 ; v. également HUSSON (M.), *Méthode sociologique et droit*, in *Méthode sociologique et droit, Rapports présentés au colloque de Strasbourg (26 au 28 novembre 1956)*, Dalloz, 1958, p. 83, spéc. p. 86.

<sup>95</sup> BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 156, p. 177 ; dans le même sens, ATIAS (C.) et LINOTTE (D.), *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, *D.* 1977, chr. 251, spéc. p. 255.

<sup>96</sup> ATIAS (C.) et LINOTTE (D.), *eod. loc.* ; MASSART (T.), *eod. loc.* ; v. également VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, Dalloz, 2001, n° 145, p. 172.

<sup>97</sup> En ce sens JAMIN (C.), *La doctrine, explication de texte*, in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 225, spéc. p. 227.

<sup>98</sup> GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Introduction générale*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 4<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 472, p. 440.

<sup>99</sup> ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1951, p. 196

<sup>100</sup> GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *op. et loc. cit.*

<sup>101</sup> ROUBIER (P.), *op. cit.*, p. 229 ; MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, n° 14, p. 16.

<sup>102</sup> CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), obs. sous Com., 16 nov. 2004, *RTD com.* 2005.111.

Sans soutenir que le droit doit systématiquement et prioritairement refléter la réalité sociale et s'adapter aux besoins des sujets de droits, il apparaît ainsi possible de considérer qu'il doit, dans la mesure du possible, être adapté à cette réalité. Deux conséquences peuvent être déduites de cette exigence. D'abord, une inadaptation trop importante à la réalité sociale justifie que soit envisagée la modification de la règle de droit. Ensuite, l'exigence d'une certaine adaptation du droit à la réalité sociale justifie que la règle la plus adaptée aux besoins des sujets de droit soit préférée à la règle la moins adaptée lorsque les qualités et défauts des deux règles, notamment la manière dont elles s'insèrent dans le système juridique, peuvent par ailleurs être considérés comme équivalents.

**21.** Ainsi entendue, l'exigence d'une certaine adaptation du droit au fait ne conduit pas à remettre en cause la fonction normative du droit. Elle conduit à admettre l'adéquation entre la règle de droit et les besoins des sujets de droits parmi les critères qui guident l'évaluation et la recherche d'améliorations de cette règle.

## 2 – La nécessité d'une certaine cohérence du droit

**22.** On souligne la nécessité de la cohérence du droit, notamment en stigmatisant les incohérences auxquelles aboutit telle ou telle règle légale ou jurisprudentielle<sup>103</sup>. Il est cependant plus rare que cette exigence soit justifiée. Or une telle justification n'est pas superflue. Différents arguments ont en effet été avancés qui peuvent militer contre la reconnaissance d'un principe de cohérence (a). Ces arguments, s'ils peuvent conduire à relativiser l'exigence de cohérence, ne permettent toutefois pas de l'écarter (b).

### *a ) L'exigence de cohérence contestée*

**23.** Il est parfois soutenu que le droit ne pourrait pas être cohérent. Il peut par ailleurs être déduit de l'idée adoptée par certains auteurs, selon laquelle la fonction du droit serait de refléter la réalité sociale, qu'il ne doit pas nécessairement être cohérent.

**24.** La négation de la cohérence du droit s'est manifestée à travers le rejet de la systématisation du droit, c'est-à-dire de sa représentation comme « *un ensemble d'éléments en interaction, évoluant dans un environnement déterminé, destiné à satisfaire une ou plusieurs finalités définies, structuré en fonction de cette (ou de ces) finalités, agissant sur son*

---

<sup>103</sup> En ce sens : JAMIN (C.), La doctrine, explication de texte, art. préc., p. 227.

*environnement, et se transformant avec le temps sans perdre pour autant son identité* »<sup>104</sup>. Différents auteurs ont en effet soutenu que le caractère contingent des solutions jurisprudentielles interdisait de les présenter comme un ensemble cohérent d'éléments liés entre eux<sup>105</sup>. Dans un article consacré à la notion de service public, Chenot, futur vice-président du Conseil d'Etat, a en particulier soutenu que le juge se préoccuperait uniquement de déterminer quelles sont les règles régissant le comportement d'une personne privée ou publique, sans chercher à définir de manière générale des critères justifiant l'application de tel ou tel type de règle<sup>106</sup>. Ainsi, « *le juge est ennemi de la « chose en soi* ». *Il ne cherche pas à connaître l'essence des institutions pour en classer les diverses variétés dans un herbier. Il doit dire quelles sont les règles qui régissent, dans un cas déterminé, le comportement juridique d'une personne publique ou privée* »<sup>107</sup>. Il a, dans un second article, posé plus clairement le problème des classifications et des systématisations en droit<sup>108</sup>. Il fustige à cette occasion la propension des juristes à « *encadrer analyses et classifications par d'ingénieux systèmes d'idées générales qui sans doute varient d'un auteur à l'autre, mais ramènent toutes au postulat commun qu'il existe au-delà des décevantes variations et du désordre des choses humaines – fussent-elles législatives ou jurisprudentielles- un paradis immuable des notions et des règles* »<sup>109</sup>. La rapidité de l'évolution du milieu économique et social où s'appliquent les règles du droit interdit selon lui la construction de tels systèmes. Si les termes employés demeurent, le sens et la portée qui leur sont donnés « *changent aussi souvent qu'il est nécessaire aux besoins des divers conflits* »<sup>110</sup>. Et il illustre cette évolution à travers les

<sup>104</sup> GASSIN (R.), Analyse systémique et droit, in *Cahiers des écoles doctorales*, Faculté de droit de Montpellier, n° 2, nov. 2001, p. 545, spéc. p. 554, repris par BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 8, p. 10.

<sup>105</sup> V. par exemple GRZEGORCZYK (C.), Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit, *Arch. phil. droit*, n° 31, 1986, p. 281, critiques reprises et partiellement approuvées par Monsieur Gassin (GASSIN (R.), Analyse systémique et droit, art. préc., p. 572s.) ; JAMIN (C.), La doctrine, explication de texte, in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 225, spéc. p. 231.

<sup>106</sup> CHENOT (B.), La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, *EDCE*, 1950, p. 77.

<sup>107</sup> CHENOT (B.), La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, art. préc., p. 83. Ce rejet des constructions systématiques transparait encore dans des conclusions lues par le Président Chenot dans une affaire sieur Gicquel (CE, 10 fév. 1950, Gicquel, concl. Chenot, Rec., p. 100), dans laquelle s'est posée la question de l'intérêt à agir du requérant. Etudiant, pour répondre à cette question, la notion d'intérêt à agir, il observe que le Conseil d'Etat ne précise jamais les motifs théoriques de son choix et « *laisse dans l'embarras les faiseurs de systèmes* ». Tout en ne critiquant pas explicitement le recours à des systèmes, l'expression « *faiseurs de systèmes* » semble bien manifester la défiance du Président Chenot à l'égard d'une conceptualisation trop marquée du droit.

<sup>108</sup> En ce sens : FORTSAKIS (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, préf. J. Rivero, *Bibl. dr. pub.*, t. 152, L.G.D.J., 1987, p. 138.

<sup>109</sup> CHENOT (B.), L'Existentialisme et le Droit, *RFSP*, 1953, p. 57, spéc. p. 58.

<sup>110</sup> CHENOT (B.), L'Existentialisme et le Droit, art. préc., p. 60.

variations de la notion de service public. Il en déduit que l'évolution sociale « *laisse derrière elle les plus harmonieuses théories comme des carcasses où passe le vent* »<sup>111</sup>. Le législateur suivrait ainsi l'opportunité, et méconnaîtrait les principes soit parce qu'il les ignore, soit parce que les considérations d'opportunité prédominent. Le juge, dans la plupart des cas, se bornerait à reproduire une solution déjà adoptée, sans se poser de question de dogme<sup>112</sup>. Dans les rares décisions dans lesquelles se poseraient des questions de principe, la décision serait d'abord guidée par des motifs d'opportunité, que l'on élèverait pour la circonstance à une certaine dignité intellectuelle<sup>113</sup>.

**25.** L'exigence de cohérence semble en outre parfois être considérée comme seconde, sinon comme inopportune.

Gény par exemple, considéra que le recensement et l'étude scientifique des données ne servent pas seulement à poser le problème législatif ; ils peuvent permettre également de déterminer la règle de droit lorsque les sources formelles du droit ne le permettent pas, c'est-à-dire de porter un jugement sur le comportement ainsi identifié<sup>114</sup>. Gény écrit ainsi : « *Je considère comme a priori incontestable que les plus fermes et les plus sûrs préceptes du droit sont ceux qui se dégagent directement de la nature des choses, sans l'intermédiaire d'aucune conception idéale, déformant toujours, par quelques points, les réalités* »<sup>115</sup>. La source fondamentale du droit réside ainsi pour Gény dans les conditions de fait qui entourent la situation litigieuse<sup>116</sup>. Contrairement à certains auteurs après lui, Gény ne conteste pas qu'une certaine systématisation du droit soit possible ou opportune<sup>117</sup>. Il admet ainsi par exemple que « *la représentation en idées des intérêts, qui se dégagent des réalités psychologiques, sentiments croyances, volitions, etc., formant le substratum de tout problème juridique, s'impose au début de son élaboration* »<sup>118</sup>. Mais les conceptions abstraites, si elles peuvent

<sup>111</sup> CHENOT (B.), L'Existentialisme et le Droit, art. préc., p. 61.

<sup>112</sup> CHENOT (B.), L'Existentialisme et le Droit, art. préc., p. 64.

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> En ce sens, V. ATIAS (C.) et LINOTTE (D.), art. préc., p. 252.

<sup>115</sup> GENY (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1954, n° 158, p. 86.

<sup>116</sup> THOMASSET (C.) et LAPERRIERE (R.), François Gény, la libre recherche scientifique et la nature des choses, in *François Gény, Mythe et réalités, 1899-1999, Centenaire de Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, sous la direction de Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden, et Philippe Jestaz, Dalloz, 2000, p. 251 ; v. dans le même sens PALMARI (P. A. DE), La norme juridique et la libre recherche scientifique : une analyse critique de l'œuvre de François Gény, in *François Gény, Mythe et réalités, 1899-1999, op. cit.*, p. 233, spéc. p. 239.

<sup>117</sup> V. par exemple GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, 2<sup>ème</sup> tirage, Sirey, 1922, n° 49s., p. 145s. et t. 3, 1921, n° 214 s., p. 175s., spéc. n° 222, p. 207.

<sup>118</sup> GENY (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, op. cit.*, n° 164, p. 115.



être utiles, ne lient pas l'interprète, dont l'action doit être uniquement dirigée par les réalités objectives<sup>119</sup>. Il estime ainsi que la systématisation des notions « *ne puisera son efficacité épistémologique que dans sa conformité au réel* »<sup>120</sup>. Ainsi, « *dès que l'esprit (...) entre dans la voie de l'abstraction généralisatrice, qui, à travers mille évolutions, le conduit jusqu'à la systématisation des notions juridiques, parfois érigées en entités indépendantes, la nécessité apparaît de séparer ce qui reste travail légitime de l'intellect de ce qui n'est plus qu'idéalisation vaine et fallacieuse* »<sup>121</sup>. A la suite de GénY, Demogue estima que le droit était « *fait pour les besoins réels* »<sup>122</sup>. Relevant l'incohérence du droit, il refusa de bâtir des constructions juridiques plus ou moins abstraites afin de ne pas en trahir la complexité<sup>123</sup>. Corrélativement, il considéra que les théories générales bâties par la doctrine pouvaient être utiles « *à condition que [ces travaux doctrinaux] ne soient pas trop éloignés des faits et qu'ils ne produisent pas une exagération de la logique juridique* »<sup>124</sup>.

Certains auteurs ont par ailleurs estimé que le droit n'était que la transposition de la réalité<sup>125</sup>. Selon ces auteurs, la règle de droit devrait s'aligner sur les faits, s'y soumettre sans réserve, sans que le juriste ne puisse hiérarchiser les faits ou choisir des buts<sup>126</sup>. Nécessairement mais implicitement, cette approche exclut, ou à tout le moins limite, la possibilité de maintenir la cohérence du droit. Le droit étant déterminé par les faits sociaux, il ne peut être cohérent que si la réalité elle-même l'est.

**26.** Deux types d'arguments peuvent donc être opposés au fait d'assigner la cohérence comme objectif à l'évolution de la règle de droit. Elle serait impossible d'une part, inopportune d'autre part.

<sup>119</sup> THOMASSET (C.) et LAPERRIERE (R.), *eod. loc.*

<sup>120</sup> GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, 2<sup>ème</sup> tirage, 1922, n° 47, p. 137, v. également n° 54s., p. 157s. et GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, 1921, n° 227, p. 256.

<sup>121</sup> GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, t. 1, n° 47, p. 136.

<sup>122</sup> DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, L.G.D.J., 1911, p. 49.

<sup>123</sup> JAMIN (C.), Demogue et son temps, *Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, *RIEJ* 2006.56, p. 5, spéc. p. 11.

<sup>124</sup> DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 229 ; v. également, p. 236.

<sup>125</sup> Sur ces auteurs : ATIAS (C.) et LINOTTE (D.), Le mythe de l'adaptation du droit au fait, *D.* 1977, chr. 251 ; v. également CARBONNIER (J.), La méthode sociologique dans les études de droit contemporain, in *Méthode sociologique et droit, Rapports présentés au colloque de Strasbourg (26 au 28 novembre 1956)*, *Ann. fac. Strasbourg*, Dalloz, 1956, p. 191, spéc. p. 195 ; v. par exemple les écrits de Henri Lévy-Bruhl, qui considérait que le droit obéissait à un déterminisme social, en ceci qu'il n'était pas l'expression d'individus, mais de groupes sociaux (LEVY-BRUHL (H.), La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit, in *Méthode sociologique et droit, Rapports présentés au colloque de Strasbourg (26 au 28 novembre 1956)*, *Ann. fac. Strasbourg*, Dalloz, 1956, p. 121, spéc. p. 122 ; LEVY-BRUHL (H.), *Sociologie du droit*, PUF, 1990, p. 89).

<sup>126</sup> ATIAS (C.) et LINOTTE (D.), art. préc., p. 253 ; CARBONNIER (J.), *eod. loc.*

Les arguments ainsi développés, s'ils peuvent conduire à limiter ou à relativiser l'exigence de cohérence, ne justifient toutefois pas de l'écarter totalement.

*b) L'exigence de cohérence maintenue*

**27.** Plusieurs arguments militent pour que la cohérence fasse partie des objectifs guidant l'évolution du droit, sans être nécessairement le seul, ni même le principal. Il est plus précisément possible de considérer, d'une part, que l'incohérence qui affecte un ensemble de règles demeure un défaut et, d'autre part, que les modifications du droit positif doivent, dans la mesure du possible, préserver sa cohérence.

**28.** L'exigence d'une certaine cohérence du droit positif est, en premier lieu, possible. Il ne saurait certes être soutenu que la totalité des solutions du droit positif s'inscrit dans un ensemble systémique cohérent, que toutes s'articulent logiquement avec les solutions voisines, sans paradoxes ni contradictions<sup>127</sup>. Ainsi que le soutenait le Président Chenot, le juge se fonde dans un certain nombre de cas pour statuer sur des motifs d'opportunité, en tentant de rattacher *a posteriori* la solution qu'il adopte aux règles de droits existantes. Lorsqu'un tel rattachement apparaît impossible, la solution adoptée apparaît en contradiction avec les solutions retenues dans des cas proches ou similaires, et met à mal la cohérence du système. Les nombreux arrêts qualifiés d'arrêts d'espèce en sont un exemple. Toutefois, contrairement à ce que considérait Chenot, le juge judiciaire n'est pas « *l'ennemi de la chose en soi* »<sup>128</sup>. Il semble en effet dans de nombreux cas, et à tout le moins lorsque les motifs d'opportunité ne s'y opposent pas, préférer les solutions qui s'articulent logiquement avec les règles voisines<sup>129</sup>. Si l'on peut douter de l'existence d'un système juridique unique, globalement cohérent, il apparaît possible de caractériser une « *multitude de petits ensembles fonctionnant comme des systèmes* »<sup>130</sup>. Chacun des éléments y est connecté aux autres, et le

<sup>127</sup> En ce sens que demeurent toujours des « *hiatus, paradoxes, imprécisions* » : ATIAS (C.), *Epistémologie juridique*, Dalloz, 1ère éd., 2002, n° 330, p. 196 ; v. également JAMIN (C.), *La doctrine, explication de texte*, art. préc., p. 232.

<sup>128</sup> La formule semble avoir été employée par le Président Chenot à propos du Conseil d'Etat. Dans son article « *L'Existentialisme et le Droit* », (CHENOT (B.), *L'Existentialisme et le Droit*, art. préc.), l'auteur ne limite toutefois pas son propos au juge administratif, et soutient que le juge en général statue le plus souvent en fonction de considération d'opportunité. Aussi la formule aux termes de laquelle le juge est « *l'ennemi de la chose en soi* » semble-t-elle pouvoir être considérée comme s'appliquant également au juge judiciaire.

<sup>129</sup> TROPER (M.), *La philosophie du droit*, PUF, 2003, p. 111 ; v. également TROPER (M.), *La théorie du droit, Le droit, L'Etat*, PUF, 2001, p. 93.

<sup>130</sup> GRZEGORCZYK (C.), art. préc., p. 296, qui conteste, par ailleurs, l'existence d'un système juridique unique ; v. également GASSIN (R.), art. préc., p. 562s.

changement de l'un d'entre eux rejaillit sur les autres<sup>131</sup>. Dès lors, la recherche, dans un cas donné, d'une solution qui soit cohérente avec les règles voisines n'est pas nécessairement impossible. Le constat de l'existence d'incohérences ne justifie ainsi pas de renoncer en toute occurrence à cet objectif de systématisation du droit. *A minima*, il ne justifie pas de renoncer à privilégier, lorsque plusieurs solutions également opportunes s'offrent au juge, celle qui préserve la cohérence du système juridique dans lequel s'inscrit la règle appliquée.

**29.** Elle est, en second lieu, nécessaire.

Une certaine cohérence du droit est une condition de sa connaissance par les sujets de droit<sup>132</sup>. Pour connaître ses droits dans des situations sur lesquelles ni le législateur ni la jurisprudence ne se sont prononcés, le sujet de droit doit pouvoir raisonner par analogie, en rapprochant sa situation particulière de cas connus. Or ce raisonnement ne peut être tenu que si le droit est doté d'une certaine cohérence : celle-ci garantit que deux situations identiques se verront appliquer le même régime. Au contraire, tous les énoncés peuvent être dérivés d'un système incohérent<sup>133</sup>. La cohérence du droit, prise en tant que condition de sa connaissance, s'impose alors pour plusieurs raisons<sup>134</sup>.

Elle s'impose d'abord en tant que condition de sa prévisibilité. Ce n'est que s'il peut prévoir les conséquences qui s'attacheront à ses actes que l'homme peut décider sciemment d'entreprendre une activité<sup>135</sup>. Plus largement, les sujets de droit, avant d'adopter un comportement, doivent pouvoir prévoir quelles conséquences juridiques produira ce

<sup>131</sup> GRZEGORCZYK (C.), *eod. loc.*

<sup>132</sup> PACTEAU (B.), art. préc., p. 154 ; v. également BERGEL (J.-L.), Différence de nature (égale) différence de régime, *RTD civ.* 1984.255, spéc. n° 2, p. 257. Cette idée était déjà admise par Demogue, qui soulignait que le fait de ramener à certaines idées souples un grand nombre de décisions diverses contenues dans la loi ou dans la jurisprudence les rendait plus accessibles, et augmentait la sécurité (DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, L.G.D.J., 1911, p. 235).

<sup>133</sup> ATIAS (C.), *Epistémologie juridique, op. cit.*, n° 331, p. 196 ; v. également BERGEL (J.-L.), *eod. loc.*, qui souligne qu'un droit incohérent impose à l'homme l'univers du « Procès » de Kafka en le soumettant à une loi ignorée de lui.

<sup>134</sup> On déduit parfois la nécessité de la cohérence du droit d'un principe de sécurité juridique (V. par exemple VALEMBOIS (A.-L.), *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, préf. B. Mathieu, *Bibl. const. et sc. pol.*, t. 122, L.G.D.J., 2005, n° 296, p. 198). Ce principe, consacré par la Cour de Justice des Communautés européennes et par la Cour européenne des droits de l'homme (en ce sens V. PACTEAU (B.), La sécurité juridique, un principe qui nous manque, *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 151 ; CANIVET (G.), L'expérience de la Cour de cassation française, *in Regards croisés sur la sécurité juridique*, n° spécial, *Petites affiches*, 21 déc. 2006, p. 23) n'a en revanche été consacré de manière générale ni par le Conseil constitutionnel (DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), L'expérience du Conseil constitutionnel français, *in Regards croisés sur la sécurité juridique*, n° spécial, *Petites affiches*, 21 déc. 2006, p. 10), ni par la Cour de cassation (CANIVET (G.), *eod. loc.*). Certains auteurs semblent par ailleurs en contester la portée, sinon l'existence (V. par exemple POLLAUD-DULIAN (F.), A propos de la sécurité juridique, art. préc. ; TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 366, p. 372 ; moins explicitement JAMIN (C.), La doctrine, explication de texte, art. préc., p. 232). Il ne nous semble, ainsi, pouvoir justifier l'exigence de cohérence du droit.

<sup>135</sup> BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, n° 103, p. 125.

comportement<sup>136</sup>. Les personnes qui envisagent de contracter doivent en particulier être en mesure de prévoir les conséquences de leur acte. Par le contrat, les parties contractantes cherchent en effet à s'approprier le futur<sup>137</sup>, à ce que se produisent des événements conformes à leurs besoins et leurs attentes. Or cette anticipation n'est possible que si elles peuvent prévoir les conséquences juridiques des contrats qu'elles concluent. Le contractant raisonnable ne saurait, au contraire, adopter un comportement s'il n'a pas une idée suffisamment précise des conséquences juridiques de son acte<sup>138</sup>. Or cette prévisibilité suppose une certaine systématisation du droit<sup>139</sup>. Elle suppose que le contractant puisse rattacher la situation à une catégorie juridique, pour en déduire le régime qu'elle se verra appliquer. Un système juridique qui refuserait toute systématisation, toute cohérence, et dans lequel les décisions ne seraient fondées que sur des considérations d'opportunité, rendrait impossible toute anticipation des sujets de droit et paralyserait l'activité sociale.

Plus largement, la connaissance du droit est la garantie de l'effectivité des prérogatives attribuées par le droit objectif<sup>140</sup>. Elle est une condition de son intelligibilité - comment comprendre le droit lorsqu'on ne le connaît pas - et, à travers elle, de son accessibilité<sup>141</sup>. Or l'accessibilité du droit est elle-même une condition de son effectivité. Le citoyen ne peut mettre en œuvre un droit que s'il en a une connaissance exacte. Ce lien entre accessibilité et effectivité a été consacré par le Conseil constitutionnel dans les nombreuses décisions dans lesquelles il précise que l'exercice de la compétence que la Constitution confie au législateur, ainsi que le principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, « *lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet*

<sup>136</sup> RIVERO (J.), Apologie pour les « faiseurs de systèmes », *D.* 1951, chr. 99, spéc. p. 100.

<sup>137</sup> HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Larose et Tenin, 1<sup>ère</sup> éd., 1910, p. 206 ; V. également LECUYER (H.), Le contrat, acte de prévision, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 643.

<sup>138</sup> V. HEBRAUD (P.), Observations sur la notion du temps dans le droit civil, in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, t. 2, P.U.A.M., 1979, p. 1, spéc. p. 27, qui estime que « *le ressort qui anime l'action, c'est la prévision* ». Il ne s'agit pas d'exiger de chacun qu'il connaisse l'ensemble des règles régissant tel ou tel comportement. Les connaissances que l'acheteur d'un bien a des conséquences juridiques du contrat ne sont bien souvent que sommaires. Mais il a besoin de savoir, pour s'engager, qu'il deviendra propriétaire du bien et qu'il devra le prix. Il refuserait au contraire de contracter s'il craignait que la propriété ainsi acquise ne soit pas garantie. Sans connaître le détail des règles applicables au contrat de vente, il doit pouvoir en prévoir les principales conséquences, à défaut de quoi il préférera ne pas s'engager plutôt que de risquer, par exemple, de perdre le prix.

<sup>139</sup> WALINE (M.), Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 1, Sirey, 1963, p. 364 ; v. également MUZNY (P.), Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi, *D.* 2006, chr. 2214, n° 19s., p. 2217, qui estime que la systématisation est un moyen d'amélioration de la prévisibilité de la jurisprudence ; GRZEGORCZYK (C.), art. préc., p. 284, qui souligne que la prévisibilité introduit dans notre droit l'exigence de cohérence.

<sup>140</sup> MOLFESSIS (N.), obs. sous Cons. const., 16 déc. 1999, *RTD civ.* 2000.186.

<sup>141</sup> En ce sens que la loi doit être intelligible pour être accessible : FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANES (W.), Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, *D.* 2000, chr. 361, n° 16s, p. 363s.

*prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire* »<sup>142</sup>. La loi doit être accessible pour que les droits soient effectifs<sup>143</sup>. A défaut d'intelligibilité et d'accessibilité, l'ordre que donne la loi et la protection qu'elle offre n'ont plus de puissance<sup>144</sup>. Une connaissance suffisante des normes est ainsi une condition de l'égalité devant la loi, énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et de la garantie des droits, requise par l'article 16 du même texte<sup>145</sup>. Et le principe ainsi dégagé pour la loi doit être étendu à l'ensemble du droit. Le citoyen doit pouvoir comprendre et avoir accès au droit, à défaut de quoi la protection offerte par celui-ci n'est pas effective. C'est d'ailleurs l'effectivité du droit que le Conseil constitutionnel cherche à garantir en décidant que l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi sont des objectifs à valeur constitutionnelle<sup>146</sup>.

L'exigence de cohérence peut en outre trouver un fondement dans la définition même de la règle de droit. Il est généralement admis que celle-ci se caractérise par son caractère général et abstrait<sup>147</sup> ; elle n'est pas adoptée pour résoudre un cas individuel mais est la même pour tous<sup>148</sup>. Le raisonnement juridique, et en particulier celui qui conduit à trancher un litige, implique dès lors de qualifier les faits, c'est-à-dire de les rattacher à une catégorie préexistante pour en déterminer le régime<sup>149</sup>. Dès lors en effet que la règle de droit est conçue abstraitement, il est nécessaire, pour juger en droit<sup>150</sup>, de rattacher le cas concret à la règle, en

<sup>142</sup> V. par exemple Cons. const., 28 avr. 2005, n° 2005-514 DC, JO 4 mai 2005, p. 7702 ; Cons. const., 27 juil. 2006, n° 2006-540 DC, JO 3 août 2006, p. 11541.

<sup>143</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANES (W.), art. préc., n° 27, p. 365.

<sup>144</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANES (W.), art. préc., n° 31, p. 365.

<sup>145</sup> DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), art. préc., p. 12.

<sup>146</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANES (W.), art. préc., n° 16s., p. 363s.

<sup>147</sup> V. par exemple RIVERO (J.), art. préc., p. 100 ; ROUBIER (P.), *op. cit.*, n° 4, p. 25 ; BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, n° 36, p. 45 ; MALAURIE (P.) et MORVAN (P.), *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 246, p. 178 ; v. également TERRE (F.), *op. cit.*, n° 208, p. 202 ; CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 12<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 16, p. 17 ; Comp., GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *op. cit.*, n° 486, p. 452.

<sup>148</sup> POLLAUD-DULIAN (F.), A propos de la sécurité juridique, *RTD civ.* 2001.487, spéc. p. 489.

<sup>149</sup> En ce sens WALINE (M.), art. préc., p. 363 ; BERGEL (J.-L.), art. préc., n° 3, p. 257 ; V. sur la définition de la qualification : TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 444, p. 450 ; FAGES (B.), *Droit des obligations*, L.G.D.J., 2007, n° 324, p. 243. En d'autres termes, la qualification est le processus qui permet de déterminer le régime juridique applicable à une opération donnée, à travers l'identification d'une situation de fait à une notion légale, définie *a priori* (TERRE (F.), *op. cit.*, n° 3, p. 2 ; V. aussi pour une définition proche : GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 56, p. 76 ainsi que les définitions doctrinales citées par ces auteurs en note 3).

<sup>150</sup> On pourrait imaginer que le juge s'appuie sur d'autres disciplines que le droit, telles la sociologie, l'analyse économique du droit. Mais on peut, d'une part, contester que le juge puisse se fonder sur de tels éléments. Il en est spécialement ainsi du juge de cassation. Aux termes de l'article 604 du nouveau Code de procédure civile, « *le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ». Il est ainsi faite interdiction au juge de cassation de « *connaître du fond des affaires* » (Art. L. 411-2 du Code de l'organisation judiciaire, reprenant les dispositions de l'article 3 du décret des 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790). Le juge de cassation est juge du droit, non du fait (BORE (J.) ET BORE (L.),

démontrant qu'il rentre bien dans les catégories abstraites que la règle est destinée à régir<sup>151</sup>. Or ce travail de classification suppose une certaine cohérence du droit. A défaut, la même situation de fait pourrait appartenir à différentes catégories, ce qui rendrait impossible la détermination du régime auquel elle est soumise.

**30.** La portée de cette exigence n'est pas sans limite. Elle ne doit pas priver le droit de toute flexibilité<sup>152</sup>. L'adaptation du droit à l'évolution de la réalité économique et sociale est, dans certains cas, nécessaire<sup>153</sup>. Or cette adaptation suppose que le droit soit doté d'une certaine souplesse ; elle suppose notamment que les catégories juridiques puissent évoluer pour absorber des situations qui ne pouvaient y être rattachées ou au contraire pour exclure des cas qu'elles régissaient. Un certain équilibre doit ainsi être trouvé entre les impératifs de cohérence et de flexibilité<sup>154</sup>.

Quelle que soit l'importance et la force respectives de ces deux exigences, les considérations qui précèdent justifient d'admettre, *a minima*, deux manifestations de l'exigence de cohérence. D'une part, il reste possible de stigmatiser l'incohérence de tel état du droit positif. La règle critiquée peut certes être justifiée pour d'autres raisons, qui commandent de renoncer à l'exigence de cohérence. Mais cette renonciation demeure regrettable. Elle justifie que l'on cherche à modifier le droit positif afin de dégager une règle qui satisfasse l'ensemble des besoins. D'autre part, le maintien ou l'amélioration de la cohérence du droit positif doit rester un objectif. Il ne sera certes pas toujours atteint ; des considérations d'opportunité justifieront parfois d'y renoncer. Mais cette renonciation ne peut être générale et préalable. Le droit doit essayer d'être cohérent. Il en résulte en particulier qu'entre deux solutions également opportunes, celle qui préserve une certaine cohérence du système dans lequel elle s'insère doit être préférée.

---

*La cassation en matière civile*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 60.01, p. 233). Le recours à ces méthodes, fut-il fondé, ne justifierait d'autre part et en tout état de cause pas de revenir sur l'exigence de cohérence. Sauf à ouvrir la porte à l'arbitraire, la prise en compte d'analyses sociologiques ou économiques ne serait admissible que si ces analyses étaient fondées sur certaines règles qui assurent la permanence des principes appliqués d'une espèce à l'autre. Il ne serait pas admissible que chaque juge applique ses propres méthodes d'analyse économique, ou que celles-ci varient d'une affaire à l'autre.

<sup>151</sup> BERGEL (J.-L.), art. préc., n° 3, p. 257.

<sup>152</sup> BERGEL (J.-L.), art. préc., n° 19, p. 268 ; POLLAUD-DULIAN (F.), A propos de la sécurité juridique, art. préc., p. 496 ; v. aussi CARBONNIER (J.), *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 8.

<sup>153</sup> Supra n° 20.

<sup>154</sup> V. en ce sens, mais à propos, plus globalement des impératifs de sécurité juridique et de flexibilité, POLLAUD-DULIAN (F.), *eod. loc.* ; v. également MUZNY (P.), art. préc., n° 1, p. 2214.

31. La conjonction de ces prémisses et du constat des difficultés soulevées par le prix dans les cessions de droits sociaux permet de dégager les objectifs du présent travail.

### **B – Objectifs de la recherche**

32. Deux objectifs peuvent être assignés à cette recherche : l'appréhension critique du droit positif (1), et son amélioration (2).

#### 1 – L'appréhension critique du droit positif

33. De nombreux travaux ont déjà été consacrés aux questions soulevées par l'application aux cessions de droits sociaux des règles relatives au prix de vente d'une part, de la prohibition des clauses léonines d'autre part<sup>155</sup>. Les plus récents ne portent toutefois que sur un aspect particulier de ces difficultés. En outre, les travaux portant sur le prix dans les cessions de droits sociaux n'ont pas nécessairement pour objet d'évaluer le droit positif au regard des exigences de cohérence et d'adaptation du droit à la réalité sociale.

L'appréhension critique du droit positif apparaît alors opportune pour deux raisons.

34. En premier lieu, une étude portant sur l'ensemble de la matière et présentant les évolutions les plus récentes de la jurisprudence apparaît opportune indépendamment même des exigences de cohérence du droit et d'adaptation du droit à la réalité des cessions de droits sociaux. Les exigences du droit des sociétés et, plus encore, du droit de la vente, font en effet

---

<sup>155</sup> Pour n'en citer que quelques-uns parmi ceux consacrés explicitement au prix des droits sociaux : LAMBERT (T.), thèse préc. ; CHARTIER (Y.), L'évaluation des parts de sociétés civiles immobilières, *Rev. soc.* 1993.1 ; COMBASTET (TH.), La détermination du prix par un tiers dans les cessions de droits sociaux, *Petites affiches*, n° 106 du 4 sept. 1985, p. 58 ; COURET (A.), Le prix du contrôle d'une société anonyme, *Bull. Joly* 1986, p. 167 ; COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc. ; COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), La maîtrise du risque d'indétermination du prix dans les cessions d'actions, *Droit des sociétés, actes pratiques*, juin 1992, p. 1 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), L'acquisition de droits sociaux pour un prix symbolique, *Droit & Patrimoine*, juin 1995, p. 35 ; DELFOSSE (A.), La détermination du prix dans les cessions de contrôle, *Bull. Joly* 1990, p. 431 ; DENECKER (J.), La détermination du prix dans les cessions de droits sociaux, *Rev. cons. jur.* 1986, n° 20, p. 20 ; GARÇON (J.-P.), Fixation d'un prix de cession de titres et référence aux éléments comptables, *JCP éd. E* 2000, p. 496 ; LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc. ; LE BRAS (W.), Les promesses de cession de droits sociaux et la prohibition des clauses léonines, *Bull. Joly* 1986.587 ; LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, *JCP E* 2000.I.168 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), *Rev. soc.* 1997.455 ; MOURY (J.), Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, *Rev. soc.* 2005.513 ; PAULZE D'IVOY (B.), Expertises et prix de cessions de droits sociaux, *Bull. Joly* 1995, p. 313 ; POITRINAL (F.-D.), Cession d'entreprise : Les conventions de *earn out*, *JCP éd. E* 1999, p. 18 ; WERTENSCHLAG (B.), Prix déterminable et cession de droits sociaux, *JCP éd. E* 1991.I.99 ; V. également CAFFIN-MOI (M.), *Cession de droit sociaux et droit des contrats*, thèse Paris, 2007, mais qui ne porte pas uniquement sur la question du prix des droits sociaux.

courir des risques d'annulation à de nombreuses opérations<sup>156</sup>. Elles rendent incertaine la qualification de nombreuses autres. Une étude du prix dans les cessions de droits sociaux peut alors permettre, à travers une approche à la fois globale et précise de la jurisprudence, de cerner et d'expliquer exactement les problèmes soulevés par ces contrats. Elle peut par exemple permettre, sur la base d'une définition de la notion de prix de vente, de mieux distinguer parmi les différents mécanismes qui permettent aux parties d'adapter le prix et la valeur d'échange des droits sociaux ceux qui altèrent le prix. L'appréhension du droit positif présente alors un intérêt théorique. Pour prendre l'exacte mesure des problèmes rencontrés, elle implique de revenir plus précisément sur la notion de prix de vente et sur les fondements des exigences relatives à ce prix. Elle implique également de revenir sur les fondements de l'exigence de participation aux bénéfices et de contribution aux pertes, et sur la portée de la prohibition des clauses léonines. Elle présente en outre un intérêt pratique, en ce qu'elle doit conduire à identifier plus précisément les types de clauses soulevant des difficultés.

**35.** En deuxième lieu, l'appréhension du droit positif est nécessaire au regard des prémisses adoptées. Dès lors que le constat de l'incohérence du droit ou celui de son inadaptation à la réalité sociale justifient de rechercher à modifier le droit positif, la question se pose de savoir si les règles régissant le prix de vente ou la prohibition des clauses léonines sont adaptées aux besoins des parties à une cession de droits sociaux et si les solutions retenues sont cohérentes. L'appréhension critique du droit positif, en ce qu'elle doit conduire à déterminer dans quelle mesure celui-ci est incohérent ou inadapté, constitue une étape obligée de la démarche qui a pour objet de réduire ces travers. Elle doit être entreprise afin d'atteindre le second des objectifs assignés à cette recherche : l'amélioration du droit positif.

## 2 – L'amélioration du droit positif

**36.** L'application du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines soulève un abondant contentieux<sup>157</sup>. L'étude de celui-ci révèle que les solutions retenues pour l'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil sont critiquables tant au regard de la lettre que de l'esprit de ce texte et sont incohérentes avec les solutions adoptées par ailleurs pour l'application de ce texte. Elle révèle par ailleurs que l'application aux cessions

---

<sup>156</sup> Infra première partie.

<sup>157</sup> V. les études de la jurisprudence effectuées dans la première partie de notre recherche, infra n° 45s.



de droits sociaux des règles régissant le prix de vente expose de très nombreux contrats à des risques d'annulation.

Les exigences d'adaptation du droit à la réalité sociale et de cohérence justifient alors d'améliorer le droit positif, afin de limiter les risques d'annulation, sources d'incertitudes pour les individus qui envisagent d'acheter ou de céder des droits sociaux, et de rétablir une certaine cohérence. Il ne saurait certes être question de trouver une solution parfaite, qui permettrait de surmonter toutes les difficultés sans en créer de nouvelles. L'objectif de cette recherche n'est pas d'élaborer une improbable solution providentielle. Il est de rechercher et de proposer des modifications du droit positif qui réduiraient les risques pesant sur les cessions de droits sociaux. Il est en outre de convaincre que les modifications proposées sont à la fois possibles et opportunes.

**37.** Les développements qui suivent conduiront donc à une certaine adaptation du droit à la réalité des cessions de droits sociaux. Ils ne méconnaîtront pas pour autant la fonction normative du droit, dont il résulte qu'il ne peut être une simple reproduction de la réalité. En effet, la présente étude ne tend pas à adapter, sans autre limite ni condition, le droit positif afin de faire échapper à la nullité toutes les cessions de droits sociaux. Elle tend à démontrer qu'il serait possible de soumettre les cessions de droits sociaux à un régime qui respecte les principes du droit des contrats et du droit des sociétés tout en étant plus adapté à la réalité de ces opérations. L'objectif d'amélioration du droit positif qui lui est assigné n'est ainsi nullement en contradiction avec les exigences susvisées et notamment avec celle de cohérence du droit. Bien au contraire, elle tend à préserver voire à améliorer la cohérence du système juridique.

**38.** Deux objectifs principaux sont ainsi finalement assignés à la présente étude : elle doit permettre d'appréhender les règles qui régissent le prix dans les cessions de droits sociaux, leurs fondements, les difficultés que soulève leur application ; elle doit proposer des solutions convaincantes aux difficultés résultant de l'application aux cessions de droits sociaux du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines.

Ces deux objectifs permettent de définir plus précisément le champ de l'étude.

### **§ 3 – Champ de l'étude**

**39.** L'étude que nous nous proposons d'entreprendre porte globalement sur les difficultés que suscitent, entre les parties, les différentes modalités convenues de fixation du prix des droits sociaux. Son champ peut être délimité en conséquence.

**40.** Seront intégrés dans la présente étude tous les développements qui permettront d'appréhender les difficultés évoquées et de faire évoluer le droit positif. A côté des transferts de titularité des droits sociaux dans lesquels la contrepartie convenue consiste effectivement en une somme d'argent payée par l'acquéreur au vendeur, seront étudiées toutes les opérations dans lesquelles la contrepartie convenue ne réside pas dans une telle somme - ce qui semble exclure la qualification du prix - mais où se pose la question de l'application du droit de la vente. Seront ainsi envisagées les cessions consenties moyennant un prix symbolique. Seront de même étudiées les opérations dans lesquelles aucun prix n'est dû, par exemple en exécution d'une clause de garantie de passif, mais que les parties ont qualifiées de contrat de vente. Dans la mesure par ailleurs où de nombreux conflits sont consécutifs à la levée d'une promesse d'achat ou de vente de droits sociaux, l'étude portera également sur ces conventions et sur les difficultés qu'elles suscitent.

Cette recherche nous conduira ainsi à étudier les différentes modalités de fixation du prix, et les problèmes qu'elles peuvent soulever. Elle nous donnera l'occasion, notamment, d'évoquer les solutions adoptées par la Cour de cassation pour l'application de la prohibition des clauses léonines, et nous conduira à critiquer ces solutions. Elle nous conduira par ailleurs à rechercher, au sein des différentes modalités de fixation du prix, quelles sont celles qui peuvent réellement être considérées comme affectant le prix, et quelles sont celles qui se bornent à modifier la valeur de l'entreprise. Elle nous donnera l'occasion de dépasser la définition du prix comme une contrepartie monétaire, pour rechercher ce qu'implique exactement cette qualification de contrepartie.

Les développements consacrés à la recherche d'améliorations du droit positif nous conduiront par ailleurs à élargir le champ de nos réflexions aux éléments nécessaires à l'élaboration des solutions proposées. Nous serons ainsi notamment amenés, pour déterminer le fondement de ces modifications du droit positif, à revenir sur le contenu des cessions de droits sociaux. Nous serons en particulier amenés à nous interroger sur certaines des caractéristiques de l'associé, et sur l'existence de catégories d'associés. La recherche d'une modification du régime des cessions de droits sociaux nous conduira par ailleurs à nous interroger,

notamment, sur les notions d'abus dans la fixation du prix, et sur la nécessité de la participation aux résultats de tous les associés.

**41.** En revanche, seront exclus du champ de l'étude tous les développements qui ne contribueraient pas à l'appréhension des difficultés suscitées, entre les parties, par les clauses relatives au prix.

L'étude ne portera ainsi que sur les cessions dans lesquelles il est possible de considérer qu'existe un prix. En seront exclus, outre les transferts opérés à titre gratuit, ceux dans lesquels aucune contrepartie monétaire n'est stipulée ou envisagée. Seront en outre exclues du champ de la présente étude, au sein des cessions comportant un prix, les cessions d'actions cotées intervenant sur le marché. La fixation du prix d'actions cotées peut soulever des difficultés, par exemple dans le cadre d'offre publique d'achat ou de vente. Mais ces difficultés ne donnent pas lieu à un contentieux opposant les parties aux cessions de droits sociaux, que le présent travail a pour objectif de limiter<sup>158</sup>. Ce travail portant en outre sur les difficultés rencontrées du fait de l'application des règles du droit positif français, toute étude systématique des solutions retenues par les droits étrangers sera écartée. Des comparaisons seront toutefois effectuées avec certains d'entre eux pour démontrer que d'autres règles que celles prévalant en droit français sont envisageables.

Sera par ailleurs exclue de ce travail toute étude des difficultés soulevées par le prix dans les cessions de droits sociaux en droit fiscal<sup>159</sup>. Ces difficultés restent en effet étrangères à celles que peuvent faire naître les clauses relatives au prix entre les parties. Les règles fiscales ne remettent pas en cause la validité de la cession. Le contentieux qu'elles suscitent n'oppose pas les unes aux autres les parties au contrat de cession ; il oppose certaines de ces parties à l'administration fiscale. Une étude générale du régime fiscal du prix dans les cessions de droits sociaux ne contribuerait donc pas à la définition d'un régime plus adapté à la réalité des rapports des parties à la cession. Aussi une telle étude ne sera-t-elle pas entreprise.

Une précision doit enfin être apportée. L'optique de cette recherche n'est pas pratique. Il ne s'agit pas de proposer de nouvelles clauses permettant, par exemple, l'adaptation du montant

---

<sup>158</sup> L'absence de contentieux s'explique notamment par le fait que le prix des actions correspond nécessairement, dans les cessions « individuelles » par opposition à celles résultant d'offres publiques, au cours de l'action (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 975, p. 417 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 5, p. 3) de telle sorte que sa fixation ne soulève pas, dans ces cas, de difficultés juridiques (En ce sens : LAMBERT (T.), thèse préc., n° 5, p. 3).

<sup>159</sup> V. par exemple pour une présentation de ces difficultés : JANNIN (E.), *Dict. Joly, Droits des sociétés, série A*, v° Cessions d'actions et de parts sociales, Régime Fiscal, 2004 ; et plus précisément sur la fiscalité des garanties de passif, HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 240s., p. 187s.

du prix à la valeur d'échange que les parties attribuent aux droits sociaux, ou de suggérer de nouveaux mécanismes alternatifs de détermination du prix. La persistance du contentieux révèle les limites d'une appréhension pratique du problème ; elle révèle son insuffisance pour réduire les risques que font peser, sur la validité des cessions de droits sociaux, les velléités des parties d'adapter ou au contraire de ne pas adapter le prix à la valeur des droits. Aussi toute considération relative à la rédaction qui devrait être celle des clauses relatives au prix sera-t-elle écartée.

**42.** Les objectifs et le champ de la présente recherche étant définis, il est possible d'en proposer un plan.

#### **§ 4 - Plan**

**43.** De même qu'ils déterminent le champ de la présente étude, les objectifs d'appréhension et d'amélioration du droit positif en commandent le plan. Une évolution du droit positif, pour peu que le principe en soit accepté, n'est envisageable qu'à la condition d'apparaître à la fois possible et opportune. Les difficultés qu'elle engendre ou les objections qu'elle ne manquera pas de soulever doivent non seulement ne pas être dirimantes, mais encore apparaître moins embarrassantes que les difficultés actuellement rencontrées. Aussi est-il nécessaire, afin de mener ce travail, de mesurer l'exacte portée des problèmes évoqués. Une telle étude permettra de déterminer les évolutions qui seraient souhaitables. Elle permettra en outre d'évaluer l'opportunité de ces solutions, en comparant leurs effets aux difficultés actuelles. Ainsi, à l'étude des difficultés engendrées par les modes de fixation du prix adoptés par les parties, dont résulte l'inadéquation du droit positif (Première partie), succèdera la proposition d'une évolution de ce droit, consistant en une éviction sélective du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines (Seconde partie).

**PREMIERE PARTIE : L'INADEQUATION DU DROIT POSITIF : LES DIFFICULTES ENGENDREES  
PAR LES MODES DE FIXATION DU PRIX ADOPTES PAR LES PARTIES**

**SECONDE PARTIE : L'EVOLUTION SOUHAITABLE DU DROIT POSITIF : L'EVICION SELECTIVE  
DU DROIT DE LA VENTE ET DE LA PROHIBITION DES CLAUSES LEONINES**



## **PREMIERE PARTIE**

### **L'INADEQUATION DU DROIT POSITIF : LES DIFFICULTES ENGENDREES PAR LES MODES DE FIXATION DU PRIX ADOPTES PAR LES PARTIES**

**44.** L'inadéquation du droit positif se manifeste doublement.

Elle résulte, en premier lieu, de l'inadéquation du droit des sociétés et, plus précisément, des risques de nullité que la prohibition des clauses léonines fait peser sur les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix garanti (Titre I).

Elle résulte, en second lieu, de la difficulté que rencontrent les parties aux cessions de droits sociaux pour convenir d'un prix conforme aux exigences du droit de la vente (Titre II).

**Titre I : La licéité incertaine des promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix garanti au regard de la prohibition des clauses léonines**

**Titre II : La difficile fixation d'un prix conforme aux exigences du droit de la vente**



# TITRE I : LA LICEITE INCERTAINE DES PROMESSES D'ACHAT OU DE VENTE DE DROITS SOCIAUX A PRIX GARANTI AU REGARD DE LA PROHIBITION DES CLAUSES LEONINES

45. La cession de droits sociaux entraîne, en principe, transfert du droit de percevoir les bénéfices. Lorsqu'elle a pour objet des parts sociales, elle emporte entre les parties transfert de titularité des parts à compter de l'accord des parties<sup>1</sup>. Le cessionnaire est en outre subrogé dans tous les droits attachés aux parts sociales qu'il a acquises à compter du jour où la cession est opposable à la société<sup>2</sup>. A compter de cette date<sup>3</sup>, le cessionnaire de parts acquiert notamment le droit de percevoir les dividendes<sup>4</sup>. Le cessionnaire d'actions acquiert de même, à compter de l'inscription en compte de l'acheteur des actions cédées<sup>5</sup>, les droits attachés à la

---

<sup>1</sup> Com., 10 mars 1992, *Bull. civ.* IV, n° 109, p. 80. L'arrêt est relatif à la cession de parts de SARL, mais la solution est transposable à toutes les cessions de parts de sociétés de personne –SNC, sociétés civiles, sociétés en commandite simple (en ce sens COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 1030, p. 439 ; MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 4331, p. 301, qui précisent que l'arrêt est transposable à la cession des parts d'une SNC ; GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, op. cit.*, n° 206, p. 316 qui, sans préciser que l'arrêt est transposable, le cite à l'appui de l'affirmation selon laquelle les cessions de parts sociales, sans restriction, interviennent entre les parties par le seul échange des consentements).

<sup>2</sup> A propos du cessionnaire de parts de SARL : MERLE (P.), *op. cit.*, n° 219, p. 242 ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 1226, p. 762. A propos de la cession des parts d'une SNC : DEREU (Y.), *Sociétés en nom collectif, Parts sociales, cessions entre vifs, Jurisclasseur Traité des sociétés*, fasc. 59-20, 1996, spéc. n° 179, p. 17 ; V. également COURTIER (J.-L.), Validité et opposabilité des cessions de parts de la société en nom collectif, *Dr. soc.*, déc. 1998, p. 10. Ces principes sont par ailleurs applicables au cessionnaire des parts d'une société en commandite simple, en application de l'article L. 222-2 du Code de commerce qui précise que les dispositions applicables aux SNC le sont aux sociétés en commandite simple, sous certaines réserves qui ne concernent pas le moment du transfert de titularité des droits sociaux.

<sup>3</sup> L'opposabilité de la cession à la société résulte, dans les sociétés commerciales, de la signification de la cession à la société, du dépôt au siège social d'un original de l'acte de cession, ou de l'acceptation de l'acte par la société dans un acte authentique (Art. L. 221-14 du Code de commerce, relatif à la cession des parts d'une SNC, applicable aux parts de société en commandite simple en application de l'article L. 222-2 du Code de commerce ; V. également COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 1015, p. 432 pour les parts de SARL, n° 1113, p. 477 pour les parts de SNC). Elle résulte, dans les sociétés civiles, de l'accomplissement des formalités prévues par l'article 1690 du Code civil ou, si les statuts le stipulent, par transfert sur les registres de la société (Art. 1865 du Code civil ; V. également COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 1161, p. 500). V. également sur les modalités de l'opposabilité de la cession à la SARL : YOUNG (C.), L'opposabilité de la cession des parts sociales à la SARL, *Dr. soc.*, juin 2002, p. 4.

<sup>4</sup> ARTZ (J.-F.), fasc. préc., n° 327, p. 53 ; v. aussi JADAUD (B.), La répartition des bénéfices sociaux entre cédant et cessionnaire de parts sociales, *JCP éd. E*, 1996.I.608. Dans la mesure où les dividendes sont considérés comme des fruits (Com., 5 oct. 1999, *Bull. civ.* IV, n° 163, p. 137, D. 2000.552, note MORRIS-BECQUET (G.)), ils appartiennent en théorie au cessionnaire à partir du transfert de propriété (MORRIS-BECQUET (G.), note sous Com., 5 oct. 1999, D. 2000.552, spéc. p. 555 ; en ce sens que le propriétaire perçoit les fruits, v. par exemple TERRE (F.) et SIMLER (PH.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 122, p. 117). Il en résulte que le cessionnaire devrait pouvoir demander au cédant de lui reverser les dividendes mis en distribution depuis le transfert de propriété et qu'il n'a pu percevoir parce que la cession n'était pas encore opposable à la société.

<sup>5</sup> Quoique aucun texte ne le précise, la cession est considérée comme étant opposable à la société lors de l'inscription des actions en compte au nom de l'acheteur (en ce sens PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1992, p. 341 ; LE NABASQUE (H.), Les actions sont des droits de créance négociable, art. préc., p. 685 ; v. également BISSARA (P.), Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, *Rev. soc.* 2004.461, spéc. n° 25, p.



qualité d'actionnaire, et spécialement le droit aux dividendes<sup>6</sup> et le droit de percevoir les bénéfices mis en réserve, alors même que ces réserves auraient été constituées lorsque le cédant était encore associé<sup>7</sup>.

Le cessionnaire de parts sociales ou d'actions assume au surplus seul la part des pertes correspondant aux droits sociaux qu'il détient si la société est liquidée alors qu'il est encore associé<sup>8</sup>, sans pouvoir demander remboursement au cédant du passif social antérieur à la cession<sup>9</sup>.

Dans un certain nombre d'occurrences toutefois, les parties à la cession dissocient le transfert de la propriété des droits et celui de la vocation aux résultats sociaux.

**46.** Tel peut être le cas lors de la cession du contrôle de la société.

Compte tenu du prix des droits sociaux permettant la cession de ce contrôle, le cessionnaire n'a, souvent, pas les disponibilités financières pour payer immédiatement la totalité des parts sociales ou actions cédées<sup>10</sup>. L'accord sur un transfert immédiat accompagné d'un paiement

---

475 ; NIZARD (F.), Le transfert de propriété des valeurs mobilières : une réforme inachevée, *Rev. soc.* 2004.619, spéc. n° 35, p. 633 ; MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 4577, p. 2108). Avant que l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 ne modifie la date du transfert de propriété des actions, la question se posait d'un décalage entre le transfert de propriété *inter partes* et l'opposabilité à la société. Le transfert de propriété résultait en matière d'actions, comme en matière de parts sociales, du seul échange des consentements (V. par exemple Com., 23 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 431, p. 313 ; adde PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1992, p. 341). Il existait donc, comme en matière de cession de parts sociales, un possible décalage entre les deux événements. Ce décalage a, en principe, été supprimé par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004. L'article L. 228-1 du Code de commerce dispose désormais que le transfert de propriété résulte, pour les actions cotées, de l'inscription au compte de l'acheteur chez son intermédiaire habilité (en ce sens : NIZARD (F.), art. préc., n° 12, p. 622). Elle résulte, pour les actions non cotées mais inscrites en compte chez un intermédiaire habilité participant à un système de règlement livraison, de l'inscription en compte de l'acheteur (NIZARD (F.), art. préc., n° 27, p. 629). Le transfert résulte enfin, pour les actions ni cotées ni assimilées, de l'inscription des actions en compte au nom de l'acheteur dans des conditions à définir par décret en Conseil d'Etat (BISSARA (P.), *eod. loc.*). L'article 60 du décret n° 2006-1566 du 11 décembre 2006 a précisé que, pour l'application de l'article L. 228-1 du Code de commerce, l'inscription au compte de l'acheteur se faisait à la date fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice (V. sur ce décret les observations de M. Hovasse (HOVASSE (H.)), *Dr. soc.*, fév. 2007, comm. 31). Transfert de propriété et opposabilité résultent ainsi, dans tous les cas, de l'inscription en compte de l'acheteur, de telle sorte qu'il ne peut plus survenir de décalage entre le droit vis-à-vis du cédant et celui vis-à-vis de la société.

<sup>6</sup> MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 25190, p. 1187. Le droit des associés aux dividendes ne prend en effet naissance qu'à compter de l'assemblée générale décidant leur distribution (Com., 23 oct. 1990, *Bull. civ.* IV, n° 247, p. 171), de telle sorte que le cédant n'a pas de droit sur les dividendes résultant de l'activité de la société entre la dernière distribution et la cession (en ce sens MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 2922, p. 235).

<sup>7</sup> MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. et loc. cit.* ; ARTZ (J.-F.), fasc. préc., n° 186, p. 29.

<sup>8</sup> La contribution aux pertes n'intervient, on l'a vu, que lors de la liquidation de la société (Supra n° 13) ; V. spécialement Com., 3 mars 1975, *Bull. civ.* IV, n° 68, p. 56, qui décide qu'est irrecevable l'action engagée par une société en commandite contre d'anciens associés en paiement de leur part dans les pertes d'exploitation, dans la mesure où « *c'est seulement en cas de dissolution de la société en commandite que celle-ci peut agir contre ses membres en paiement de ses pertes* ».

<sup>9</sup> MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 4233, p. 295 ; Req., 12 mars 1928, S. 1928.1.226

<sup>10</sup> MERLE (P.), obs. sous Com., 10 fév. 1981, *Rev. soc.* 1982.98.

échelonné n'est par ailleurs guère satisfaisant pour le cédant, qui ne dispose plus, pour obtenir l'exécution des engagements du cessionnaire, du gage que constitue la détention d'un certain nombre d'actions ou de parts sociales.

Aussi les parties conviennent-elles parfois que seul un nombre de droits sociaux permettant le transfert du contrôle de la société sera cédé dans un premier temps, la cession des droits restant devant intervenir ultérieurement. Les droits conservés par le cédant remplissent alors une fonction de garantie. Néanmoins, la situation du cédant peut être délicate. Ayant cédé le contrôle de la société, les parts qu'il détient encore ont une valeur limitée et sont, pratiquement, difficilement cessibles à quelqu'un d'autre qu'au cessionnaire initial<sup>11</sup>. De surcroît, le cédant, ayant perdu le pouvoir au sein de la société, n'en maîtrise plus la gestion et se trouve exposé aux erreurs du repreneur<sup>12</sup>. Pour surmonter ces difficultés, le cessionnaire consent au cédant une promesse d'achat des actions ou parts sociales lui restant, à un prix souvent égal à celui auquel le premier bloc a été cédé. La stipulation d'un prix déterminé dès l'origine permet alors au cédant de se prémunir contre le risque de dévalorisation des parts qu'il a conservées pendant cette période intermédiaire<sup>13</sup>. Le cédant consent, réciproquement, une promesse de cession des droits, qui assure le cessionnaire que la propriété de la totalité des droits lui sera finalement transférée.

**47.** Tel peut encore être le cas dans le cadre de conventions dites de portage.

Ainsi que l'écrit Monsieur Lucas : « Aux termes de ces conventions, un porteur acquiert des valeurs mobilières et les détient pour le compte d'un donneur d'ordre, en s'engageant dès la conclusion du contrat à les rétrocéder à un bénéficiaire, pour un prix et à une date fixés *ab initio* »<sup>14</sup>. Le porteur consent ainsi, le plus souvent, une promesse de vente au profit du bénéficiaire, qui consent, réciproquement, une promesse d'achat des droits objets du portage<sup>15</sup>. Ces conventions peuvent avoir pour objet de fournir au porteur la garantie que

---

<sup>11</sup> HONORAT (J.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Deffrénois* 1987.609.

<sup>12</sup> MERLE (P.), *eod. loc.*

<sup>13</sup> PRIETO (C.), Conventions extra-statutaires entre associés, in MESTRE (J.), PUTMAN (E.), VIDAL (D.) *Grands arrêts du droit des affaires*, 1995, p. 443s., p. 452 ; v. également RANDOUX (D.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.590.

<sup>14</sup> LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, préf. L. Lorvellec, *Bibl. dr. priv.*, t. 283, L.G.D.J., 1997, n° 103, p. 55 et les références citées.

<sup>15</sup> En raison de l'instauration de la fiducie par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, une partie des conventions de portage se coulera probablement dans le moule de la fiducie, ce qui pourrait permettre, on peut d'ores et déjà le noter, de faire échapper ces conventions à la prohibition des clauses léonines (En ce sens, LUCAS (F.-X.), obs. sous Com., 23 janv. 2007, *Bull. Joly* 2007, § 154 p. 610). Le problème de la prohibition des clauses léonines demeure toutefois entier pour les conventions de portage qui n'emprunteraient pas ce moule, ainsi que pour les

constitue la propriété des titres. Elles peuvent permettre de confier à un tiers la propriété des titres en attendant que les associés - par exemple les héritiers - ne s'entendent définitivement sur leur répartition. Elles peuvent encore permettre de dissimuler le donneur d'ordre, ou de conférer au porteur la qualité apparente d'associé<sup>16</sup>.

Ces conventions ont donc pour objet un service que le porteur rend au donneur d'ordre<sup>17</sup>. Dans toutes ces hypothèses, le porteur n'a pas, et ne veut pas avoir, vocation aux bénéfices ou aux pertes<sup>18</sup>. Aussi les promesses de vente et de rachat permettant le dénouement du portage sont-elles conclues à un prix déterminé d'avance, qui, en interdisant au porteur de réaliser une plus ou une moins-value en raison de l'évolution des résultats de la société, le prive des bénéfices ou l'exonère des pertes à l'origine de cette évolution de la valeur des droits<sup>19</sup>.

**48.** Les conventions susvisées, en permettant à un associé de céder ses parts sociales ou actions à un prix indépendant des pertes enregistrées par la société, ou en le contraignant à une telle cession à un prix ne prenant pas en compte les bénéfices réalisés, peuvent être considérées comme garantissant le cédant contre tout risque de perte, ou au contraire comme le privant de toute participation aux bénéfices.

Or l'article 1855 du Code civil dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 disposait : «*La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle. Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés* ». Reprenant, sous réserve de la sanction<sup>20</sup>, la substance de cette interdiction<sup>21</sup>, l'article 1844-1 du Code civil dans sa rédaction résultant de la même loi du 4 janvier 1978 répute non écrite «*la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit*

---

promesses d'achat ou de vente conclues dans d'autres contextes, et spécialement pour celles conclues pour permettre à un investisseur de sortir de la société.

<sup>16</sup> LUCAS (F.-X.) thèse préc., n° 142s.p. 75s. ; SCHMIDT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, in *Les opérations fiduciaires*, FEDUCI, 1985, p. 29s., spéc. p. 30 ; POLLAUD-DULIAN (F.), L'actionnaire dans les opérations de portage, *Rev. soc.* 1999.765., spéc. p. 767.

<sup>17</sup> En ce sens, SOUMRAMI (P.), *Le portage d'actions*, préf. B. Oppetit, Bibl. dr. priv., t. 260, L.G.D.J, 1996, n° 117, p. 67 ; BERTREL (J.-P.) et JEANTIN (M.), Le portage d'actions, *RJDA* 10/1991, p. 683, spéc. n° 19, p. 686 ; SCHMIDT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, art. préc., p. 31 ; POLLAUD-DULIAN (F.), L'actionnaire dans les opérations de portage, art. préc., p. 766 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 1439, p. 626.

<sup>18</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 221, p. 115 ; SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 694, p. 447 ; v. également POLLAUD-DULIAN (F.), L'actionnaire dans les opérations de portage, art. préc., p. 772.

<sup>19</sup> SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 141, p. 86.

<sup>20</sup> V. sur l'évolution de la sanction infra n° 135s.

<sup>21</sup> On peut en effet considérer que le domaine de l'interdiction reste le même (FORSCHBACH (T.), note sous Com., 10 janv. 1989, *D.*1990.250 ; SOUMRAMI (P.), thèse préc., note n° 1, p. 450 ; LE BRAS (W.), Les promesses de cession de droits sociaux et la prohibition des clauses léonines, *Bull. Joly* 1986, 587, p. 588).

*procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes* ». Il n'est ainsi pas *a priori* exclu de considérer que les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix déterminé doivent être déclarées nulles en application de ces dispositions<sup>22</sup>.

Interprétant extensivement l'article 1844-1 du Code civil, la Cour de cassation a toutefois progressivement admis, sauf exception, la licéité de ces promesses (Chapitre 1). Toute difficulté pourrait, ainsi, sembler résolue. La solution adoptée par la Cour de cassation n'est toutefois pas satisfaisante. Sauf en effet à remettre en cause le principe selon lequel tous les associés participent aux bénéfices et contribuent aux pertes, devraient être prohibées les promesses qui ont pour but ou pour effet de priver le cédant des bénéfices ou de le garantir contre tout risque de pertes éventuels (Chapitre 2).

---

<sup>22</sup> FORSCHBACH (T.), note sous Com., 10 janv. 1989, *D.* 1990.250.



## CHAPITRE 1 : LA LICEITE ADMISE

49. L'admission de la licéité des promesses d'achat et de vente de droits sociaux à prix déterminé est relativement récente. Appliquant extensivement les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil<sup>1</sup>, la Cour de cassation a dans un premier temps jugé qu'étaient nulles les promesses d'achat dont elle avait à connaître, dès lors qu'elles avaient pour but ou pour effet concret de priver un associé des bénéfices ou de l'exonérer des pertes (Section 1)<sup>2</sup>. Ce n'est qu'à partir de 1982 que la chambre commerciale de la Cour de cassation a, en raison notamment des difficultés pratiques résultant de cette application extensive de la prohibition, considéré que les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil ne s'appliquaient pas aux conventions ayant pour objet la transmission des droits moyennant un prix librement débattu, et qu'elle a en conséquence admis la licéité des promesses d'achat ou de vente dont elle a eu à connaître (Section 2).

### SECTION 1 – L'APPLICATION INITIALEMENT EXTENSIVE DE LA PROHIBITION

50. La Cour de cassation, lorsqu'elle a été saisie de la question de la validité de promesses d'achat de droits sociaux au regard des dispositions de l'article 1855 ancien du Code civil, a pris en compte l'effet concret qu'avait eu la promesse sur la participation aux résultats du cédant. Elle a considéré qu'il n'y avait pas uniquement lieu de rechercher si la clause litigieuse privait, *a priori*, le bénéficiaire de la promesse de toute chance de gain ou de tout risque de perte, mais si sa mise en œuvre avait eu, effectivement, un tel effet. Cette approche l'a conduite à annuler sur le fondement des dispositions de l'article 1855 ancien du Code civil, d'une part, des clauses statutaires de rachat (§ 1), d'autre part, des promesses d'achat de droits sociaux extrastatutaires (§ 2).

---

<sup>1</sup> Dans la mesure où le domaine de l'interdiction édictée par l'article 1844-1 du Code civil est identique à celui de la prohibition prévue par l'article 1855 ancien du Code civil, la référence aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil désignera, sauf précision contraire, la prohibition telle que résultant de l'article 1844-1 et de l'article 1855 ancien du Code civil.

<sup>2</sup> La Cour de cassation n'a pas eu l'occasion, dans la même période, de se prononcer sur la validité de promesses de vente à prix garanti. Aussi n'est-il pas possible d'envisager, parmi les manifestations de cette application extensive de la prohibition, la nullité des promesses de vente. Les règles mises en œuvre pour sanctionner les promesses d'achat auraient cependant vraisemblablement conduit à la nullité de promesses de vente. Dès lors que le caractère léonin des promesses d'achat est apprécié en fonction de leur effet concret, il y aurait quelque illogisme à ne pas prendre en compte, pour apprécier la validité d'une promesse de vente, son effet concret.

## **§ 1 – La nullité des clauses statutaires de rachat**

**51.** Les statuts des sociétés prévoient fréquemment un droit de préemption au bénéfice de la société, en cas de vente de ses droits sociaux par un associé<sup>3</sup>. Il peut en outre incomber à la société, dans les cas dans lesquels les statuts prévoient que les nouveaux associés devront être agréés, de racheter les parts de l'associé cédant si elle refuse l'agrément<sup>4</sup>.

Dans ces deux types de situation, les statuts prévoient généralement un mode de détermination du prix auquel les droits sociaux seront rachetés. Le montant de ce prix, s'il ne prend pas en compte la quote-part des bénéfices ou des pertes accumulés attachée à chaque droit social - par exemple lorsqu'il est égal au montant du capital libéré par action - peut avoir pour effet concret d'exonérer des pertes ou de priver des bénéfices le cédant. Aussi la jurisprudence a-t-elle, à de nombreuses reprises, estimé que de telles clauses étaient nulles.

**52.** Les premiers arrêts rendus en la matière ne l'ont toutefois pas été sur le fondement de la prohibition des clauses léonines, mais sur la base de l'exigence d'un juste prix.

La Cour de cassation a en effet jugé, le 21 février 1937<sup>5</sup>, qu'une clause de rachat à prix garanti était nulle dans la seule mesure où elle ne permettait pas au cessionnaire de percevoir le « juste prix » des droits cédés<sup>6</sup>. Dans cette espèce, l'assemblée générale des actionnaires avait décidé qu'en cas de transfert d'actions, un droit de rachat par préemption serait réservé au profit de la société à un prix qu'elle fixerait chaque année. La Cour de cassation, après avoir admis la validité de principe de la clause de préemption, ajouta que l'associé qui subissait la préemption devait être « assuré de toucher le juste prix de l'action rachetée ». Elle en déduisit que l'assemblée générale des actionnaires, qui avait autorisé le rachat des parts par la société à un prix « inférieur à la valeur réelle » des actions, avait commis un excès de pouvoir de nature à entraîner la nullité de la délibération.

**53.** Mais le fondement d'une telle sanction a paru incertain, dans la mesure notamment où la simple lésion ne permet pas, en principe, d'annuler ou de réduire une convention passée en

---

<sup>3</sup> En ce sens : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 895, p. 318.

<sup>4</sup> La validité des clauses d'agrément avait été reconnue, antérieurement à la loi du 24 juillet 1966 par plusieurs décisions (V. notamment Com., 28 juin 1950, *Gaz. Pal.* 1950.2.218, Com., 22 oct. 1956, *Gaz. Pal.* 1956.2.374). De même, la clause prévoyant le rachat, par le conseil d'administration, des parts du cédant, en cas de refus d'agrément du cessionnaire proposé, fut validée (Req., 13 mars 1882, *D.*1882.1.83; Req., 14 mars 1895, *D.*1895.1.467).

<sup>5</sup> Civ., 9 fév. 1937, 2ème espèce, *Rev. Gén. de Droit com.* 1938.529, note JAUFFRET (A).

<sup>6</sup> L'exigence d'un juste prix, qui permet d'assurer au cessionnaire un prix correspondant à la valeur réelle du titre au moment de la cession, avait été posée par des juges du fond dès 1923 (Rouen, 3 janv. 1923, *D.P.* 1923.5.12 ; v. dans le même sens Amiens, 12 juil. 1929, *D. H.* 1929.498)

matière de vente mobilière<sup>7</sup>.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle, dans un deuxième temps, été saisie de la question de la validité de ces clauses sous l'angle de la prohibition des clauses léonines<sup>8</sup>. Elle a alors considéré que les stipulations privant un associé du juste prix de ses actions étaient nulles comme contraire aux dispositions de l'article 1855 du Code civil. Elle approuva ainsi la cour d'appel qui avait annulé sur ce fondement une clause qui prévoyait qu'en cas de décès de l'un des associés, ses actions seraient reprises par la société à leur valeur nominale<sup>9</sup>. Une telle clause, privant les héritiers de leur part du boni de liquidation, « *n'assurait pas aux héritiers de l'actionnaire un prix correspondant à la valeur réelle de ce qui leur avait été retiré* ».

Mais cette solution est apparue, elle aussi, contestable<sup>10</sup>, dans la mesure notamment où la notion exacte de juste prix restait difficile à déterminer<sup>11</sup>. Il en découlait que ce juste prix était lui-même difficile à fixer.

La théorie du juste prix fût donc abandonnée, et l'article 1855 du Code civil utilisé comme seul fondement des demandes en nullité des clauses de rachat<sup>12</sup>.

**54.** La Cour de cassation a ainsi approuvé, dans un arrêt du 11 septembre 1940<sup>13</sup>, la cour d'appel qui avait annulé comme léonine une clause aux termes de laquelle l'assemblée générale fixait chaque année le prix auquel seraient reprises les actions des actionnaires décédés, en cas de refus d'agrément des héritiers. En l'espèce, l'assemblée générale de la société, après avoir refusé d'agréer les héritiers de l'un des actionnaires, avait fixé le prix de rachat des titres à un montant très inférieur à ce que les héritiers considéraient comme leur

<sup>7</sup> En ce sens : CORDONNIER (P.), note sous Req., 11 sept. 1940, *D.C.* 1942.116 ; V. également *Infra* n° 207s.

<sup>8</sup> La Cour de cassation ne peut, sauf exception, relever des moyens qui n'ont pas été soulevés par les parties (BORE (J.) ET BORE (L.), *La cassation en matière civile*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2003, n° 82.262, p. 450). Aussi l'évolution du fondement des arrêts rendus dans ce domaine dépend-elle essentiellement des moyens soulevés par les parties.

<sup>9</sup> Req., 21 déc. 1937, *Rev. Gén. de Droit com.* 1938.529, note JAUFFRET (A.), *D. H.* 1938.67, *JCP* 1938.580.

<sup>10</sup> V. la note critique de, p. Cordonnier, préc (CORDONNIER (P.), note sous Req., 11 sept. 1940, *D.C.* 1942.116). L'auteur estime que la clause prévoyant la reprise des droits sociaux à un prix inférieur à leur valeur réelle n'est pas, en général, léonine, dans la mesure où les associés avaient, au cours de la vie sociale, touché des dividendes. Par conséquent, rares sont les cas dans lesquels les circonstances de l'espèce permettent d'appliquer l'article 1855 du Code civil - l'arrêt du 21 déc. 1937 en était un. V. aussi HAMEL (J.) et LAGARDE (G), *Traité de droit commercial*, t.1, Dalloz, 1954, n° 407, p. 491.

<sup>11</sup> CORDONNIER (P.), note sous Req., 11 sept. 1940, *D.C.* 1942.116.

<sup>12</sup> MAUBERT (M.), *Les clauses léonines dans les sociétés commerciales*, thèse Paris, 1962, n° 72, p. 77.

<sup>13</sup> Req., 11 sept. 1940, *D.C.* 1942.116, note CORDONNIER (P.) Certains auteurs (CORDONNIER (P.), note préc.; MAUBERT (M.), thèse préc., n° 77, p. 83) voient dans cet arrêt une reprise implicite de la théorie du juste prix. La Cour de cassation approuve en effet l'arrêt en ce qu'il a fixé le préjudice des cédants à la différence entre le prix effectivement payé et la valeur réelle des actions déterminée par une expertise. Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation ne fait plus référence au juste prix des actions. Elle se borne à décider que la cour d'appel en déterminant souverainement le montant du préjudice des cédants, n'a pas excédé les pouvoirs dont elle disposait.



valeur réelle. La cour d'appel, pour faire droit à la demande en paiement d'un supplément de prix formulée par les héritiers, décida que la clause autorisant l'assemblée générale à fixer le prix des actions était nulle comme léonine, et fixa elle-même ce prix. La Cour de cassation rejeta le moyen tiré de l'absence de caractère léonin de la clause, au motif qu'une « *clause qui contredit au principe essentiel du contrat de société formulé par l'article 1855 du Code civil, ainsi qu'à bon droit le constate l'arrêt, reste nulle* ».

**55.** Elle a enfin, dans deux arrêts des 21 décembre 1955<sup>14</sup> et 16 novembre 1959<sup>15</sup>, explicitement décidé qu'il convenait de rechercher, pour l'application de l'article 1855 du Code civil dans sa rédaction alors en vigueur, quel était l'effet concret de la clause litigieuse. Dans ces espèces, les statuts d'une société à capital variable prévoyaient que les actions retirées à un associé lui seraient remboursées à concurrence de leur montant libéré et non amorti<sup>16</sup>. Une décision de l'assemblée générale de la société ayant limité la possibilité de faire partie de la société à certains producteurs ou à certaines personnes physiques, un des associés, la société Lambert Rivière, en fut *ipso facto* exclu. Elle demanda alors remboursement de ses actions à une valeur comprenant outre l'apport, une quote-part des réserves de la société, ce que la société refusa au motif que le droit de l'actionnaire se limitait au montant de ses apports, égal à la valeur nominale des actions. La Société Lambert Rivière excipa alors de la nullité de la clause litigieuse en raison de son caractère léonin, pour obtenir paiement de la quote-part des réserves lui revenant<sup>17</sup>. La cour d'appel fit droit à cette demande au motif que « *fixer le prix de rachat d'un titre à la valeur nominale, c'est supprimer pour l'actionnaire exclu, dont les actions sont rachetées sans son consentement, toute participation dans les bénéfices accumulés de cette société* ». La Cour de cassation censura l'arrêt par sa décision du 21 décembre 1955 au motif qu'en statuant de la sorte, alors que la clause litigieuse « *n'est pas en elle-même prohibée par l'article 1855 du Code civil* », la cour d'appel avait privé sa décision de base légale. Le rachat des actions à leur valeur nominale n'empêchait nullement, en effet, que l'actionnaire ait participé aux bénéfices

---

<sup>14</sup> Com., 21 déc. 1955, *JCP* 1956.II.9212, note BASTIAN (D.)

<sup>15</sup> Com., 16 nov. 1959, *JCP* 1960.II.11725, note BASTIAN (D.).

<sup>16</sup> On appelle amortissement du capital l'opération par laquelle la société rembourse aux actionnaires tout ou partie du montant nominal de leur actions à titre d'avance sur le produit de la liquidation future de la société (MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 12100, p. 771).

<sup>17</sup> Le fait que le capital de la société soit variable et non fixe n'empêche nullement les sociétés concernées de rester soumises aux principes ordinaires qui les régissent, sauf certaines dérogations particulières. La règle selon laquelle les associés doivent participer aux bénéfices et aux pertes subsiste donc, ce dont il résulte que l'associé qui quitte la société a le droit de recevoir sa part de bénéfices sociaux (BASTIAN (D.), note sous Com., 21 déc. 1955, *JCP* 1956.II.9212 ; RAULT (J.), obs. sous Amiens, 4 avr. 1957, *RTD com.* 1957.667, spéc. p. 668).

pendant qu'il faisait partie de la société, au travers des distributions de dividendes. Ce n'est que si les dividendes avaient été systématiquement mis en réserve que la question de l'application de l'article 1855 du Code civil pouvait se poser<sup>18</sup>. La Cour de cassation considéra donc que la cour d'appel devait rechercher si, en l'espèce, cette clause avait effectivement privé l'associé dont les titres étaient rachetés de sa part des bénéfices.

Tel était le cas en l'occurrence : il n'avait jamais été procédé à des distributions de dividendes, et le rachat des droits à concurrence de leur montant libéré et non amorti privait le cédant de sa part dans les bénéfices accumulés. La cour d'appel ayant, sur renvoi après cassation, estimé que la clause litigieuse était contraire aux dispositions de l'article 1855 du Code civil<sup>19</sup>, la Cour de cassation rejeta le moyen soutenant qu'une telle clause n'était pas léonine<sup>20</sup>.

La Cour de cassation s'est donc fondée, dans ces deux arrêts, sur l'effet concret de la clause litigieuse plutôt que sur son effet théorique sur les bénéfices éventuels. La clause, dans la mesure où elle n'interdisait pas la distribution de dividendes, ne privait pas *a priori* les associés de toute participation aux bénéfices. Constatant que la clause litigieuse n'était pas, en elle-même, léonine, elle eut pu censurer le premier arrêt d'appel non pour manque de base légale, mais pour violation de la loi : la clause n'étant pas en elle-même léonine, elle aurait dû être déclarée licite sans qu'il y ait lieu de rechercher son effet concret. En décidant le contraire, la cour d'appel aurait violé les dispositions de l'article 1855 du Code civil. Mais la Cour de cassation censurant, au contraire, pour manque de base légale, souligne ainsi qu'il y a lieu d'apprécier ses effets concrets. Et en l'espèce, compte-tenu de la non distribution de dividendes, la clause conduisait à priver le cédant des bénéfices. La Cour de cassation décide donc explicitement dans cet arrêt que le caractère léonin d'une clause statutaire prévoyant le rachat des actions dépend des circonstances de fait et de la réalité de la participation aux bénéfices des associés.

**56.** La même appréciation des effets concrets des clauses litigieuses a influencé la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de promesses d'achat de droits sociaux extrastatutaires.

---

<sup>18</sup> BASTIAN (D.), *eod. loc.*

<sup>19</sup> Amiens, 4 avr. 1957, *RTD com.* 1957.667, obs. RAULT (J.).

<sup>20</sup> Com., 16 nov. 1959, *JCP* 1960.II.11725, note BASTIAN (D.), préc..

**§ 2 – La nullité des promesses extrastatutaires d'achat à prix déterminé consenties entre associés**

57. Tout en affirmant que la validité des promesses d'achat de droits sociaux devait être appréciée en fonction de leur effet sur la participation aux pertes ou aux bénéfices éventuels, l'ensemble des chambres de la Cour de cassation a, jusqu'en 1981, également considéré leur effet concret (A). La première chambre civile a continué ensuite à appliquer la même solution (B).

**A - L'affirmation traditionnelle de la nullité**

58. La Cour de cassation a, dès 1882, décidé qu'une convention par laquelle deux associés s'engageaient pour cinq années envers un troisième à lui racheter ses parts à un prix correspondant au montant du capital par lui versé et aux intérêts afférents, était nulle. Après avoir rappelé que *«les termes de l'article 1855 sont généraux et déclarent nulle toute stipulation de ce genre sans distinguer si elle est contenue dans l'acte de société ou dans un acte séparé, si elle oblige la société entière ou seulement quelques-uns de ses membres, ni si elle est temporaire ou faite pour un temps indéterminé»*, elle a considéré qu'une telle convention, dont *«le but et le résultat évidents sont d'affranchir de toute contribution aux pertes la somme de 10 000 francs mise par Schmitt dans le fonds social»*, était contraire aux dispositions de l'article 1855 du Code civil<sup>21</sup>.

La nullité résulte, dans cette espèce, du caractère doublement léonin de la stipulation litigieuse : la Cour de cassation considère qu'elle avait non seulement pour but, mais également pour effet, d'affranchir son bénéficiaire de toute contribution aux pertes. Le bénéficiaire, qui pouvait céder ses parts quand il le désirait, à un prix comprenant les sommes qu'il avait versées et leur rémunération, ne courrait, pendant la période de cinq ans, aucun risque. Le litige était d'ailleurs né de ce que l'associé bénéficiaire de la promesse avait souhaité faire jouer celle-ci après l'échec de l'entreprise.

Il courait en revanche un risque de perte s'il conservait les titres plus de cinq ans, c'est-à-dire au-delà du terme de la promesse. La promesse ne le garantissait donc pas absolument et irrévocablement contre tout risque de perte. En posant le principe que la nullité était encourue sans qu'il y ait lieu de distinguer si la convention était temporaire ou faite pour un temps

---

<sup>21</sup> Req., 14 juin 1882, D.P. 1884.1.222, S. 1882.1.423.

indéterminé, la Cour de cassation a donc procédé à une appréciation concrète des effets de la clause litigieuse.

**59.** La Cour de cassation a ensuite appliqué à différentes reprises cette solution.

La promesse par laquelle le gérant d'une SARL s'était engagé à reprendre à l'un des associés ses parts lorsque celui-ci en ferait la demande, pour le double de leur prix de souscription a ainsi été jugée nulle<sup>22</sup>. La chambre des requêtes a considéré qu'il résultait « *des circonstances de fait particulières à l'espèce qui lui était soumise* » que le juge avait « *à bon droit déduit que la stipulation* » litigieuse affranchissait son bénéficiaire des pertes et lui garantissait un gain.

La Cour de cassation a, de même, jugé que l'engagement, par lequel l'associé d'une société s'était engagé à racheter pour un prix de 300 francs pièces les actions d'un autre actionnaire, garantissait ce dernier contre tout risque de perte dans la mesure où il ne s'était libéré que de 125 francs par action, soit le quart du montant nominal de chaque action, dont le surplus ne pouvait lui être réclamé<sup>23</sup>.

**60.** Elle a enfin censuré, dans un arrêt du 10 février 1981<sup>24</sup>, une décision qui avait reconnu la validité d'une promesse d'achat à prix déterminé consentie entre associés. En l'espèce, le cessionnaire de la « quasi-totalité » des actions d'une société s'était engagé vis-à-vis du cédant à lui racheter les actions que ce dernier possédait encore, jusqu'à une date déterminée, et moyennant un prix fixé d'avance. Dès lors que la promesse n'était consentie que pour un temps limité, son bénéficiaire courrait un risque de pertes s'il demeurait associé au-delà du terme de l'engagement. La cour d'appel ne s'était cependant pas fondée sur ces considérations pour refuser d'annuler la convention litigieuse, mais avait estimé que la convention avait pour objet de permettre au cédant de quitter la société, et non de l'affranchir de toute contribution aux pertes. En statuant ainsi, sans rechercher si « *les engagements litigieux n'avaient pas pour effet de le garantir [le bénéficiaire de la promesse], en tant que tel, contre tout risque de perte éventuel* », la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

<sup>22</sup> Req., 9 avr. 1941, *JCP* 1941.1762. L'arrêt rappelle que « les termes de l'article 1855 du Code civil sont généraux et déclarent nulle toute stipulation de ce genre sans distinguer si elle est contenue dans l'acte de société ou dans un acte séparé, si elle oblige la société entière ou l'un de ses membres, ni si elle est temporaire ou faite pour un temps indéterminé. » Cette formule reprend exactement celle de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 14 juin 1882 (Req., 14 juin 1882, *D.P.* 1884.1.222, *S.* 1882.1.423, préc.).

<sup>23</sup> Com., 22 mars 1955, *Bull. civ.* III, n° 104, p. 83 ; V. encore Paris, 30 oct. 1976, *Rev. soc.* 1977.695, obs. SCHMIDT (D.), *D.* 1978, I.R., p. 252, obs. BOUSQUET (J.-C.).

<sup>24</sup> Com., 10 fév. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 77, p. 60, *Rev. soc.* 1982.98, obs. MERLE (P.)

Contrairement aux arrêts dans lesquels elle avait précédemment annulé ce type de convention, la Cour de cassation décide là que sont léonines les promesses d'achat qui ont pour effet de garantir le cédant contre tout risque de pertes éventuel. Le critère fondant la cassation semble donc ne pas être celui de l'effet réel de la clause, mais celui de son effet *a priori*. Toutefois, en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'effet de la convention n'était pas de garantir son bénéficiaire contre tout risque de perte, alors que celui-ci y restait dans une certaine mesure soumis, la Cour de cassation semble s'attacher, une fois encore, aux effets concrets de la clause, et non à son effet théorique lors de la conclusion de la convention. Il ne suffit pas que l'associé coure, lors de la conclusion de la convention litigieuse, un risque de perte. Il faut en outre que la convention ne lui ait pas effectivement permis de s'exonérer des pertes.

**61.** Certains auteurs ont vu dans ce dernier arrêt un assouplissement de la jurisprudence antérieure<sup>25</sup> : la cassation pour manque de base légale plutôt que pour violation de la loi signifierait qu'une telle promesse n'était pas en elle-même prohibée. Compte tenu des avantages importants perçus par le cédant alors qu'il demeurait actionnaire, les juges du fond auraient dû en l'espèce rechercher si ces avantages n'avaient pas eu pour effet d'exonérer le cédant des pertes.

Un tel assouplissement n'est pas certain. D'une part, cet arrêt est le premier, à tout le moins publié, par lequel la Cour de cassation censure une décision d'appel statuant en matière de convention de cession de droits sociaux<sup>26</sup>. D'autre part, s'il est vrai qu'il résulte de l'arrêt que les promesses d'achat à prix garanti ne sont pas en elles-mêmes contraires aux dispositions de l'article 1855 du Code civil, aucun des arrêts précédents relatifs à cette question précise n'avait affirmé un tel principe. Bien au contraire, la Cour de cassation avait pris soin de relever dans chaque affaire les circonstances concrètes permettant de considérer que la promesse avait pour effet d'exonérer le cédant des pertes. Dans l'arrêt du 14 juin 1882, la clause litigieuse avait « *pour but et pour résultat* » d'affranchir le bénéficiaire de la clause des pertes<sup>27</sup>. Dans l'arrêt du 9 avril 1941, la Cour de cassation relève qu'il résultait « *des circonstances de fait particulières à l'espèce* » que la clause avait pour effet d'affranchir son bénéficiaire des pertes<sup>28</sup>. C'est donc, dans chaque espèce, sur la base des circonstances de fait, que la Cour de cassation apprécie le caractère léonin d'une clause. Il est, dès lors, normal

---

<sup>25</sup> MERLE (P.), obs. sous Com., 10 fév. 1981, *Rev. soc.* 1982.98.

<sup>26</sup> Par opposition aux clauses statutaires de rachat envisagés supra.

<sup>27</sup> Supra n° 57.

<sup>28</sup> Supra n° 59.

qu'elle censure pour défaut de base légale l'arrêt qui, pour déclarer licite une clause, n'a pas effectué les recherches factuelles nécessaires, et n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle.

**62.** La Cour de cassation a donc traditionnellement considéré qu'était nulle la clause qui avait pour effet concret de garantir un associé de toute participation aux pertes, solution réaffirmée plus récemment par la première chambre civile.

### **B– L'attachement de la première chambre civile de la Cour de cassation à la solution traditionnelle**

**63.** Dans un arrêt du 7 avril 1987, la première chambre civile a décidé qu'une promesse de rachat de droits sociaux était nulle dès lors qu'elle avait eu pour effet concret d'exonérer des pertes un des associés.<sup>29</sup>

**64.** Dans cette espèce, M. Levêque-Houist avait cédé la moitié des parts qu'il possédait dans la société Ouest-Agrégats aux sociétés civiles SOPROGEPA. Le protocole prévoyait que, dans un certain délai, les cessionnaires auraient la possibilité de demander au cédant de racheter les parts vendues à un prix égal au prix initial, majoré de 10% par an. Lorsque les sociétés SOPROGEPA demandèrent l'exécution de la promesse de rachat, le cédant refusa, invoquant la nullité de la promesse sur le fondement de l'article 1855 du Code civil. La cour d'appel fit droit à la demande en paiement des sociétés SOPROGEPA, au motif que l'engagement de reprise avait une durée limitée et que les cessionnaires courraient donc les risques de pertes s'ils ne levaient pas l'option dans le délai prévu.

L'arrêt d'appel fut annulé, le 7 avril 1987, par la première chambre civile de la Cour de cassation, au motif que « *l'accord conclu entre M. Levêque-Houist et la société SOPROGEPA*

---

<sup>29</sup> Certains auteurs considèrent que, outre cet arrêt du 7 avril 1987, un arrêt du 22 juillet 1986 (Civ. 1ère, 22 juil. 1986, *Bull. civ. I*, n° 224, p. 213, *Bull. Joly* 1986, § 258, p. 859, obs. LE CANNU (P.), *JCP*, éd. E, 1987.I.16342, n° 1, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), *RTD com.* 1987.70, n° 1, obs. ALFANDARY (E.) et JEANTIN (M.)) marque l'attachement de la première chambre civile à la solution traditionnelle (en ce sens ALFANDARY (E.) et JEANTIN (M.), obs. sous Civ. 1ère, 22 juil. 1986, *RTD com.* 1987.70, n° 1, LE CANNU (P.), obs. sous Civ. 1ère, 22 juil. 1986, *Bull. Joly* 1986, § 258, p. 859). Ainsi toutefois qu'on le verra (infra n° 86) cette affirmation paraît contestable dans la mesure où l'arrêt en question ne portait pas sur une cession de droits sociaux. Or les jurisprudences tant de la première chambre civile que de la chambre commerciale ne s'opposent plus dès lors que la convention litigieuse n'emporte pas cession de droits sociaux (supra n° 108s.), de telle sorte qu'il est difficile de transposer au domaine précis des cessions des solutions dégagées pour d'autres types de conventions.

*avait pour effet d'affranchir celle-ci de toute participation aux pertes de la société Ouest-Agrégats*»<sup>30</sup>.

Statuant sur renvoi de la première chambre civile, la cour de Caen s'incline, précisant même que l'engagement, venant d'un associé, « *portait nécessairement atteinte à l'équilibre du pacte social* »<sup>31</sup>. Et le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Caen est déclaré irrecevable, au motif que celle-ci s'était conformée à la doctrine affirmée par l'arrêt du 7 mai 1987 sur la question de la validité de la convention au regard des dispositions de l'article 1855 du Code civil<sup>32</sup>.

**65.** La solution retenue par la première chambre civile s'inscrit donc dans la continuité de la jurisprudence qui s'attache, en matière de cession de droits sociaux, aux effets concrets des clauses. Si, ainsi que l'avait décidé la cour d'appel, les cessionnaires couraient théoriquement un risque de perte, la mise en œuvre de la clause leur avait, dans les faits, permis de s'en exonérer. La première chambre civile confirme la solution retenue par les arrêts qui, en matière de cession de droits sociaux, ne se limitent pas à rechercher si la clause supprime *a priori* tout risque de perte. Les juges doivent rechercher si la stipulation litigieuse a effectivement permis à son bénéficiaire d'échapper aux pertes.

**66.** Appliquant extensivement les termes de l'article 1844-1 du Code civil, la Cour de cassation a jusqu'en 1982 annulé les promesses d'achat de droits sociaux dont elle avait à connaître, solution qui a été ensuite reproduite par la première chambre civile de cette juridiction.

Or cette sanction a soulevé d'importantes difficultés pratiques. Les conventions annulées sont conclues afin d'organiser la transmission ou la restructuration des entreprises<sup>33</sup>. Elles permettent notamment, on l'a dit<sup>34</sup>, d'échelonner dans le temps la cession du contrôle d'une société<sup>35</sup>, tout en offrant au cédant le moyen de conserver, à titre de « garantie », les actions que le cessionnaire n'a pu payer immédiatement. Le cessionnaire qui prend le contrôle d'une

---

<sup>30</sup> Civ. 1ère, 7 avr. 1987, pourvoi n° 85-11.774, *JCP* 1988.II.21006, note GERMAIN (M.), *JCP*, éd. E, 1987.I.16444, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), *JCP*, éd. E, 1988.I.5133, note GERMAIN (M.), *Rev. dr. banc.* 1987.92, n° 1, obs. JEANTIN (M.) et VIANDIER (A.), *Rev. soc.* 1987.395, obs. RANDOUX (D.), *RTD civ.* 1987.744, obs. MESTRE (J.), *RTD com.* 1987.523, obs. ALFANDARY (E.) et JEANTIN (M.), *RTD com.* 1988.66, n° 5, obs. CHAMPAUD (C.) et LE FLOCH (P.).

<sup>31</sup> Caen, 16 janv. 1990, *Bull. Joly* 1991, § 326 p 916, obs. LE CANNU (P.).

<sup>32</sup> Civ. 1ère, 16 déc. 1992, *Bull. Joly* 1993, § 85, p. 319, obs. LE CANNU (P.).

<sup>33</sup> CLAUDEL (E.), Clauses léonines extra-statutaires, les voies d'un compromis, in *Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 183, spéc. p. 186 ; PRIETO (C.), art. préc., n° 15, p. 451.

<sup>34</sup> *Supra* n° 46.

<sup>35</sup> MERLE (P.), obs. sous Com., 10 fév. 1981, *Rev. soc.* 1982.98, préc. ; PRIETO (C.), art. préc., n° 16, p. 451.

société souhaite par ailleurs fréquemment que le cédant lui communique son savoir-faire, le présente à la clientèle, et, plus globalement, contribue à la transmission de l'entreprise dans de bonnes conditions. Le cessionnaire, en demandant au cédant de conserver des titres pendant cette période transitoire, s'assure qu'il demeurera intéressé à la gestion du fait des distributions de dividendes. En revanche, le cédant n'accepte le plus souvent qu'à la condition que les parts qu'il conserve lui soient achetées au prix auquel lui ont été achetées celles qu'il a déjà cédées<sup>36</sup>. Enfin, la fixation définitive du prix dès la conclusion de la promesse permet d'éviter les risques inhérents à la stipulation d'un prix déterminable<sup>37</sup>.

Les difficultés pratiques suscitées par l'annulation de ces promesses, stigmatisées par la doctrine<sup>38</sup>, ont ainsi conduit la chambre commerciale de la Cour de cassation à développer, à partir de 1982, une jurisprudence plus souple.

## **SECTION 2 – L'ABANDON PAR LA CHAMBRE COMMERCIALE DE LA JURISPRUDENCE**

### **TRADITIONNELLE**

**67.** La chambre commerciale de la Cour de cassation a, à partir de 1982, admis la validité de certaines promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix garanti au regard de la prohibition des clauses léonines (§ 1), abandonnant ainsi la jurisprudence traditionnelle (§ 2).

### **§ 1 – Les arrêts rendus par la chambre commerciale à partir de 1982**

**68.** La chambre commerciale de la Cour de cassation a, à partir de 1982, élaboré une jurisprudence aux termes de laquelle les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux qui n'ont pour objet que la transmission des parts sociales ou actions ne sont pas prohibées par les dispositions des articles 1855 ancien et 1844-1 du Code civil (A), avant d'étrécir encore davantage le domaine de la prohibition (B).

#### **A – L'admission de la validité des promesses n'ayant pour objet que la transmission des titres**

Quatre étapes ont marqué l'évolution de la position de la chambre commerciale.

**69.** Elle a d'abord fondé, dans un arrêt du 15 juin 1982<sup>39</sup>, la distinction entre clauses

---

<sup>36</sup> FORSCHBACH (T.), note sous Com., 10 janv. 1989, *D.* 1990.250, spéc. p. 253.

<sup>37</sup> En ce sens, GUYON (Y.), note sous Com., 19 oct. 1999, *JCP* 2000.II.10250 ; V. sur les difficultés relatives à la détermination du prix infra titre II, spéc. n° 308s.

<sup>38</sup> MERLE (P.), obs. sous Com., 10 fév. 1981, *Rev. soc.* 1982.98, préc. ; PRIETO (C.), art. préc., n° 16, p. 451.



licites et illicites sur un critère formaliste.

Dans cette espèce, la cour d'appel avait rejeté l'action en nullité d'une promesse d'achat d'actions fondée sur son caractère léonin, au motif que la convention litigieuse n'était pas insérée dans les statuts mais dans un acte indépendant. La Cour de cassation rejeta le moyen tiré du caractère léonin de la convention litigieuse au motif que l'article 1855 du Code civil, alors en vigueur, ne visait que le contrat de société, de telle sorte que la nullité qu'il édictait ne pouvait être étendue à une convention extra-statutaire.

Un tel critère a toutefois paru contestable. Aucune disposition ne permet en effet de restreindre le champ d'application de la prohibition édictée par l'article 1855 au seul contrat de société en tant qu'*instrumentum*. Une telle solution conduirait à admettre la validité de clauses léonines dans toutes les sociétés pour la constitution desquelles les associés n'ont pas rédigé de statuts. Elle permettrait en outre de contourner trop facilement la prohibition en sortant les clauses litigieuses des statuts, pour les insérer dans un acte extérieur<sup>40</sup>.

**70.** Aussi la Cour de cassation a-t-elle, dans un deuxième temps<sup>41</sup>, rejeté le moyen qui soutenait qu'une promesse d'achat qui prévoyait un prix minimum et un délai d'option était contraire aux dispositions de l'article 1855 du Code civil, dès lors qu'elle avait pour effet d'exonérer un associé de toute contribution aux pertes. Dans cette espèce, les deux tiers des actions d'une société anonyme avaient été cédés, et les parties avaient consenti des promesses croisées d'achat et de vente pour le surplus. Le cédant, M. du Vivien, ayant ultérieurement libéré le cessionnaire des obligations découlant de la promesse, la société Bowater, demanderesse au pourvoi, lui consentit à son tour une promesse de rachat des actions, moyennant un prix qui ne pouvait être inférieur à un montant de 5 millions de francs. Quand le bénéficiaire de cette promesse leva l'option et demanda paiement de son prix, la société Bowater, devenue entre temps associé de la société dont les actions étaient cédées, excipa de la nullité de la promesse par elle consentie en raison de son caractère léonin. La cour d'appel ayant fait droit à la demande en paiement introduite par le cédant, la Cour de cassation rejeta

---

<sup>39</sup> Com., 15 juin 1982, Gaz. Pal. 1983. 1 pan. 23.

<sup>40</sup> V. notamment en ce sens : CHAMPAUD (C.) et LE FLOCH (P.), *RTD com.* 1987.66, n° 4 ; FORSCHBACH (T.), note sous Com., 10 janv. 1989, *D.*1990.250 ; GERMAIN (M.), obs. sous Civ. 1ère, 7 avr. 1987, *JCP éd. E.* 1988.II.15133, n° 5 ; GERMAIN (M.), obs. sous Com., 19 mai 1992, *Rev. dr. banc.* 1992.211 ; RANDOUX (D.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.590 ; REINHARD, (Y.), obs. sous Com., 24 mai 1994, *Rev. soc.* 1994.708.

<sup>41</sup> Com., 20 mai 1986, *Bull. civ.* IV, n° 95, p. 81, *JCP, éd. E.* 1986.I.15846, n° 1, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), *Defrénois* 1987.609, obs. HONORAT (J.) *Rev. soc.* 1986.587, obs. RANDOUX (D.), *JCP éd. N.* 1986.II.221, obs. GERMAIN (M.), *RTD civ.* 1987.744, obs. MESTRE (J.), *RTD com.* 1987.66, n° 4, obs. CHAMPAUD (C.) et LE FLOCH (P.), *RTD com.* 1987.205, n° 3, obs. REINHARD (Y.), PRIETO (C.), art. préc..

le pourvoi introduit contre l'arrêt par la Société Bowater, au motif :

*« que la cour d'appel n'avait pas à vérifier si la fixation, au jour de la promesse, d'un prix minimum, avait pour effet de libérer le cédant de toute contribution aux pertes sociales dès lors qu'elle constatait que la convention litigieuse constituait une cession ; qu'en effet est prohibée par l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil la seule clause qui porte atteinte au pacte social dans les termes de cette disposition légale; qu'il ne pouvait en être ainsi s'agissant d'une convention, même entre associés, dont l'objet n'était autre, sauf fraude, que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission des droits sociaux... ».*

La Cour de cassation ne rejette donc pas le pourvoi au motif que la promesse était conclue entre associés et non entre un associé et la société, mais en raison de son objet<sup>42</sup>. Après avoir restreint le champ d'application de la prohibition aux clauses portant atteinte au pacte social, elle considère que tel n'est pas le cas d'une convention qui n'a pour objet que d'assurer la transmission des droits sociaux moyennant un prix librement débattu, sous réserve toutefois de l'hypothèse de la fraude. La cour d'appel n'avait pas à rechercher quel était l'effet de la clause, dès lors que la convention avait pour objet la cession des droits sociaux<sup>43</sup>. Elle ne rejette pas, de manière générale, le critère de l'effet de la convention, mais considère qu'il n'est pas opérant pour déterminer si une promesse d'achat est contraire aux dispositions de l'article 1855 ancien du Code civil.

En décidant que la promesse litigieuse, dont l'objet n'était que « *d'assurer la transmission des droits sociaux moyennant un prix librement débattu* », ne porte pas atteinte au pacte social dans les termes de l'article 1844-1 du Code civil, la Cour de cassation distingue les rapports personnels et les rapports sociaux des associés<sup>44</sup>. Ceux-ci désigneraient les rapports qu'entretiennent les associés à raison du fonctionnement de la société<sup>45</sup>, c'est-à-dire les rapports nés de l'application des statuts. Ainsi, ne seraient pas visées par les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil les conventions dont l'objet ne serait pas de régir les rapports collectifs des associés, et notamment de régler la répartition des bénéfices et des pertes<sup>46</sup>, alors même qu'elles permettraient concrètement à un associé d'être exonéré des pertes ou priveraient un associé des bénéfices. Une telle solution serait justifiée par la *ratio legis* de l'article 1844-1 du Code civil, qui limiterait la compétence matérielle de cette disposition à

<sup>42</sup> NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), Les clauses léonines, *Dr. soc., Actes pratiques*, septembre-octobre 1996, n° 29, spéc. n° 81.

<sup>43</sup> NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 83.

<sup>44</sup> REINHARD, (Y.), obs. sous Com., 24 mai 1994, *Rev. soc.* 1994.708

<sup>45</sup> GERMAIN (M.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *JCP éd. N*, 1986.II.221, préc..

<sup>46</sup> NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 82 ; GUYON (Y.) note sous Com., 19 oct. 1999, *JCP* 2000.II.10250.

son objet, à savoir l'équilibre du pacte social<sup>47</sup>. Certains auteurs ont ainsi considéré que ces dispositions ne devraient s'appliquer qu'aux rapports des associés avec la société, et non à des contrats entre associés, auquel la société est tiers<sup>48</sup>. En particulier, une convention de cession de parts, qui ne modifie pas les droits et obligations des associés sur la répartition des résultats sociaux tant qu'ils demeurent associés<sup>49</sup>, ne rentrerait pas dans le champ d'application de ces dispositions. La référence à un prix librement débattu justifierait cette exclusion : elle signifierait que la nullité est écartée dans la mesure où les clauses litigieuses, qui ont été librement consenties, ne contreviennent pas au fondement de la prohibition qui est de garantir l'intégrité du consentement des associés<sup>50</sup>.

Ainsi, finalement, comme dans son arrêt du 15 juin 1982, la Cour de cassation décide qu'une promesse d'achat de droits sociaux à prix déterminé n'est pas contraire aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil. Et comme dans ce premier arrêt, la Cour de cassation justifie la solution qu'elle retient par le fait que la portée matérielle de la prohibition édictée par ces articles est limitée au contrat de société. Mais, alors que, dans le premier arrêt, elle avait entendu le contrat de société en tant qu'*instrumentum*, et exclu l'application de la prohibition à des clauses extérieures aux statuts, elle abandonne implicitement cette référence dans l'arrêt du 20 mai 1986, pour y substituer un critère fondé sur l'appréciation des caractéristiques de l'acte. La solution retenue fut ainsi, globalement, approuvée par la doctrine, en ce qu'elle admettait la licéité des promesses d'achat et de vente de droits sociaux, tout en revenant sur le critère formaliste adopté dans l'arrêt du 15 juin 1982<sup>51</sup>.

**71.** La Cour de cassation a, dans un troisième temps, abandonné le critère de l'objet pour considérer que les promesses d'achat étaient valables *per se*. Elle a, dans un arrêt Jallet du 10 janvier 1989<sup>52</sup>, rejeté le moyen tiré du caractère léonin de la promesse d'achat au motif que la convention litigieuse constituait une promesse d'achat à prix déterminé, « *qui était donc étrangère au pacte social et sans incidence sur l'attribution des bénéfices aux associés et sur leur contribution aux pertes* ». Dans cet arrêt, la chambre commerciale abandonne toute

<sup>47</sup> GERMAIN (M.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *JCP éd. N*, 1986.II.221. et sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avr. 1987, *JCP* 1988.II.21006 ; RANDOUX (D.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avr. 1987, *Rev. soc.* 1987.395.

<sup>48</sup> GUYON (Y.) note sous Com., 19 oct. 1999, *JCP* 2000.II.10250.

<sup>49</sup> C'est-à-dire en fait les droits et obligations attachés aux parts sociales.

<sup>50</sup> NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 3 ; v. également REINHARD, (Y.), note sous Com., 24 mai 1994, *Rev. soc.* 1994.708.

<sup>51</sup> V. notamment SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 707, p. 456 ; PRIETO (C.), art. préc. ; GERMAIN (M.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *JCP éd. N*, 1986.II.221 ; RANDOUX (D.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avr. 1987, *Rev. soc.* 1987.395 ; HONORAT (J.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Defrénois* 1987.609.

<sup>52</sup> Com., 10 janv. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 19, p. 11, *Bull. Joly* 1989, § 81, p. 256, note LE CANNU (P.), *D.* 1990.250 note FORSCHBACH (T.), *JCP* 1989.II.21256 et *JCP éd. E*, 1989.II.15492, obs. VIANDIER (A.).

référence à l'objet de la convention, ainsi qu'à la fraude, pour ne s'attacher qu'à la nature de celle-ci<sup>53</sup> : la promesse, en elle-même étrangère au pacte social, n'affecte pas les rapports au sein de la société<sup>54</sup>.

Cette solution a pu apparaître comme une radicalisation de la position de la chambre commerciale<sup>55</sup>. En abandonnant toute référence à l'objet de la convention, et *a fortiori* à son effet, la chambre commerciale a semblé admettre que serait valable une promesse d'achat à prix garanti dont il apparaîtrait que non seulement les effets, mais également l'objet, était de supprimer la vocation d'un associé aux résultats sociaux. Elle a cependant été approuvée par la doctrine, dans la mesure notamment où elle permettait de considérer comme acquise la validité des promesses d'achat et de vente de droits sociaux à prix déterminé résultant de l'arrêt Bowater<sup>56</sup>.

Estimant probablement qu'elle avait, ce faisant, admis trop largement la validité des promesses à prix garanti, la chambre commerciale a dans ses arrêts postérieurs réintroduit la référence à l'objet de la convention.

**72.** Elle a ainsi dans un arrêt GO International du 19 mai 1992, rejeté le moyen tiré du caractère léonin d'une promesse d'achat à prix garanti, au motif<sup>57</sup> :

*« qu'ayant retenu que la promesse d'achat n'avait d'autre objet, en l'absence de fraude, non alléguée par la société GO Internationale, que de permettre, moyennant un prix librement débattu, la rétrocession d'actions de la société GO Internationale SPA à des conditions visant à assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties le 16 juillet 1987, à la suite de diverses négociations aménageant les accords du mois de janvier précédent, la cour d'appel a, sans contradiction de fait, décidé à bon droit que la convention litigieuse n'avait pas porté atteinte, dans les termes de l'article 1844-1 du Code civil, aux statuts de la société dont les titres étaient ainsi cédés ; que le moyen n'est donc fondé en aucune de ses branches ».*

<sup>53</sup> LE CANNU (P.), obs. sous Com., 10 janv. 1989, *Bull. Joly* 1989, § 81, p. 256.

<sup>54</sup> FORSCHBACH (T.), note sous Com., 10 janv. 1989, *D.* 1990.250. La chambre commerciale semble donc considérer que, ainsi que l'écrit le Professeur Viandier (VIANDIER (A.), obs. sous Com., 10 janv. 1989, *JCP* 1989.II.21256) : « la qualité d'associé du promettant, dans ce qu'elle implique au regard de l'assomption des pertes sociales et la participation aux bénéfices sociaux, n'était pas affectée par la stipulation »

<sup>55</sup> LE CANNU (P.), obs. sous Com., 10 janv. 1989, *Bull. Joly* 1989, § 81, p. 256 ; SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 710, p. 458.

<sup>56</sup> VIANDIER (A.), obs. sous Com., 10 janv. 1989, *JCP* 1989.II.21256 ; SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 711, p. 459 ; BERTREL (J.-P.) et JEANTIN (M.), art. préc., n° 27, p. 688.

<sup>57</sup> Com., 19 mai 1992, *Bull. Joly* 1992, § 250, p. 779, obs. LE CANNU (P.), *Dr. soc.*, oct. 1992, comm. 209, obs. LE NABASQUE (H.), *Rev. dr. banc.* 1992.211, obs. GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 712, p. 460.

La Cour de cassation réintroduit donc le critère de l'objet de la convention et la référence à l'absence de fraude, présents dans l'arrêt Bowater<sup>58</sup> puis abandonnés dans l'arrêt du 10 janvier 1989. L'arrêt faisant référence aux statuts de la société, souligne une fois de plus que la localisation matérielle de la clause n'intervient pas. Les statuts doivent être pris au sens de *negotium*<sup>59</sup>.

L'arrêt présente cependant une spécificité : il confirme que la solution dégagée par la chambre commerciale de la Cour de cassation s'applique non seulement aux promesses d'achat de droits sociaux conclues dans le cadre d'une opération tendant au transfert définitif des droits, mais également, ce dont on avait pu douter<sup>60</sup>, aux promesses ayant pour objet la rétrocession des droits, conclues dans le cadre d'une convention de portage<sup>61</sup>. En effet, dans cette espèce, le promettant, la société Go International, avait cédé ses titres à la société IGF et s'était engagée à les racheter pour un prix au moins équivalent au prix de vente initial.

Ces conventions, quel que soit leur objet, permettent au porteur de rétrocéder ses titres à un prix convenu d'avance. Il est ainsi parfois considéré qu'elles ont pour effet, voire pour objet, d'exonérer le porteur de tout risque de perte et de le priver de bénéfice<sup>62</sup>. La chambre commerciale de la Cour de cassation admet cependant leur validité, en faisant intervenir un nouveau critère : l'équilibre de l'ensemble contractuel dans lequel s'insère la promesse. Celle-ci n'a aucun lien avec le pacte social : son objet est la transmission d'actions, intervenant dans le cadre d'une opération complexe, dont le but est totalement étranger au pacte social. Les protagonistes n'ont, selon l'arrêt, pas eu l'intention de s'exonérer de participation aux pertes. Une telle exonération ne pourrait être qu'un effet lointain, que les juges ne doivent pas prendre en compte pour décider de la validité de la convention. En relevant que la promesse est conclue à des conditions visant à assurer l'équilibre des conventions, elle semble considérer que le contrat acquiert ainsi une légitimité interne qui lui permet d'échapper à la nullité de l'article 1844-1 du Code civil<sup>63</sup>. Elle semble introduire ce

---

<sup>58</sup> En ceci, l'arrêt du 19 mai 1992 peut apparaître comme un recul par rapport à l'arrêt Jallet (SOURAMI (P.), thèse préc., n° 713, p. 461)

<sup>59</sup> GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), obs. sous Com., 19 mai 1992, *Rev. dr. banc.* 1992.211.

<sup>60</sup> V. notamment RANDOUX (D.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.590 ; GERMAIN (M.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avr. 1987, *JCP* 1988.II.21006.

<sup>61</sup> SOURAMI (P.), thèse préc., n° 712, p. 460 ; V. notamment sur ces transferts, LUCAS (F.-X.), thèse préc., SOURAMI (P.), thèse préc.

<sup>62</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 190, p. 103.

<sup>63</sup> GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), obs. sous Com., 19 mai 1992, *Rev. dr. banc.* 1992.211.

faisant la référence au but de la convention, proposée par Monsieur Randoux<sup>64</sup> : l'équilibre de la convention permettrait de présumer qu'elle n'a pas pour but la violation de la prohibition des clauses léonines<sup>65</sup>.

**73.** L'arrêt Go International constitue la dernière étape de l'évolution aux termes de laquelle la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis la validité des promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti en raison de leur objet<sup>66</sup>. Les solutions élaborées ont ensuite été reprises dans de nombreux arrêts.

La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de réaffirmer, de manière générale, que de telles promesses sont valables parce qu'elles n'ont d'autre objet que de permettre la transmission des parts moyennant un prix librement débattu<sup>67</sup>. Elle a par ailleurs étendu aux promesses de vente les principes dégagés pour les promesses d'achat<sup>68</sup>.

Elle a, plus spécialement, admis à nouveau la validité d'une convention de portage au regard de la prohibition des clauses léonines dans un arrêt du 24 mai 1994<sup>69</sup>. Les actionnaires d'une société avaient cédé à une banque un certain nombre d'actions, et les parties avaient, ensuite, consenties des promesses croisées de rachat et de vente moyennant un prix égal au prix de cession, augmenté d'un intérêt. La cour d'appel annula la clause relative à la définition du prix de cession au motif qu'elle avait pour but de garantir la banque porteuse contre toute évolution défavorable des actions et de la soustraire à tout risque de contribution aux pertes sociales. Pour censurer l'arrêt, la Cour de cassation releva que les juges du fond avaient constaté « *que la cession initiale avait été complétée par des promesses croisées de rachat et de vente des mêmes actions libellées en des termes identiques au profit de chacune des parties*

<sup>64</sup> RANDOUX (D.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.590. L'auteur soulignait alors l'insuffisance du critère basé sur l'objet de la convention, la transmission de titre pouvant avoir pour but d'exonérer un associé de pertes.

<sup>65</sup> SOUMRAMI (P.), *op. et loc. cit.* ; GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), obs. sous Com., 19 mai 1992, *Rev. dr. banc.* 1992.211 ; LE NABASQUE (H.), obs. sous CA Paris, 14 déc. 1993, *Dr. soc.*, avr. 1994, comm. 77 et obs. sous Com., 24 mai 1994, *Dr. soc.*, juil. 1994, comm. 141 ; v. également PRAT (S.), *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, préf. A. Viandier, Litec, 1992, n° 361s.

<sup>66</sup> SOUMRAMI (P.), *op. cit.*, n° 712, p. 460.

<sup>67</sup> Adoptant une formule similaire : Com., 12 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 88, p. 73, *D.* 1996 som. 347, *Dr. soc.*, mai 1996, comm 94, obs. BONNEAU (T.), *Rev. dr. banc.* 1996.175, obs. GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.) ; V également l'arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu dans la même affaire : CA Paris, 14 déc. 1993, *Dr. soc.* 1994, avr. 1994, comm. 77, obs. LE NABASQUE (H.), *Bull. Joly* 1994, § 44, p. 185, note LE CANNU (P.) ; Com., 23 mars 1999, pourvoi n° 97-10.077 ; Com., 19 oct. 1999, *Bull. civ.* IV, n° 177, p. 150, *JCP* 2000.II.10250, note GUYON (Y.), *Dr. soc.*, janv. 2000, n° 3, obs. BONNEAU (T.).

<sup>68</sup> Com. 19 mai 1998, pourvoi n° 95-18.557

<sup>69</sup> Com., 24 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 189, p. 151, *Bull. Joly* 1994, § 214, p. 797, obs. LE CANNU (P.), *Dr. soc.*, juil. 1994, comm. 141, obs. LE NABASQUE (H.), *JCP* 1994.IV.1893, *D.* 1994.503 note COURET (A.), *Rev. dr. banc.* 1994.176, note GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), *Rev. soc.* 1994.708, note REINHARD (Y.) ; v. également Com., 19 octobre 1999, *Bull. civ.* IV, n° 177, p. 150.

*contractantes* ». Estimant qu'il résultait de la conclusion de ces promesses croisées que les parties « *avaient organisé, moyennant un prix librement débattu, la rétrocession des actions litigieuses sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux ...* », la Haute juridiction en déduisit que la promesse d'achat à prix fixe était valable. Elle ne fait donc plus explicitement référence à l'équilibre global de l'opération, semblant ainsi abandonner la référence à la cause de la promesse<sup>70</sup>, mais insiste sur l'existence de l'ensemble contractuel<sup>71</sup>. Du fait de cet ensemble de conventions, les intérêts de chacune des parties ont été pris en compte<sup>72</sup>. L'existence du prix librement débattu l'atteste encore. Les références à l'équilibre global et à l'ensemble contractuel constitueraient ainsi les deux facettes d'un même critère<sup>73</sup> : les promesses litigieuses échappent à la prohibition dans la mesure où l'opération dans son ensemble ne tend pas à garantir un associé contre tout risque de contribution aux pertes. Elle constitue une opération autonome, dans laquelle les intérêts de tous sont préservés. Le porteur n'est pas garanti par la société, ou par le pacte social, mais par un ensemble de conventions conclues entre certains associés<sup>74</sup>. Elle est donc sans influence sur les rapports sociaux.

On a pu se demander, à la suite de cet arrêt, si la conclusion de promesses croisées de rachat et de vente des titres était une condition de la validité des conventions de portage<sup>75</sup>. La Cour de cassation ne souligne toutefois l'existence de ces promesses croisées que pour en déduire que l'ensemble a pour objet la rétrocession des titres. Le critère qui permet de valider ces conventions demeure donc, comme dans les arrêts rendus depuis 1986, celui de leur objet. Aussi les solutions adoptées antérieurement par la Cour de cassation, qui se fondaient également sur l'objet des conventions, ne semblent-elles pas avoir été remises en cause par cet arrêt. Les arrêts les plus récents, qui élargissent encore le domaine de la prohibition, le confirment.

---

<sup>70</sup> LE NABASQUE (H.), obs. sous Com., 24 mai 1994, *Dr. soc.*, juil. 1994, comm. 141 ; SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 714, p. 462. Cet abandon peut s'expliquer par le fait que la cour d'appel avait relevé que le but de ladite promesse était de garantir le porteur contre tout risque de contribution aux pertes. La Cour de cassation ne pouvait dès lors se fonder, pour valider les promesses, sur l'intention des parties, en principe souverainement appréciée par les juges du fond (sur le caractère souverain de l'appréciation, par les juges du fond, de l'intention des parties : BORE (J.) ET BORE (L.), *op. cit.*, n° 67.71, p. 306).

<sup>71</sup> LE CANNU (P.), obs. sous Com., 24 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, § 214, p. 797.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 714, p. 462.

<sup>74</sup> LE CANNU (P.), obs. sous Com., 24 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, § 214, p. 797.

<sup>75</sup> En ce sens : LE NABASQUE (H.), note sous Com., 16 nov. 2004 (un arrêt) et sous Com., 22 fév. 2005 (deux arrêts), *Rev. soc.* 2005.593, spéc. n° 1, p. 598 ; v. notamment LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, *JCP E* 2000.I.168, spéc. p. 170.

## **B – L'étrécissement récent du domaine de la prohibition des clauses léonines**

**74.** Des arrêts récents semblent admettre que des titulaires de droits sociaux, qualifiés d'investisseurs par opposition aux véritables associés, ne contribuent pas aux pertes (1). Un arrêt s'attache par ailleurs au délai dont le bénéficiaire disposait pour lever la promesse pour la qualifier de non léonine (2).

### 1 – La reconnaissance de la qualité d'investisseur

**75.** Deux arrêts récents ont souligné, pour valider des promesses de rachat à prix garanti, la qualité d'investisseur du bénéficiaire de la promesse.

**76.** Dans l'espèce ayant donné lieu au premier de ces arrêts, un individu avait souscrit à une augmentation de capital d'une société anonyme. S'étant engagé à verser une forte prime d'émission, il détenait une participation, et un pouvoir, très faibles au regard de l'investissement consenti. Concomitamment, les actionnaires de cette société s'étaient engagés à racheter les titres du nouvel associé s'il en faisait la demande entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 10 juin 1993 au prix minimal de 700 000 francs, équivalent à l'apport effectué par le souscripteur de l'augmentation de capital, par ailleurs augmenté d'un intérêt de 14% par an sur trois ans. Les promettants ayant tenté de se soustraire à leur engagement en invoquant le caractère léonin de la convention, la cour d'appel les condamna à racheter les actions dans les conditions prévues dans l'acte litigieux.

Pour rejeter le pourvoi formé contre cet arrêt, la Cour de cassation s'est, comme dans les arrêts rendus depuis 1986, fondée sur l'objet de la convention<sup>76</sup>. Elle a approuvé la cour d'appel d'avoir considéré que n'était pas contraire aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil la convention ayant pour objet d'assurer, moyennant un prix librement débattu, la transmission des actions entre associés. Une telle convention « *était sans incidence sur la répartition des bénéfices et des pertes dans les rapports sociaux, peu important à cet égard qu'il s'agisse d'un engagement unilatéral de rachat* ».

En soulignant qu'il importe peu qu'il se soit agi d'une promesse unilatérale de rachat, la Cour de cassation lève en premier lieu les doutes qu'avaient fait naître l'arrêt SDBO du 24 mai 1994. Elle confirme qu'il n'est pas nécessaire, pour échapper à la prohibition des clauses

---

<sup>76</sup> Com., 16 nov. 2004, *D.* 2004, A. J., p. 3144, *Rev. soc.* 2005.593, obs. LE NABASQUE (H.), *RTD com.* 2005.111, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), *JCP* éd. E 2005.131, n° 1, obs. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), et WICKER (G.), *Bull. Joly* 2005, § 45, p. 270, note MATHEY (N.), *Droit & patrimoine* fév. 2005, p. 133, obs. PORACCHIA (D.), *RDBF* jan./fév. 2005, n° 29, p. 32, obs. COURET (A.).



léonines, que soient consenties des promesses croisées de rachat et de vente des actions ou parts sociales<sup>77</sup>. La promesse de rachat unilatérale demeure valable dès lors qu'elle a pour objet la transmission des titres moyennant un prix librement débattu.

Elle distingue en second lieu, pour la première fois, l'associé du bailleur de fonds. La cour d'appel ne s'était en effet pas bornée à relever que la convention avait pour objet d'assurer le transfert des parts. Elle avait constaté, pour parvenir à cette conclusion, que la convention litigieuse « *avait pour objet, en fixant un prix minimum de cession, d'assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties en assurant à M. X. [le nouvel associé], lequel est avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de l'investissement auquel il n'aurait pas consenti sans cette condition déterminante* ». La convention avait donc précisément pour but, selon la cour d'appel, de garantir l'apporteur qu'il récupérerait son investissement, c'est-à-dire qu'il ne participerait pas aux pertes. La Cour de cassation a cependant considéré qu'elle en avait, à bon droit, déduit que la convention ne contrevenait pas aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil. Elle semble ainsi admettre que la prohibition des clauses léonines se trouve écartée dans la mesure où la clause litigieuse avait pour objet d'assurer à l'apporteur, qui n'était qu'un bailleur de fonds, le remboursement de son investissement<sup>78</sup>. La solution serait justifiée par l'idée que l'actionnaire bailleur de fonds ne serait pas animé par l' *affectio societatis* qui justifie la prohibition des clauses léonines<sup>79</sup>. A la motivation traditionnelle tirée de l'objet de la convention, la Cour de cassation ajoute donc des considérations relatives à la qualité du bénéficiaire de la promesse et aux mobiles de son investissement.

**77.** Cette distinction a été reprise par la Cour de cassation dans un arrêt du 27 septembre 2005<sup>80</sup>. Dans cette affaire, un établissement financier avait conclu en 1992 avec l'actionnaire d'une société un accord cadre d'investissement, ainsi qu'une convention aux termes de

<sup>77</sup> CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), et WICKER, obs. sous Com., 16 nov. 2004, *JCP* éd. E 2005.131, n° 1 ; COURET (A.), obs. sous Com., 16 nov. 2004, *RDBF* jan./fév. 2005, n° 29, p. 32 ; LUCAS (F.-X.), Du contrat de société au contrat d'investissement, *RDBF* mars/avril 2005, p. 50, spéc. n° 7, p. 51 ; v. également MATHEY (N.), note sous Com., 16 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 45, p. 270. On relèvera que Monsieur Lucas, dans l'article précité dans lequel il estimait que l'arrêt du 24 mai 1994 posait cette condition (LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, art. préc., p. 170), envisageait le cas du portage. Il employait toutefois ce terme dans une acception large, comprenant notamment les conventions qui, comme dans l'arrêt du 16 novembre 2004, organisent la sortie d'un investisseur. Aussi ce dernier arrêt peut-il effectivement être considéré comme levant les doutes résultant de l'arrêt de 1994.

<sup>78</sup> COURET (A.), note sous Com., 16 nov. 2004, *RDBF* jan./fév. 2005, n° 29, p. 32 ; v. également LE NABASQUE (H.), note sous Com., 16 nov. 2004 (un arrêt) et sous Com., 22 fév. 2005 (deux arrêts), *Rev. soc.* 2005.593, p. 604.

<sup>79</sup> LUCAS (F.-X.), Du contrat de société au contrat d'investissement, art. préc., n° 12, p. 52.

<sup>80</sup> Com., 27 sept. 2005, pourvoi n° 02-14.009, *D.* 2005, A.J., p. 2681, *Bull. Joly* 2006, § 13, p. 92, note COURET (A.).

laquelle l'actionnaire s'engageait à racheter les parts de l'investisseur au prix de souscription majoré d'un intérêt fixe. La promesse pouvait être levée entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 mars 1998. L'investisseur ayant levé l'option dans le délai convenu, le promettant refusa d'honorer son engagement, en arguant du caractère léonin de la promesse. Pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt ayant validé les promesses, la Cour de cassation relève, ainsi que dans l'arrêt du 16 novembre 2004, que la cour d'appel avait constaté que la promesse tendait à assurer à l'investisseur, qui était avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de l'investissement auquel il n'aurait pas consenti sans ce désengagement. Elle approuve encore la cour d'appel d'avoir retenu que la convention avait pour objet d'assurer l'équilibre des conventions entre les parties, et d'avoir écarté l'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil.

L'arrêt franchi toutefois une nouvelle étape. Dans son arrêt du 16 novembre 2004, la Cour de cassation rejette le pourvoi dans la mesure, notamment, où la convention n'avait pour objet que d'assurer la transmission de droits sociaux entre associés moyennant un prix librement débattu et où elle était sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux. Or elle abandonne, dans l'arrêt du 27 septembre 2005, ces références. Le seul fait que la promesse ait permis d'assurer à l'investisseur le remboursement de son investissement et qu'elle ait eu pour objet d'assurer l'équilibre des conventions suffit à écarter l'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil. La Cour de cassation ne fait donc plus référence à la transmission des titres, et n'affirme plus que la convention était sans incidence sur la participation aux résultats. Implicitement, elle semble donc admettre que de telles conventions ont bien une incidence sur la participation aux résultats. Mais la prohibition des clauses léonines est cependant écartée dans la mesure où l'investisseur n'aurait pas consenti à l'augmentation de capital sans l'engagement de reprise. La Cour de cassation consacre donc un peu plus la spécificité du contrat d'investissement, qui justifie que l'investisseur ne soit plus soumis à la prohibition des clauses léonines. C'est ainsi moins l'objet de la convention que la qualité du bénéficiaire de la promesse qui justifie la solution.

**78.** La Cour de cassation semble ainsi progressivement admettre la distinction entre investisseur et associé, en excluant les premiers du domaine d'application de la prohibition des clauses léonines.

Elle a par ailleurs, dans un autre arrêt récent, refusé d'appliquer les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil à des conventions prévoyant un délai pour lever l'option.

## 2 – La prise en compte du délai de levée de l'option

**79.** La Cour de cassation a, dans un arrêt du 22 février 2005, considéré qu'était valable une promesse d'achat de droits sociaux à prix garanti dans la mesure où l'option ne pouvait être levée que pendant un certain délai<sup>81</sup>.

Dans cette affaire, trois individus avaient souscrit à une augmentation de capital d'une société anonyme. Dans le même temps, par acte du 14 septembre 1989, les deux premiers avaient consenti au profit du troisième une promesse d'achat des actions ainsi souscrites, pour un prix égal au prix de souscription augmenté d'un intérêt. La promesse pouvait être levée entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 15 février 1993. Le bénéficiaire de la promesse ayant exercé l'option dans le délai imparti, les promettants excipèrent du caractère léonin de la convention pour échapper à leurs obligations. Pour accueillir cette argumentation, l'arrêt d'appel releva que la promesse permettait à son bénéficiaire de lever l'option si les actions avaient perdu leur valeur, et de les conserver dans le cas contraire. Elle permettait donc à son bénéficiaire d'échapper à tout risque de perte. La Cour de cassation a, par son arrêt du 22 février 2005, censuré cette décision. Après avoir relevé que le bénéficiaire de la promesse ne pouvait lever l'option qu'après un certain délai et pendant un temps limité, elle a considéré qu'il demeurait soumis au risque de perte en dehors de cette période.

**80.** La promesse avait bien pour objet, dans cette espèce, de garantir son bénéficiaire contre un risque de perte résultant de la dépréciation des actions souscrites<sup>82</sup>. La Cour de cassation ne se fonde toutefois pas, pour valider la clause, sur l'objet de la convention, mais sur le fait qu'elle ne pouvait être levée que dans un certain délai. Elle considère que la convention n'est pas léonine dès lors que le bénéficiaire de la promesse courrait le risque, en dehors de ce délai, de voir ses actions perdre leur valeur ou disparaître<sup>83</sup>. La société pouvait en effet faire l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire ou d'un coup d'accordéon dans la période précédant celle où l'option pouvait être levée<sup>84</sup>. Les titres auraient alors disparu, et

---

<sup>81</sup> Com., 22 fév. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 37, p. 42, *D.* 2005.974, note KESSLER (D.) et A.J., p. 644, obs. LIENHARD (A.), *JCP* 2005.I.156, n° 1, obs. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), et WICKER (G.), *Droit & patrimoine*, juin 2005, p. 100, obs. PORACCHIA (D.), *RTD com.* 2005.344, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), *JCP* éd. E, 2005.938, obs. HOVASSE (H.),

<sup>82</sup> PORACCHIA (D.), obs. sous Com., 22 fév. 2005, *Droit & patrimoine*, juin 2005, p. 100.

<sup>83</sup> CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), et WICKER (G.), obs. sous Com., 22 fév. 2005, *JCP* 2005.I.156, n° 1, PORACCHIA (D.), *eod. loc.* ; HOVASSE (H.), obs. sous Com., 22 fév. 2005, *JCP* éd E, 2005.938

<sup>84</sup> KESSLER (D.), note sous Com., 22 fév. 2005, *D.* 2005.974, spéc. p. 975.

la promesse serait devenue caduque, sans que son bénéficiaire puisse récupérer son apport. La convention était donc valable dans la mesure où tout risque social n'était pas supprimé<sup>85</sup>.

**81.** La portée de cet arrêt au regard de la position adoptée par la chambre commerciale depuis l'arrêt Bowater a pu apparaître dans un premier temps incertaine. On s'est demandé si, en se fondant sur l'existence d'un délai pour lever l'option, la formation commerciale n'avait pas entendu abandonner la référence à l'objet de la convention<sup>86</sup>. Une telle solution semblait toutefois peu probable, dans la mesure où la Cour de cassation avait, le même jour, rendu un arrêt reprenant la solution traditionnelle<sup>87</sup>. L'arrêt précité du 27 septembre 2005 qui adopte, dans une espèce où l'option ne pouvait être levée que dans un certain délai, une solution proche de la position traditionnelle de la chambre commerciale, confirme que la prise en compte du délai de levée de l'option n'a pas vocation à remplacer le critère fondé sur l'objet de la convention<sup>88</sup>.

L'hypothèse émise par un auteur à la suite des arrêts du 22 février 2005 selon laquelle deux régimes coexisterait semble ainsi confirmée<sup>89</sup>. Conformément à la solution dégagée dans l'arrêt du 24 mai 1994, et confirmée par le second arrêt du 22 février 2005, la prohibition ne s'applique plus aux conventions dans lesquelles des promesses croisées d'achat et de vente organisent la rétrocession d'actions moyennant un prix librement débattu. De telles conventions, parmi lesquelles figurent la plupart des conventions de portage<sup>90</sup>, demeurent sans incidence sur la répartition des bénéfices et des pertes dans les rapports sociaux. Il apparaît dès lors inutile de s'interroger, pour apprécier la validité de ces conventions, sur le point de savoir si le porteur était effectivement garanti contre tout risque de perte<sup>91</sup>. Il semble

<sup>85</sup> CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), et WICKER (G.), *eod. loc.* ; KESSLER (D.), *eod. loc.* .

<sup>86</sup> En ce sens : LE NABASQUE (H.), note sous Com., 16 nov. 2004 (un arrêt) et sous Com., 22 fév. 2005 (deux arrêts), *Rev. soc.* 2005.593 ; v. par exemple HOVASSE (H.), obs. sous Com., 22 fév. 2005, *JCP éd E*, 2005.938, préc..

<sup>87</sup> Com., 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-16.336. En ce sens : LE NABASQUE (H.), *eod. loc.*

<sup>88</sup> COURET (A.), obs. sous Com., 27 sept. 2005, *Bull. Joly* 2006, § 13, p. 92 ; LIENHARD (A.), obs. sous Com., 27 sept. 2005, *D.* 2005, A.J., p. 2681.

<sup>89</sup> En ce sens : COURET (A.), obs. sous Com., 27 sept. 2005, *Bull. Joly* 2006, § 13, p. 92 ; LIENHARD (A.), obs. sous Com., 27 sept. 2005, *D.* 2005, A.J., p. 2681 ; Sur cette hypothèse LE NABASQUE (H.), Note sous Com., 16 nov. 2004 (un arrêt) et sous Com., 22 fév. 2005 (deux arrêts), *Rev. soc.* 2005.593. L'auteur évoque d'abord une césure entre promesse unilatérale et promesse croisée (LE NABASQUE (H.), note préc., n° 9, p. 603). Mais il estime ensuite qu'une telle distinction n'est pas pleinement satisfaisante, dans la mesure notamment où il serait artificiel de considérer que les investisseurs restent exposés à un risque de perte en raison du délai d'option. Il en déduit l'interprétation des arrêts en cause selon laquelle il y aurait lieu de distinguer les promesses consenties entre associés de celles consenties à un investisseur, dans le cadre soit d'une convention de portage, soit d'un contrat de capital investissement (LE NABASQUE (H.), note préc., n° 16, p. 607).

<sup>90</sup> LE NABASQUE (H.), Note sous Com., 16 nov. 2004 (un arrêt) et sous Com., 22 fév. 2005 (deux arrêts), *Rev. soc.* 2005.593, spéc. p. 602 ; COURET (A.), *eod. loc.*

<sup>91</sup> LE NABASQUE (H.), *eod. loc.*

de même résulter de ces arrêts que sont soustraites à la prohibition des clauses léonines les promesses unilatérales d'achat souscrites dans le cadre d'un contrat de capital investissement<sup>92</sup>. De telles promesses, alors même qu'elles auraient une influence sur la répartition des résultats dans les rapports sociaux, ne contreviennent pas, ainsi qu'il résulte de l'arrêt du 27 septembre 2005, aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil. Les promesses unilatérales d'achat resteraient en revanche soumises à la prohibition des clauses léonines lorsqu'elles ne seraient pas souscrites au profit d'un investisseur mais, comme dans l'arrêt du 22 février 2005, au profit d'un véritable associé<sup>93</sup>. Il y aurait lieu, dans ce cas, de rechercher si le bénéficiaire reste soumis à un risque de perte. Elles seraient alors valable, à l'instar de celle dont la Cour de cassation a eu à connaître dans l'arrêt du 22 février 2005, lorsque l'option ne peut être levée qu'à l'expiration d'un certain délai, et pendant une période de temps limitée.

**82.** La chambre commerciale exclut donc depuis 1982 du domaine d'application de l'article 1844-1 du Code civil les promesses d'achat et de vente de droits sociaux à prix déterminé. Après avoir recouru à un critère purement formaliste, elle a considéré d'une part que n'étaient prohibées que les clauses portant atteinte au pacte social ou à la répartition des bénéfices et des pertes dans les rapports sociaux, et d'autre part que tel n'était pas le cas de conventions qui n'ont pour objet que la transmission des parts sociales moyennant un prix librement débattu. Ses arrêts les plus récents laissent croire qu'elle entend abandonner partiellement ce critère, pour lui substituer une distinction entre les investisseurs, non soumis aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil, parmi lesquels figurent les porteurs de parts, et les véritables associés.

Elle a, de la sorte, abandonné la jurisprudence traditionnelle.

## **§ 2 – La portée des arrêts de la chambre commerciale au regard de la jurisprudence traditionnelle**

**83.** A travers la jurisprudence qu'elle a élaboré à partir de 1982, la chambre commerciale de la Cour de cassation a clairement abandonné la jurisprudence antérieure (A). La solution retenue ne peut toutefois être considérée comme s'étant imposée à l'ensemble de la Cour de

---

<sup>92</sup> COURET (A.), obs. sous Com., 27 sept. 2005, *Bull. Joly* 2006, § 13, p. 92 ; LIENHARD (A.), obs. sous Com., 27 sept. 2005, *D.* 2005, A.J., p. 2681.

<sup>93</sup> En ce sens LE NABASQUE (H.), Note sous Com., 16 nov. 2004 (un arrêt) et sous Com., 22 fév. 2005 (deux arrêts), *Rev. soc.* 2005.593, préc., spéc. p. 607, qui souligne que le bénéficiaire de la promesse était un associé historique, président du conseil de surveillance de la société.

cassation, en raison de la divergence persistante avec la solution retenue par la première chambre civile (B).

### **A – L’abandon de la jurisprudence antérieure**

**84.** Les arrêts rendus par la chambre commerciale à partir de 1982, et spécialement à partir de 1986, constituent indiscutablement un abandon par cette chambre de la jurisprudence traditionnelle.

Alors en effet que la Cour de cassation considérait auparavant qu’étaient nulles les promesses d’achat de droits sociaux à prix déterminé en application des dispositions de l’article 1855 du Code civil, la chambre commerciale a d’abord décidé que ces dispositions ne s’appliquaient pas à des conventions ayant pour objet la transmission des droits sociaux moyennant un prix librement débattu. Elle a, plus récemment, écarté l’application de ces dispositions aux titulaires de droits sociaux en raison de leur qualité d’investisseur. L’application des dispositions de l’article 1844-1 du Code civil se trouve ainsi écartée dans des cas dans lesquels elle avait, antérieurement, entraîné l’annulation des promesses.

En jugeant par ailleurs que n’est pas, en tout état de cause, léonine la convention qui prévoit un délai pour exercer l’option, la chambre commerciale prend le contre-pied des arrêts qui se fondaient sur l’effet concret des conventions pour apprécier leur caractère léonin. Elle prend de même le contre-pied de l’arrêt du 10 février 1981<sup>94</sup> qui avait reproché à une décision ayant validé une convention en raison de l’existence d’un délai pour exercer l’option de ne pas avoir recherché si l’engagement n’avait pas pour effet de garantir le bénéficiaire contre tout risque de pertes éventuel.

Plus pratiquement, il apparaît que la chambre commerciale fait désormais échapper les promesses d’achat ou de vente de droits sociaux à la nullité quand ces conventions étaient, sous l’empire de la jurisprudence antérieure, systématiquement annulées.

---

<sup>94</sup> Supra n° 60.

## **B – La persistance d'une divergence entre les positions des différentes formations de la Cour de cassation**

**85.** Deux arrêts de la première chambre civile sont généralement considérés comme révélant l'opposition de celle-ci à la solution développée par la chambre commerciale<sup>95</sup> : un arrêt du 22 juillet 1986<sup>96</sup>, ainsi que l'arrêt précité du 7 avril 1987<sup>97</sup>.

**86.** L'arrêt du 22 juillet 1986 ne semble cependant pouvoir être considéré comme marquant l'attachement de la première chambre civile à la jurisprudence traditionnelle.

Dans cette espèce, la Cour de cassation a annulé comme léonine, la convention par laquelle le gérant, cédant des parts d'une société civile, avait garanti au cessionnaire, par un acte sous seing privé, un bénéfice minimum, sous condition que ce dernier acquière un appartement construit par la société.

Certains auteurs<sup>98</sup> y ont vu un démenti formel de la solution consacrée par la chambre commerciale dans son arrêt du 20 mai 1986<sup>99</sup>. En annulant une garantie extra-statutaire, la chambre civile reviendrait, selon ces auteurs, sur le critère mis en place par la chambre commerciale. Dans l'arrêt du 20 mai 1986, la Cour de cassation avait admis la validité d'un pacte extra-statutaire dont l'effet était d'exonérer un associé de sa participation aux pertes<sup>100</sup> alors que, dans l'arrêt du 22 juillet 1986, la Cour de cassation considère qu'est nulle une clause extra-statutaire qui a pour effet d'exonérer de toute contribution aux pertes un des associés.

Cependant, l'opposition entre cet arrêt et la jurisprudence de la chambre commerciale est moins irréductible qu'il n'y paraît de prime abord. Le fait que la convention litigieuse n'ait pas pour objet la transmission de droits sociaux interdit de la considérer comme un des éléments de l'opposition entre la solution traditionnelle et la solution de la chambre

---

<sup>95</sup> En ce sens, v. notamment LUCAS (F.-X.), thèse préc., spéc. n° 195, p. 105 ; SOUMRAMI (S.), thèse préc., n° 715s., p. 463s. ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 282s., p. 164s. ; GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 5ème éd., 2002, n° 209, p. 320 ; V. également MERLE (P.), *op. cit.*, n° 42, p. 67 et les notes citées sous les différents arrêts de la chambre commerciale (supra n° 69s.), et sous les deux arrêts de la première chambre civile.

<sup>96</sup> Civ. 1ère, 22 juil. 1986, *Bull. civ. I*, n° 224, p. 213, *Bull. Joly* 1986, § 258, p. 859, note LE CANNU (P.), *JCP*, éd. E, 1987.I.16342, n° 1, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), *RTD com.* 1987.70, n° 1, obs. ALFANDARY (E.) et JEANTIN (M.).

<sup>97</sup> Civ. 1ère, 7 avril 1987, pourvoi n° 85-11.774, préc. n° 64, spéc. note n° 30

<sup>98</sup> ALFANDARY (E.) et JEANTIN (M.), obs. sous Civ. 1ère, 22 juil. 1986, *RTD com.* 1987.70 ; LE CANNU (P.), note sous Civ. 1ère, 22 juil. 1986, *Bull. Joly* 1986, § 258, p. 859.

<sup>99</sup> Supra n° 70.

<sup>100</sup> SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 716, p. 464.

commerciale<sup>101</sup> : cette opposition n'existe en effet que dans le domaine précis des cessions de droits sociaux. Les deux chambres appliquent en revanche des critères identiques aux autres conventions, recherchant si elles n'ont pas pour effet d'exonérer *a priori* un associé des pertes<sup>102</sup>. Aussi la solution appliquée par la première chambre civile à une convention n'emportant pas transmission de droits sociaux ne peut-elle être considérée comme antagoniste à celle adoptée par la chambre commerciale<sup>103</sup>.

**87.** L'opposition avec la solution adoptée par la première chambre civile dans son arrêt du 7 avril 1987 reste en revanche irréductible (1). En l'absence d'arrêt ayant adopté depuis une solution explicitement différente, cette divergence doit être considérée comme persistante (2).

#### 1 – L'irréductibilité de la divergence entre la jurisprudence de la chambre commerciale et l'arrêt de la première chambre civile du 7 avril 1987

**88.** Dans son arrêt du 7 avril 1987, la première chambre civile a adopté une solution conforme à la jurisprudence traditionnelle. La convention litigieuse constituait bien, dans cette espèce, une convention de cession de droits sociaux. Et la première chambre civile a annulé l'arrêt ayant admis la validité de cette promesse en raison de son effet concret sur la répartition des bénéfices et des pertes<sup>104</sup>.

**89.** Jeantin, raisonnant sur le portage d'action, tenta de concilier les jurisprudences de deux formations. Il mit en valeur le fait que, dans les espèces soumises à la première chambre civile, le porteur avait une option. Il pouvait soit conserver les titres, soit obliger le donneur d'ordre à les racheter. Cette option supprimait tout risque de perte pour le porteur, qui pouvait en imposer le rachat au prix fixé (en cas de perte), ou au contraire les conserver (en cas d'appréciation de la valeur de ces titres, qu'il n'a donc plus intérêt à revendre aux prix

---

<sup>101</sup> PRIETO (C.), art. préc., n° 13, p. 449.

<sup>102</sup> Infra n° 108s. et spécialement Com., 18 oct. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 300, p. 243, qui annule une convention à raison de son effet.

<sup>103</sup> On pouvait en outre faire valoir, jusqu'aux arrêts de 2005 précités, que l'objet de la convention dont avait eu à connaître la première chambre civile était précisément d'exonérer un associé de participation aux pertes (en ce sens : GERMAIN (M.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avr. 1987, *JCP* 1988.II.21006). Cette convention était donc indissociable du pacte social, y compris dans l'acception restrictive qu'en retient la chambre commerciale (LE CANNU (P.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juil. 1986, *Bull. Joly* 1986, § 258, p. 859). Les arrêts les plus récents de la chambre commerciale, et spécialement celui du 27 septembre 2005, valident toutefois des conventions dont l'objet était également de permettre à un associé de se désengager de la société sans risque de perte. L'opposition entre la jurisprudence de la première chambre civile et celle de la chambre commerciale ne peut donc s'expliquer par ces données de fait.

<sup>104</sup> Supra n° 64.



fixé)<sup>105</sup>. Au contraire, le caractère léonin de la convention serait exclu lorsque le porteur se trouverait obligé de céder les titres à la demande du donneur d'ordre. Dans ce cas en effet, l'obligation de céder introduirait un aléa pour le porteur, qui ne pourrait plus choisir de céder ou de conserver les titres en fonction de son intérêt<sup>106</sup>.

Cette tentative, quoique séduisante, encourt la critique à plusieurs points de vue. L'analyse se heurte, en premier lieu, aux termes de l'arrêt du 7 avril 1987, qui ne se fonde aucunement, pour censurer l'arrêt d'appel, sur l'existence d'une option, mais sur le fait que la promesse d'achat exonérait son bénéficiaire des pertes. Elle repose, en deuxième lieu, sur une confusion entre manque à gagner et pertes. Sauf à ce que le prix de rachat soit inférieur au prix d'achat, ce qui ne semble jamais être le cas dans une convention de portage<sup>107</sup>, l'obligation de céder les titres n'assujettit pas le porteur à un risque de perte, mais uniquement au risque de subir un manque à gagner résultant de l'impossibilité de céder ses parts à leur valeur de marché<sup>108</sup>. Un tel manque à gagner ne saurait être confondu avec une participation aux pertes<sup>109</sup>. L'obligation de céder ne soumet ainsi pas à nouveau le porteur à un risque de perte. Au regard de la jurisprudence traditionnelle, qui s'attache à l'effet concret des clauses<sup>110</sup>, la convention peut au contraire apparaître doublement léonine en ce qu'elle exonère le porteur des risques et le prive de bénéfice<sup>111</sup>. Ainsi, la seule incertitude tient à ce que l'on ne sait pas si le porteur sera finalement exonéré de pertes ou privé de bénéfices<sup>112</sup>.

**90.** Une autre tentative de conciliation a été proposée par Monsieur Germain. S'attachant à l'analyse précise des faits, il a justifié la divergence entre les deux chambres de la Cour de

---

<sup>105</sup> BERTREL (J.-P.) et JEANTIN (M.), art. préc. n° 31, p. 688; JEANTIN (M.), Conventions de portage et droit des sociétés, *Rev. dr. banc.* juil./août 1991, p. 122, spéc. p. 125.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> Le porteur qui souhaite, précisément, ne pas courir de risque, refuserait sinon de participer à l'opération.

<sup>108</sup> SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 731, p. 472

<sup>109</sup> SOUMRAMI (P.), *op. et loc. cit.*; V. sur cette question infra n° 787. On se bornera, pour illustrer cette affirmation, à souligner que le manque à gagner peut parfaitement intervenir alors que la société réalise des bénéfices, dès lors que l'actionnaire vend ses titres à un prix inférieur à leur valeur. Les notions de pertes, exclusive de la réalisation de bénéfices, ne doit dès lors pas être confondue avec celle de manque à gagner.

<sup>110</sup> Ainsi que nous le verrons (infra n° 146), cette jurisprudence est critiquable, de telle sorte qu'il n'est pas possible d'affirmer sans réserve que ces conventions sont léonines. La question posée est toutefois ici celle du caractère léonin de ces conventions au regard de cette jurisprudence : Jeantin ne cherchait pas à démontrer le mal fondé de la solution de la première chambre civile, mais au contraire qu'elle pouvait se concilier, en l'état, avec la jurisprudence de la chambre commerciale. Or, en l'état de cette jurisprudence à l'époque, le caractère léonin s'appréciait en fonction de l'effet concret des clauses.

<sup>111</sup> LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, art. préc., p. 171.

<sup>112</sup> *Ibid.*

cassation à l'aune des critères élaborés par la chambre commerciale<sup>113</sup>. Rappelant que la chambre commerciale s'est fondée, dans l'arrêt Bowater<sup>114</sup>, sur l'objet de la convention, il a estimé que la première chambre civile aurait eu à examiner des conventions dont l'objet même était d'exonérer un des associés des pertes.

Une fois encore, cette analyse se heurte à la lettre de l'arrêt, qui se fonde sur l'effet de la convention, et non sur son objet, pour conclure à son caractère léonin<sup>115</sup>. En tout état de cause, cette argumentation est rendue caduque par les derniers arrêts de la chambre commerciale, qui écartent l'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil à des conventions ayant manifestement pour objet d'exonérer un associé des pertes.

**91.** De quelque point de vue que l'on se place, la solution adoptée par cet arrêt demeure donc inconciliable avec la position de la chambre commerciale. Les arrêts postérieurs de la première chambre civile, s'ils révèlent un certain assouplissement de la position de cette formation, ne permettent pas davantage de nier la divergence.

## 2 – La persistance de la divergence malgré l'assouplissement de la jurisprudence de la première chambre civile

**92.** Certains auteurs ont vu dans deux arrêts postérieurs un assouplissement de la position de la première chambre civile<sup>116</sup>.

Dans un premier arrêt, en date du 16 janvier 1990, la Cour de cassation a admis la validité d'une clause aux termes de laquelle la participation aux pertes de l'un des associés était limitée à un certain montant<sup>117</sup>. L'intérêt de cet arrêt résiderait dans le fait que la première chambre civile n'adopte pas une position « trop dogmatique »<sup>118</sup>. Mais telle solution apparaît classique<sup>119</sup>. Elle n'a par ailleurs pas de lien direct avec le problème des promesses de rachat à prix déterminé. Aussi ne semble-t-elle pouvoir être considérée comme la marque d'un inflexionnement de la première chambre civile.

---

<sup>113</sup> GERMAIN (M.), note sous Civ. 1ère, 7 avr. 1987, *JCP* 1988.II.21006 ; v. également REINHARD (Y.), obs. sous Com., 24 mai 1994, *Rev. soc.* 1994.710.

<sup>114</sup> Supra n° 70.

<sup>115</sup> SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 728, p. 471.

<sup>116</sup> V. en ce sens notamment SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 731, p. 473; JEANTIN (M.), *op. cit.*, n° 216, p. 115; GUYON (Y.), *op. cit.*, n° 209, p. 278, LE CANNU (P.), obs. sous Civ. 1ère, 16 oct. 1990., *Bull. Joly* 1990, § 330, p. 1029 ; LE CANNU (P.), obs. sous Civ. 1ère, 29 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, § 343, p. 1052.

<sup>117</sup> Civ. 1ère, 16 oct 1990, pourvoi n° 95-15.467, *Bull. Joly* 1990, § 330, p. 1029, note LE CANNU (P.).

<sup>118</sup> LE CANNU (P.), note sous Civ. 1ère, 16 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, § 330, p. 1029.

<sup>119</sup> Infra n° 118.

Le second arrêt, en date du 29 octobre 1990<sup>120</sup>, paraît plus significatif. Dans cette affaire, la première chambre civile a admis la validité d'une convention par laquelle un associé en garantissait un autre du remboursement de son apport. Toute participation aux pertes du bénéficiaire de la garantie n'était pas exclue dans la mesure où les statuts lui faisaient supporter le quart des charges. La chambre civile souligne toutefois, à l'appui de sa décision, « *que sa participation aux pertes n'est donc pas exclue, étant observé que la garantie de remboursement de sa créance de 150000F n'est pas mise à la charge de la société, mais de M. Meranda seul* ». Elle semble donc opérer, à l'instar de la chambre commerciale, une distinction entre les conventions qui portent atteinte au pacte social et celles qui, quoique conclues entre des associés de la société, lui demeurent extérieures. Même si cette observation ne semble pas être déterminante dans la décision, le fait que les magistrats de la première chambre civile estiment intéressant de la consigner dans l'arrêt peut apparaître comme le signe d'une souplesse accrue de cette formation<sup>121</sup>.

**93.** Aucun arrêt postérieur de la première chambre civile n'ayant toutefois explicitement remis en cause la solution retenue dans l'arrêt du 7 avril 1987, il semble qu'à ce jour la divergence entre les deux formations de la Cour de cassation subsiste<sup>122</sup>.

La portée pratique de la solution adoptée par la première chambre civile dans son arrêt du 7 avril 1987 est cependant limitée, compte-tenu de la répartition des affaires entre les différentes chambres, décidée par le premier président de la Cour de cassation après avis du procureur général<sup>123</sup>. La chambre commerciale est compétente pour juger, notamment, tous les pourvois en matière non seulement de sociétés commerciales, mais également de sociétés civiles, à l'exclusion des sociétés civiles professionnelles et des coopératives agricoles qui relèvent de la première chambre, et des sociétés civiles immobilières qui relèvent de la troisième chambre<sup>124</sup>. La très grande majorité des pourvois en matière de prohibition des clauses léonines relève ainsi de la compétence de la chambre commerciale, ce qu'atteste

<sup>120</sup> Civ. 1ère, 29 oct. 1990, *Bull. civ.* I, n° 225, p. 160 ; *Bull. Joly* 1990, § 343, p. 1052, note LE CANNU (P.).

<sup>121</sup> Cette souplesse nous paraît d'autant plus envisageable que la Cour de cassation n'était pas obligée de faire une telle observation, la validité de la convention résultant de la répartition des charges. L'affirmation, à l'appui de la solution proposée, que la garantie provenait d'un coassocié et non de la société, semble donc en contradiction avec la solution retenue dans l'arrêt du 7 avril 1987 (supra n° 64). Mais rien ne permet d'appréhender l'exacte portée de cette affirmation, dans la mesure où elle n'est pas déterminante (la solution aurait-elle été différente si la garantie avait émané de la société, sachant que la participation aux pertes existait malgré cela?).

<sup>122</sup> PRIETO (C.), art. préc., n° 13, p. 449 ; DAIGRE (J.-J.), obs. sous CA Paris, 2 mai 2003, *Bull. Joly* 2003, § 198, p. 945

<sup>123</sup> L'article R. 121-5 du Code de l'organisation judiciaire dispose : « *Les attributions de chacune des chambres civiles sont déterminées par ordonnance du premier président après avis du procureur général* »

<sup>124</sup> BORE (J.) ET BORE (L.), *op. cit.*, n° 21.15, p. 49.

d'ailleurs l'absence d'arrêt rendu depuis 1987 dans ce domaine par les première et troisième chambres civiles.

#### **CONCLUSION DU CHAPITRE**

**94.** L'appréciation de la validité des promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix garanti a donc fait l'objet d'une évolution. Dans un premier temps, la Cour de cassation a considéré que la prohibition des clauses léonines s'appliquait aux conventions qui avaient eu pour effet concret d'exonérer des pertes ou de priver des bénéfices un associé. La chambre commerciale a, dans un deuxième temps, cherché à valider les promesses d'achat et de vente de droits sociaux. Après avoir brièvement adopté un critère formaliste, tiré de la localisation de la clause, elle s'est fondée sur l'objet de ces conventions : les promesses n'ayant pour objet que d'assurer la rétrocession des titres moyennant un prix librement débattu ne seraient pas soumises à la prohibition édictée par l'article 1844-1 du Code civil. Elle semble toutefois aujourd'hui en passe de substituer à cette jurisprudence une approche fondée sur les motivations du bénéficiaire de la promesse, et plus spécialement sur sa qualité d'investisseur. Ces solutions encourent toutefois la critique



## CHAPITRE 2 : LA LICEITE CONTESTABLE

95. Estimant que les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix déterminé répondaient aux besoins de la pratique, et que la jurisprudence de la chambre commerciale mettait un terme aux risques d'annulation que la solution traditionnelle faisait peser sur de telles conventions, une partie de la doctrine a approuvé l'assouplissement de l'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil<sup>1</sup>. Certains auteurs ont en particulier estimé que cette solution était plus conforme à l'esprit de la prohibition<sup>2</sup>.

96. Une telle affirmation apparaît contestable. Sauf en effet à remettre en cause le principe de la participation de tous les associés aux résultats sociaux<sup>3</sup>, les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil doivent être interprétées comme prohibant toutes les clauses ayant pour but ou pour effet de supprimer *a priori* dans les relations entre associés la vocation de certains aux résultats (Section 1). Aussi de nombreuses promesses d'achat ou de vente de droits sociaux devraient-elles être annulées (Section 2).

### SECTION 1 – LA PORTEE THEORIQUE DE LA PROHIBITION DES CLAUSES LEONINES

97. L'article 1844-1 du Code civil prohibe les clauses « *attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes* », ainsi que celles « *excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes* ». Ces dispositions sont fondées sur l'idée que la société est constituée dans l'intérêt commun des associés, ce qui implique que tous aient vocation aux résultats (§ 1). Sont ainsi prohibées les conventions qui ont pour but ou pour effet de supprimer *a priori*, dans les rapports entre associés, toute vocation de l'un d'eux aux résultats sociaux (§ 2).

---

<sup>1</sup> V. par exemple GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, op. cit.*, n° 209, p. 320 ; MERLE (P.), obs. sous Com., 10 fév. 1981, *Rev. soc.* 1982.98 ; GERMAIN (M.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *JCP éd. N*, 1986.II.221 ; RANDOUX (D.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.590 ; REINHARD (Y.), note sous Com., 20 mai 1986, *RTD com.* 1987.205, n° 3 ; VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), note sous Com., 20 mai 1986, *JCP éd. E*, 1987.I.15846, n° 1.

<sup>2</sup> Supra n° 70.

<sup>3</sup> V. sur une telle remise en cause Infra, deuxième partie.

## **§ 1 – Les fondements de la prohibition**

**98.** Les dispositions de l'article 1855 du Code civil étaient initialement fondées sur l'idée que la qualité de partie au contrat de société des associés impliquait qu'ils aient vocation aux résultats sociaux (A). Ce fondement n'a ensuite pas été modifié (B).

### **A – Le fondement initial de la prohibition des clauses léonines**

**99.** Les rédacteurs du Code civil définirent la société comme « *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* »<sup>4</sup>. Ils en ont déduit qu'elle devait recevoir « *l'application de tous les principes qui règlent les effets communs à cette sorte d'engagement* »<sup>5</sup>. Le contrat de société doit ainsi reposer sur l'équité - elle est la base de tous les contrats<sup>6</sup> -, et sur la bonne foi<sup>7</sup>.

**100.** Ces exigences ont une portée particulière dans le contrat de société. La société est constituée dans l'intérêt commun des parties<sup>8</sup>. Treihlard exposa: « *c'est là la première règle, la règle fondamentale de toute société* », et ajouta « *qu'il est contre la nature qu'une société de plusieurs, de quelque espèce qu'on la suppose, se forme pour le seul intérêt d'une des parties* ». Ainsi, « *si la société n'était formée que pour l'intérêt d'un seul, la bonne foi ne serait-elle pas étrangement violée ? Il faut donc s'unir pour l'intérêt commun des parties qui contractent* »<sup>9</sup>. L'intérêt commun s'oppose ainsi à « *l'intérêt d'un seul* ». Il ne pourrait y avoir entre les parties à un tel contrat de société « *aucun traité, parce qu'il ne peut exister ni liberté, ni consentement* ». En effet, « *la société est un contrat consensuel, et la loi ne peut voir de consentement véritable dans un contrat de société dont un seul recueillerait tout le profit, et dont l'intérêt commun des parties ne serait pas la base* »<sup>10</sup>.

De ces principes résultèrent la prohibition des clauses privant un ou plusieurs associés des bénéfices, ou exonérant un ou plusieurs associés des pertes.

---

<sup>4</sup> Article 1832 du Code civil dans sa rédaction initiale. Soulignant que les rédacteurs du Code civil ont perçu la société comme un contrat, v. par exemple COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 14, p. 4.

<sup>5</sup> FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, p. 419.

<sup>6</sup> FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 13, p. 96.

<sup>7</sup> V. notamment Treihlard, Présentation au Corps Législatif, et Exposé des motifs, in FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 395.

<sup>8</sup> L'article 1833 du Code civil, dans sa rédaction initiale, disposait : « *Toute société doit avoir un objet licite et être contractée dans l'intérêt commun des parties* »

<sup>9</sup> Treihlard, Présentation au Corps Législatif, et Exposé des motifs, in FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 395.

<sup>10</sup> *Ibid.*

**101.** La recherche de l'intérêt commun interdit, en premier lieu, que les parties conviennent qu'un seul associé recueillera tous les bénéfices de la société.

La clause qui priverait un associé de sa participation aux bénéfices était déjà interdite en droit romain, comme contraire au *jus fraternitatis*<sup>11</sup>. Pothier écrivait de même : « *il est de l'essence du contrat de société que les parties se proposent par le contrat, de faire un gain ou un profit* ». Une convention attribuant la totalité des bénéfices à l'un des associés serait « *nulle, comme manifestement injuste* »<sup>12</sup>.

Les principes, définis par les rédacteurs du Code civil comme régissant le contrat de société, les conduisirent à maintenir cette prohibition. Le contrat étant conclu dans l'intérêt commun des associés, tous doivent en partager les fruits, à savoir les bénéfices<sup>13</sup>. L'espoir de ce partage est en effet « *la vue intentionnelle qui dirige ce contrat* »<sup>14</sup>. Le contrat de société aux termes duquel un associé ne participerait pas aux bénéfices ne permettrait pas à cet associé d'atteindre l'objectif pour lequel il s'est engagé, et ne serait ainsi pas conclu dans l'intérêt de celui-ci.

Mais la recherche de l'intérêt commun n'implique pas nécessairement que la part que chacun percevra des bénéfices soit égale ou strictement proportionnelle à ses apports. La répartition doit être équitable<sup>15</sup>. Les associés peuvent ainsi rompre partiellement l'égalité, si cette rupture est fondée « *sur une mise ou plus forte, ou sur des risques plus grands, ou sur de plus éminents services, ou sur toute autre cause légitime en faveur de celui qui est le plus avantagé* »<sup>16</sup>. Il leur appartient à cet égard d'apprécier l'importance des apports respectifs : ils sont les meilleurs juges du maintien de l'équité au sein de la société<sup>17</sup>. Aussi l'article 1853 du Code civil dans sa rédaction initiale prévoyait-il que la part de chaque associé dans les bénéfices ou dans les pertes était déterminée par l'acte de société et qu'elle n'était, qu'à défaut de détermination, « *en proportion de sa mise dans le fonds de la société* ».

<sup>11</sup> Dig. 17, 2 fr. 29, §2

<sup>12</sup> POTHIER (R.-J.), *Oeuvres complètes*, par M. Siffrein, 2ème éd., 1821, t.7, *Traité du contrat de société*, n° 12.

<sup>13</sup> V. la présentation au Corps Législatif et l'exposé des motifs de Treihlard, préc., in FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 395.

<sup>14</sup> Discussion devant le Corps Législatif, Discours Prononcé par le Tribun Gillet, in FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 418.

<sup>15</sup> Treihlard dit ainsi (FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 398) : « *il faut une proportion équitable entre la mise et le profit de chaque associé* ».

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Le tribun Bouteville disait ainsi : « *Il est évident que ceux qui forment une société sont les seuls qui puissent bien connaître et justement apprécier ce que chacun d'eux y apporte en valeurs réelles, mais surtout en industrie, en zèle, en talents, en activité, en courage* ». (FENET (P.-A.), *op. cit.*, p. 410). Et Treihlard affirmait : « *la mesure de leur engagement [celui des associés] est celui dont il leur a plu de convenir* » (Exposé des motifs au Corps législatif, FENET (P.-A.), *op. cit.*, p. 398).



**102.** La recherche de l'intérêt commun interdit encore que l'un ou plusieurs des associés soient exonérés de contribution aux pertes.

Cette solution était, lorsqu'elle fut adoptée, de droit nouveau<sup>18</sup>. Le droit romain admettait que les associés conviennent que l'un d'eux ne supporterait pas les pertes<sup>19</sup>. Il justifiait cette solution par le fait qu'il y a « *des hommes dont l'industrie est si précieuse dans la société, qu'il est juste en les y admettant de leur faire des conditions plus avantageuses* »<sup>20</sup>. L'ancien droit admettait de même la validité de la clause exonérant un associé des pertes<sup>21</sup>. Domat observa que toute société où l'un des associés percevrait tous les bénéfices, mais ne contribuerait pas aux pertes, serait illicite, comme blessant l'équité et la bonne foi<sup>22</sup>. Il exposa toutefois également que « *la considération des différentes contributions des associés peut rendre juste la convention qui donne à l'un des associés une part du gain, et le décharge de toute perte, à cause, par exemple de l'utilité de son crédit, de sa faveur, de son industrie...* »<sup>23</sup>. Pothier admit encore qu'un associé qui « *a apporté en son particulier quelque avantage à la société* » ne supporte pas les pertes. Ainsi de l'associé qui, dans un commerce de tonneaux, se charge seul de la garantie du vice de fût<sup>24</sup>.

Les rédacteurs du Code ont, au contraire, estimé que la bonne foi, qui doit régir les relations entre les associés, et la nature de l'acte, impliquent que ceux-ci assument une part des pertes si la société ne prospère pas. L'intention des associés est, si la société ne réalise pas de bénéfices, de ne pas supporter seuls les risques et les charges inhérents à l'exploitation. Ils entendent, dans ce cas, partager les pertes. Portalis estimait ainsi que la prétention d'un associé, qui voudrait partager les bénéfices sans partager les risques, serait « *révoltante* », et

<sup>18</sup> LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, t. 2<sup>nd</sup>, 1<sup>ère</sup> partie, L.G.D.J., 4<sup>ème</sup> éd., 1908, n° 40, p. 43.

<sup>19</sup> PIC (P.), *Traité général théorique et pratique de droit commercial, des sociétés commerciales*, T. 1, Rousseau, 2<sup>ème</sup> éd., 1925, n° 46, p. 50 ; LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *op. et loc. cit.* ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil, De la société, du prêt, du dépôt*, Sirey, 1898, n° 275, p. 160 ; v. Dig. 17, 2 fr. 29, §1.

<sup>20</sup> *Inst.* III, 26, 2. Les Institutes ne précisent toutefois pas si seul l'associé qui apporte son industrie peut être exonéré des pertes, ou si tout associé peut l'être, l'exonération demeurant cependant justifiée par l'intérêt d'avoir pour associé une certaine personne. Les exemples donnés par cet ouvrage, et l'absence de restriction à la portée de la règle ainsi définie, incitent à admettre la seconde solution.

<sup>21</sup> LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *op. et loc. cit.* ; PIC (P.), *op. et loc. cit.* ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET WAHL (A.), *op. et loc. cit.*

<sup>22</sup> DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, in *Œuvres de J. Domat*, par M. CARRE, t. 2, 1821, n° 10, p. 178.

<sup>23</sup> DOMAT (J.), *op. cit.*, n° 9, p. 178. Pic (PIC (P.), *op. cit.*, n° 46, p. 51, note 1), estime toutefois qu'on peut se demander si Domat ne songeait pas essentiellement à l'apporteur en industrie, qui, même en droit actuel, peut être affranchi des pertes en ce sens qu'il n'aura pas à contribuer au paiement des dettes, et ne perdra que le fruit de son travail. Les termes employés par Domat, qui envisage l'industrie ou les peines, mais également le « crédit » ou la « faveur » de l'associé, semblent cependant militer pour une interprétation plus large.

<sup>24</sup> POTHIER (R.-J.), *op. cit.*, n° 20.

qu'il « *ne faut pas chercher hors d'un tel pacte une iniquité consommée par la lettre même de ce pacte* »<sup>25</sup>. Et Treihlard expose que « *toute clause qui tendrait à jeter sur l'un toutes les charges et à gratifier l'autre de tous les bénéfices se trouvait en opposition manifeste avec la bonne foi et la nature de l'acte* »<sup>26</sup>. Certes, chaque associé, s'il a pour « *vue intentionnelle* » de partager les bénéfices ne cherche pas, sauf exception<sup>27</sup>, à contribuer aux pertes. La contribution aux pertes n'est ainsi que la condition du contrat de société<sup>28</sup>. Mais elle en est une condition nécessaire. L'intérêt commun implique que tous risquent de perdre leur mise. Le risque de contribution aux pertes constitue, pour les rédacteurs du Code civil, la contrepartie de la chance de participer aux bénéfices<sup>29</sup> : l'équité et la bonne foi impliquent que l'associé qui entend participer aux bénéfices contribue également aux pertes<sup>30</sup>. Ainsi, alors que la prohibition des clauses privant un associé des bénéfices est demeurée identique dans le Code civil à ce qu'elle était dans l'Ancien droit et en Droit romain, la portée de la prohibition des clauses exonérant un associé des pertes a été élargie. Les rédacteurs du Code ont considéré que seul l'associé dont la mise serait uniquement en industrie pourrait être exonéré de contribution aux pertes<sup>31</sup>.

**103.** Ces fondements n'ont, par la suite, pas été modifiés.

<sup>25</sup> *Discours Préliminaire sur le projet de code civil*, in FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 1, p. 510.

<sup>26</sup> FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 398.

<sup>27</sup> Certaines formes de sociétés, « *fiscalement transparentes* », permettent aux associés d'imputer sur leurs revenus les pertes enregistrées par la société. Ainsi, des contribuables, en créant une société qui supporte des charges leur incombant normalement –par exemple les charges d'entretien d'une maison-, réalisent une économie en déduisant les déficits de la société de leurs revenus, ce qu'ils n'auraient pu faire que partiellement s'ils n'avaient pas créé de société.

<sup>28</sup> C'est la raison pour laquelle elle ne fut pas intégrée initialement dans la définition de la société. Gillet et Bouteville l'indiquèrent clairement lors des travaux préparatoires. Bouteville dit ainsi : « *on peut observer qu'elles (les parties) doivent aussi en supporter les pertes ; mais comme très certainement elles ont principalement en vue d'obtenir des bénéfices, il serait difficile de ne pas trouver la définition [qui omet les pertes] exacte* » (Rapport au Tribunal, FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 405). Gillet ajouta « *Jusqu'ici, la définition (de la société) avait été moins précise. Les écrivains en jurisprudence y avaient ajouté parmi les objets de la société la communication des pertes. Il a paru au Tribunal que le projet proposé était plus exact, lorsqu'il considérait cette communication comme une simple condition du contrat, et non pas comme son but.* » (Discours au Corps Législatif, FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 419). Le tribun Gillet faisait référence notamment à Domat, qui estimait que les associés entraient en société « *pour partager tout ce qu'ils pourront avoir de gain ou souffrir de perte* » (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, *op. cit.*, t. 2, n° 1, p. 173). Le fait que la participation aux pertes participe du but des parties n'empêchait toutefois pas ce dernier auteur d'admettre qu'elles puissent s'exonérer des pertes.

<sup>29</sup> V. en ce sens le rapport présenté par M. Foyer à l'Assemblée Nationale dans le cadre des travaux préparatoires de la loi du 4 janvier 1978 (JO AN, n° 1645, p. 4).

<sup>30</sup> On pourrait soutenir qu'en conséquence, une clause exonérant un associé des pertes ne serait pas léonine si ce même associé est privé des bénéfices. Mais alors la convention serait nulle, ou ne pourrait valoir comme contrat de société, en ce qu'elle prive l'associé des bénéfices.

<sup>31</sup> V. en ce sens FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 422.

## B – La persistance du fondement contractuel de la prohibition des clauses léonines

104. La vision uniquement contractuelle de la société a été remise en cause. Sans prétendre trancher le débat entre la nature contractuelle et la nature institutionnelle de la société, on peut remarquer qu'il est aujourd'hui généralement admis que les sociétés dotées de la personnalité morale, si elles sont fondées par un contrat et demeurent à certains égards un contrat après l'acquisition de la personnalité morale, ne sont pas qu'un contrat<sup>32</sup>. Pour rejeter une analyse uniquement contractuelle de la société, on fait notamment valoir qu'une telle analyse n'explique pas l'acquisition de la personnalité morale, qui résulte de l'accomplissement d'une formalité administrative<sup>33</sup>. Acte juridique et personnalité morale doivent ainsi être dissociés. Le premier peut exister indépendamment de la seconde, soit lorsque la société n'a pas vocation à être immatriculée, soit avant qu'elle ne le soit<sup>34</sup>. Réciproquement, la personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation après la dissolution de la société, alors que cette dissolution met fin au contrat de société<sup>35</sup>.

On a par ailleurs soutenu que la qualité d'associé ne se confondait pas avec celle de partie au contrat de société<sup>36</sup>. Tous les associés ne seraient ainsi pas nécessairement parties au contrat de société.

Ces évolutions de l'appréhension des notions de société et d'associé n'ont toutefois pas conduit à une remise en cause du fondement de la prohibition des clauses léonines.

<sup>32</sup> En ce sens : BERTREL (J.-P.), Le débat sur la nature de la société, in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 131, spéc. p. 142 ; BERTREL (J.-P.), Liberté contractuelle et société, *RTD com.* 1996.595, n° 39, p. 619 et les auteurs cités ; CHAMPAUD (C.), Le contrat de société existe-t-il encore, art. préc., p. 133 ; MAY (J.-CL.), La société : contrat ou institution, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, L.G.D.J., 2004, p. 122, spéc. p. 142 ; V. par exemple MERLE (P.), *op. cit.*, n° 23, p. 39 ; MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 53, p. 16 ; adde MASSART (T.), *Rép. sociétés Dalloz*, V° Société (Contrat de), préc., n° 130, p. 37 ; V. cependant BERGERAC (M.) et BERNARD (A.), Fantaisie à deux voix, *D.* 2000, chr. 315, spéc. p. 320, qui affirment que la société anonyme est une institution. Un auteur a soutenu que la société n'était pas un contrat mais un acte collectif (ROUJOU DE BOUBEE (G), *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. Marty, Bibl. dr. priv., t. 27, L.G.D.J., 1961, spéc. p. 67). La différence résiderait dans le fait que les intérêts des associés ne seraient pas antagonistes. Les volontés tendraient au même but, ce qui exclurait l'analyse en termes de contrat (*Ibid.*). Une telle analyse est cependant critiquable en ce qu'elle introduit dans l'analyse de la convention un élément qui ne s'y trouve pas : l'antagonisme des parties (MASSART (T.), *Rép. sociétés Dalloz*, V° Société (Contrat de), fasc. préc., n° 124, p. 35). En tout état de cause, elle n'a guère d'influence sur les présents développements, qui tendent à montrer que l'ensemble des règles régissant les sociétés ne peut être justifié par la rencontre des volontés des associés, que celle-ci intervienne sous la forme d'un contrat ou d'un acte collectif. La distinction a d'autant moins d'intérêt dans le cadre des présents développements que le régime des actes unilatéraux n'est pas vraiment différent de celui des contrats (MASSART (T.), *eod. loc.*).

<sup>33</sup> BERTREL (J.-P.), Liberté contractuelle et société, art. préc., n° 29, p. 612 ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 21, p. 38.

<sup>34</sup> COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 14, p. 4.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, préf. F. Terré, Bibl. dr. priv., t. 156, L.G.D.J., 1978, spéc. n° 2s., p. 13s.

**105.** Le fondement contractuel a ainsi prévalu tant que le caractère contractuel de la société n'était pas remis en cause<sup>37</sup>. De ce que les sociétés constituent un contrat, résulte, pour les auteurs du XIX<sup>ème</sup> siècle, la nécessité de la participation aux résultats de chaque associé<sup>38</sup>. Pont, citant Pothier, fait valoir qu'il est de l'essence du contrat de société que les parties partagent le bénéfice, et en déduit qu'on ne conçoit pas une société où tous n'auraient pas part aux bénéfices<sup>39</sup>. Rappelant que les clauses léonines sont prohibées, Bédarride précise de même qu'une telle clause ferait de la société « *le plus inique des contrats* »<sup>40</sup>. Rousseau estime encore que la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices « *délie absolument le contrat de société* »<sup>41</sup>, de même que celle qui exonérerait des pertes un associé<sup>42</sup>.

On retrouve encore ce fondement chez les auteurs, qui n'ont pas fait mention du débat naissant sur la nature contractuelle ou institutionnelle de la société, et qui ont continué à la définir comme un contrat sans évoquer ni *a fortiori* justifier le rejet de la thèse inverse. Pic fait par exemple valoir, dans la présentation des règles applicables à l'ensemble des sociétés, que les clauses privant un associé des bénéfices ou l'exonérant des pertes ne tendent qu'à « *transformer dans son essence le caractère de la société, et à substituer à un contrat basé sur la coopération de tous en vue d'un enrichissement commun un pacte léonin* »<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> L'approche institutionnelle de la société a vu le jour à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle (en ce sens : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 113, p. 53 ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 137, p. 68). Mais elle n'a été réellement développée qu'à la suite des travaux de Hauriou (En ce sens, PORTEMER (J.), Du contrat à l'institution, *JCP* 1947.586 ; v. notamment HAURIOU (M.), La théorie de l'institution et de la fondation, *in Cahiers de la nouvelle journée, Aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Lib. Bloud et Gay, 1933, p. 89s.).

<sup>38</sup> V. par exemple TROPLONG (R.-T.), *Du contrat de société*, *op. cit.*, n° 11, p. 17 et n° 647, p. 118 ; GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de société*, Durand et Pédone Lauriel, 1891, n° 78, p. 120 ; BRAVARD-VEYRIERES (P.) et DEMANGEAT (C.), *Traité de droit commercial*, Chevalier-Marescq et Cie, 2<sup>nd</sup> éd., t. 1, 1890, p. 171.

<sup>39</sup> PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, *op. cit.*, 2<sup>ème</sup> éd., n° 437, p. 319, et n° 3s., p. 6s. pour la définition de la société comme un contrat.

<sup>40</sup> BEDARRIDE (J.), *Droit commercial, Commentaire du Code de commerce, Livre I Titre III, Des sociétés*, t. 1, Durand, 1857, n° 35, p. 46 et n° 6, p. 12 pour la définition de la société comme un contrat.

<sup>41</sup> ROUSSEAU (R.), *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. 1, Rousseau, 1902, n° 167, p. 51, et pour la définition de la société comme un contrat, n° 8, p. 5 ; V. encore DELANGLE (M.), *Des sociétés commerciales*, t. 1, Paris, 1843, n° 111, p. 124 et n° 2, p. 14 pour la définition de la société ; VAVASSEUR (M.), *Traité pratique et formulaire des sociétés civiles et commerciales*, Cosse, Marchal, et Cie, 1869, n° 128, p. 40.

<sup>42</sup> ROUSSEAU (R.), *op. cit.*, n° 188, p. 55.

<sup>43</sup> PIC (P.), *op. cit.*, n° 42, p. 46. V. également COPPER ROYER (J.), *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*, t. 1, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1925, n° 17, p. 163 ; moins clairement WAHL (A.), *op. cit.* n° 465s., p. 151s., qui ne rattache pas explicitement la prohibition des clauses léonines au caractère contractuel de la société, mais qui estime que la société est un contrat (notamment n° 465, p. 152), et que la clause léonine exclut la qualification de société.

**106.** Le fondement n'a pas davantage été contesté après qu'on a commencé à douter du caractère uniquement contractuel de la société ou de la qualité de partie au contrat de société de tous les associés.

Le législateur s'est en effet borné, lorsqu'il a adopté les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil, à reprendre les dispositions de l'article 1855 du Code civil tel qu'il avait été rédigé par les rédacteurs de ce code<sup>44</sup>. La prohibition demeure ainsi fondée sur les raisons qui ont justifié son insertion dans le Code civil<sup>45</sup>. Elle résulte de la nature contractuelle de la société<sup>46</sup>. La participation aux bénéfices et la contribution aux pertes sont considérées comme des caractéristiques de l'acte juridique qui donne naissance à la société<sup>47</sup>. La vocation aux résultats est de « *l'essence même du contrat de société* »<sup>48</sup>. Adoptant une approche classique de la notion d'associé, selon laquelle l'associé est la partie au contrat de société<sup>49</sup>, le législateur en a déduit que tous les associés devaient avoir vocation aux résultats sociaux. L'article 1844-1 du Code civil prohibe ainsi, sans autre précision, les clauses privant des bénéfices ou exonérant des pertes « *un associé* ». Et ce fondement est repris par la plupart des auteurs. La clause qui priverait un associé des bénéfices ou qui l'exonérerait des pertes

<sup>44</sup> V. en ce sens notamment le Rapport de M. Le Douarec devant l'Assemblée Nationale (JO AN, 1972, n° 2608, p. 26), la présentation du texte à l'Assemblée Nationale par le Garde des Sceaux (JO AN, 22 nov. 1972, p. 5588), les rapports de M. Dailly devant le Sénat (JO Sén., 1973, n° 259, p. 11 et, p. 36) ; adde FOYER (J.), La réforme du titre IX du livre III du Code civil, *Rev. soc.* 1978.1, p. 7. Le principe posé par ce texte n'a par ailleurs fait l'objet d'aucune discussion lors des nombreux débats parlementaires au cours desquels les dispositions relatives au contrat de société ont été examinées (V. JO AN, 22 nov. 1972 ; JO Sén., 10 mai 1973 ; JO AN 24 juin 1975 ; JO Sén., 4 nov. 1976 ; JO AN 20 déc. 1977 ; JO Sén., 20 déc. 1977). Seule la sanction du caractère léonin a été discutée, les clauses n'étant plus nulles, mais réputées non écrites (en ce sens FORSCHBACH (T.), note sous Com., 10 janv. 1989, *D.*1990.250).

<sup>45</sup> Un auteur a récemment estimé que la prohibition viserait aujourd'hui également à protéger les créanciers sociaux (MASSART (T.), obs. sous CA Paris, 21 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, § 109, p. 499). Une telle affirmation nous semble contestable. La règle destinée à garantir les créanciers est celle d'intangibilité du capital social, qui interdit que, sauf exception, un associé récupère son investissement avant que la société ne soit dissoute (en ce sens, COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 243, p. 116). La protection des créanciers sociaux est ainsi assurée par l'obligation faite à tous les associés d'effectuer un apport qu'ils ne sont pas certains de récupérer. La prohibition des clauses léonines tend juste, comme l'indique les termes de l'article 1844-1 du Code civil, à garantir la répartition des pertes entre tous les associés.

<sup>46</sup> V. outre les références citées infra, LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 7, p. 3 ; LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 379, p. 193. Quelques auteurs s'abstiennent de faire référence au fondement contractuel de la prohibition des clauses léonines (V. par exemple LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 261s., p. 155 ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 35s., p. 56s., qui évoque la participation aux résultats dans un chapitre relatif aux « caractères fondamentaux » de la société, et non dans le chapitre relatif au contrat de société ; CHAPUT (Y.), *Droit des sociétés*, PUF, 1993, n° 33, p. 31). Aucun ne le conteste toutefois.

<sup>47</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 97, p. 97 ; v. également ESCARRA (J.), ESCARRA (E.) ET RAULT (J.), *op. cit.*, n° 126, p. 147, qui estiment que la clause privant un associé des bénéfices va « *à l'encontre de l'une des caractéristiques essentielles du contrat de société* », et qui ajoutent que la contribution aux pertes en est la contrepartie.

<sup>48</sup> MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 314, p. 134 ; V. également KENDERIAN (F.), art. préc., n° 4, p. 621 ; RANDOUX (D.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.587.

<sup>49</sup> En ce sens que cette approche est classique : VIANDIER (A.), thèse préc., p. 8 et les références citées.

« détruit le contrat de société dans son essence »<sup>50</sup>. Certains auteurs soulignent plus précisément que la règle selon laquelle la société doit être exploitée dans l'intérêt commun des associés implique que tous aient une part des profits et contribuent aux pertes éventuels<sup>51</sup>. Les clauses léonines sont réputées incompatibles avec « l'esprit de communauté qui anime le contrat de société »<sup>52</sup> ou contraires au « *jus fraternatis* » que l'on doit rencontrer dans toute société<sup>53</sup>. Chacun s'engageant pour recevoir des bénéfices ou réaliser une économie, le partage de ce profit est par ailleurs la cause de l'engagement des associés<sup>54</sup>. Aussi chaque associé doit-il pouvoir espérer percevoir une part des bénéfices ou profiter de l'économie réalisée. Et il doit s'engager, en contrepartie de ce droit, à participer aux pertes<sup>55</sup>.

**107.** La prohibition des clauses léonines a ainsi un fondement contractuel. Les parties au contrat de société, auxquelles sont assimilés les associés, doivent avoir vocation aux résultats sociaux. Sont dès lors nulles les conventions supprimant *a priori* dans les rapports entre associés la vocation de l'un d'eux aux bénéfices ou sa contribution aux pertes.

## **§ 2 – La nullité des conventions supprimant *a priori* dans les rapports entre associés la vocation de l'un d'eux aux bénéfices ou sa contribution aux pertes**

**108.** Il résulte des termes de l'article 1844-1 du Code civil, éclairés par sa *ratio legis*, que doivent être considérées comme contrevenant aux dispositions de cet article les clauses qui, substantiellement, ont pour objet ou pour effet de supprimer totalement, *a priori*, la vocation d'un associé aux résultats sociaux (A), et qui, matériellement, affecte les rapports entre associés (B).

---

<sup>50</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *op. cit.*, n° 1056-45, p. 31 et n° 1056-23, p. 14 ; MAGNIER (V.), *op. cit.*, n° 73 p. 44 ; V. également KENDERIAN (F.), *eod. loc.*, qui reprend à son compte une citation de Troplong en ce sens.

<sup>51</sup> V. notamment SCHMIDT (D.), De l'intérêt commun des associés, *JCP* 1994.I. 3793, n° 1, p. 440 ; KENDERIAN (F.), art. préc., n° 4, p. 621.

<sup>52</sup> SOUMRAMI (S.), thèse préc., n° 738, p. 476 ; v. également LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 272, p. 159, qui expose que de telles clauses « détruisent l'esprit de partage qui doit animer une société ».

<sup>53</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et Sociétés*, 12<sup>ème</sup> éd., Economica, 2003, n° 122, p. 128 ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 42, p. 65 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *op. cit.*, n° 1056-45, p. 31 ; V. également GUYON (Y.), La fraternité dans le droit des sociétés, *Rev. soc.* 1989.459, n° 4, p. 440.

<sup>54</sup> LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 8, p. 3 ; LUCAS (F.-X), fasc. préc., n° 25, p. 7 ; GOUTAY (P.) et DANOS, (D.) De l'abus de la notion d'intérêt social, *D. aff.* 1997.877 ; RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit commercial, op. cit.*, n° 577, p. 258.

<sup>55</sup> ESCARRA (J.), ESCARRA (É.) ET RAULT (J.), *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 1, Sirey, 1950, n° 126, p. 147 ; PIC (P.), *op. cit.*, n° 42, p. 46 ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 40, p. 63 ; MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 700, p. 79 ; CHAPUT (Y.), *Droit des sociétés*, PUF, 1993, n° 33, p. 31.

## **A – La portée substantielle de la prohibition : l'interdiction des clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer *a priori* la vocation d'un associé aux bénéfices ou aux pertes**

**109.** Les articles 1855 ancien et 1844-1 du Code civil prohibent non seulement les conventions qui ont pour but, mais également celles qui n'ont que pour effet, de priver un associé des bénéfices ou de l'exonérer des pertes<sup>56</sup> (1), l'effet devant être apprécié, toutefois, lors de la conclusion du contrat et non au moment de son exécution (2).

### 1 - La prohibition des clauses ayant pour but ou pour effet de supprimer la vocation d'un associé aux bénéfices ou aux pertes

**110.** Les associés s'engagent pour tirer de l'enrichissement collectif un enrichissement personnel, éventuellement sous la forme d'une économie, ou pour répartir, en cas d'échec de l'entreprise commune, les conséquences financières de cet échec. Aussi la stipulation qui aurait pour but de priver l'un des associés des bénéfices ou d'en exonérer certains des pertes, serait-elle évidemment contraire à l'esprit de la prohibition<sup>57</sup>.

Tel est le cas lorsque l'exonération de pertes ou la privation des bénéfices résultent directement de la convention, c'est-à-dire lorsque celle-ci a pour objet de soustraire l'un des associés aux résultats sociaux<sup>58</sup>. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel qui avait annulé une convention aux termes de laquelle un associé garantissait son coassocié qu'il « *n'éprouvera aucune perte* ». C'est à bon droit que la cour d'appel avait fait application des dispositions de l'article 1855 ancien du Code civil à une telle convention, « *qui aurait pour objet de l'exonérer [le demandeur au pourvoi] de toute participation aux pertes* »<sup>59</sup>. Dès lors que l'objet de la convention était d'exonérer un des associés des pertes, la violation des dispositions de l'article 1855 ancien du Code civil était patente, quels que soient les critères adoptés. L'intention des parties était en effet précisément d'exonérer l'une d'elles des pertes<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Sous réserve toutefois que ces conventions entrent dans le champ d'application matériel de la prohibition (sur lequel V. infra n° 120s.)

<sup>57</sup> ALFANDARI (E.) ET JEANTIN (M.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juil. 1986, *RTD com.* 1987.70, n° 1.

<sup>58</sup> L'objet doit donc ici être entendu comme l'opération juridique envisagée par les parties (FORSCHBACH (T.), note sous Com., 10 janv. 1989, *D.* 1990.250, spéc. p. 252). Il correspond à ce que certains auteurs ont nommé objet du contrat, par opposition à l'objet des différentes obligations issues du contrat (TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 257, p. 250).

<sup>59</sup> Req., 16 janv. 1867, *S.* 1867.1.173.

<sup>60</sup> Est de même nulle la clause des statuts aux termes de laquelle l'un des associés doit « *seul supporter les charges et pertes du négoce* » (Req., 18 mai 1896, *D.P.* 1897.1.249). La Cour de cassation n'a pas précisé, dans

Cependant, les fondements de la prohibition commandent encore que soit annulée la convention dont le but est d'exonérer des pertes ou de priver des bénéfices un associé, mais qui ne le réalise qu'indirectement, au travers d'une autre opération juridique. Une telle convention, dans la mesure où elle n'est conclue que dans la perspective des rapports sociaux<sup>61</sup>, est contraire à l'esprit de la prohibition, qui repose sur l'idée que chaque associé s'engage pour participer aux bénéfices, et parce que ses coassociés contribuent aux pertes. Il convient ainsi de tenir compte, pour déterminer si une convention est lésive, non seulement de son objet, entendu comme l'opération juridique qu'elle réalise, mais également du but auquel tend cette convention<sup>62</sup>.

**111.** Les dispositions des articles 1855 ancien et 1844-1 du Code civil prohibent également les clauses qui ont pour effet de priver un associé de dividendes, ou de l'exonérer de participation aux pertes.

Les rédacteurs du Code ont considéré que les clauses dites lésives devaient être annulées dans la mesure où le fondement de l'engagement des associés était la recherche de l'intérêt commun. Il ne peut y avoir, selon eux, de consentement valablement donné à une société conclue dans l'intérêt d'un seul<sup>63</sup>. Or ces motifs incitent à admettre, comme critère permettant de distinguer les clauses prohibées des clauses licites, le but des conventions mais également leur effet<sup>64</sup>. Certes, la référence au consentement des associés semble justifier que ne soient prohibées que les clauses portant effectivement atteinte à l'intégrité de ce consentement. Le seul effet d'une convention n'établissant pas nécessairement que les parties ont voulu ou connu cet effet, une recherche de l'intention des parties serait justifiée. Mais cette recherche ne saurait conduire à limiter la prohibition aux conventions dont le but est lésif. Une convention dont l'effet est lésif interdit également la formation de l'accord des associés dès lors qu'ils ont conscience que la clause litigieuse les privera des bénéfices ou les exonèrera des pertes. Alors même que la suppression du droit aux bénéfices ou de l'obligation aux pertes ne constituent pas le but de la convention, la conscience de cet effet vicie le consentement des parties dans la mesure où elle remet en cause les principes qui fondent la société. La seule recherche d'intention envisageable serait alors celle de la

---

cette espèce, que la convention était nulle à raison de son objet. Mais il résulte des termes de l'arrêt que l'objet même de la stipulation litigieuse était d'exonérer l'un des associés des pertes.

<sup>61</sup> RANDOUX (D.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.587.

<sup>62</sup> RANDOUX (D.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.587.

<sup>63</sup> *Supra* n° 100s.

<sup>64</sup> LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 29, n° 4.



conscience que les associés ont des effets de la convention. Mais les rédacteurs du Code civil ont, précisément, considéré qu'il ne pouvait y avoir de consentement valablement donné à une société conclue dans l'intérêt d'un seul<sup>65</sup>. Ils ont ainsi précisément exclu cette recherche d'intention, en décidant que toute clause léonine interdisait que le consentement des parties ait été valablement donné.

**112.** Appliquant ces principes, la Cour de cassation a jugé qu'étaient nulles des conventions à raison de leur effet léonin. Elle a, par exemple, annulé l'arrêt d'appel qui avait admis la validité d'une convention alors que celle-ci devait avoir pour « *conséquence* » d'exonérer l'un des associés des pertes<sup>66</sup>. La chambre commerciale a par ailleurs, dans un arrêt récent, rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait annulé une convention en raison de son effet léonin. Aux termes de cet acte, l'un des associés d'une société en nom collectif abandonnait tous les bénéfices moyennant une redevance forfaitaire mensuelle indépendante des résultats de la société<sup>67</sup>. La Cour de cassation approuva la cour d'appel qui avait retenu qu'une telle « *délégation forfaitaire de bénéfices* » « *avait pour effet d'assurer à son bénéficiaire la certitude d'un profit quand bien même la société générerait des pertes qui seraient à la charge de l'autre associé* ». Tout en écartant l'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil aux promesses d'achat ou de vente de droits sociaux<sup>68</sup>, la chambre commerciale applique, aux autres conventions, les principes classiques régissant la prohibition des clauses léonines.

**113.** Le caractère léonin d'une clause fait ainsi, parfois, l'objet d'une appréciation objective : il n'est pas systématiquement nécessaire de rechercher si le but ou l'objet de la clause était de supprimer la vocation aux résultats d'un associé, c'est-à-dire si les contractants avaient effectivement l'intention de priver l'un d'eux des bénéfices, ou de l'exonérer des pertes. L'effet léonin conduit à présumer l'intention des associés de contrevenir aux dispositions des articles 1855 ancien et 1844-1 du Code civil.

Cet effet doit toutefois être apprécié lors de la conclusion du contrat, et non au cours de son exécution.

---

<sup>65</sup> Supra n° 100.

<sup>66</sup> Civ., 11 juil. 1894, *D.P.* 1894.1.531.

<sup>67</sup> Com., 18 oct. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 300, p. 243, *Bull. Joly* 1995, § 40, p. 157, obs. LE CANNU (P.), *Rev. soc.* 1995.44, obs. DIDIER (P.), *RTD com.* 1995.789, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.).

<sup>68</sup> Supra chapitre 1, spéc. n° 69s.

## 2 – La licéité des clauses laissant subsister un espoir de participation aux résultats

**114.** Les associés s'engagent en vue de partager les bénéfices<sup>69</sup>. Conscients de ce que l'exploitation sociale peut s'avérer déficitaire, ils s'engagent également pour que chacun contribue le cas échéant aux pertes.

**115.** Le partage des bénéfices et la contribution aux pertes constituent ainsi des conditions de formation du contrat de société. L'existence de ces engagements ne peut être appréciée que lors de la conclusion du contrat, et non à l'aune de ses modalités d'exécution<sup>70</sup>. Un ou plusieurs associés pourraient, sinon, refuser de partager les bénéfices réalisés, ou de participer aux pertes constatées : ce refus entraînerait la requalification du contrat de société en un contrat dont la répartition des résultats ne constitue pas un élément constitutif –contrat de travail, d'entreprise...-, de telle sorte que l'obligation des associés disparaîtrait. Les associés disposeraient ainsi du pouvoir de modifier unilatéralement les termes du contrat initialement conclu, en violation de l'article 1134 du Code civil<sup>71</sup>.

**116.** L'appréciation du caractère léonin d'une clause en fonction de ses conséquences réelles conduirait en outre à annuler de nombreuses clauses qui ne remettent pourtant pas en cause l'intérêt commun.

Les rédacteurs du Code civil ont admis que les associés conviennent d'une répartition qui ne serait pas exactement proportionnelle aux apports, dès lors qu'elle demeure équitable<sup>72</sup>. Ce principe semble autoriser les associés à convenir que l'un d'eux ne participera aux bénéfices ou ne contribuera aux pertes qu'au-delà d'un certain montant. L'associé dont il est convenu qu'il ne percevra des dividendes qu'au-delà d'un certain montant de bénéfices réalisés conserve un intérêt à la réussite de l'exploitation s'il est possible que ce montant soit atteint. Réciproquement, les associés qui ont exonéré un de leurs coassociés des pertes tant qu'elles demeurent inférieures à une certaine somme conservent un intérêt à la participation du co-associé bénéficiaire de la « franchise », pour le cas où le montant des pertes dépasserait la limite retenue.

---

<sup>69</sup> Supra n° 101.

<sup>70</sup> La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de préciser que « *les conditions de validité d'une société doivent s'apprécier lors de sa constitution* » (Com., 12 octobre 1993, *Bull. civ.* IV, n° 330, p. 237).

<sup>71</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 3<sup>ème</sup> éd. 2001, n° 118, p. 144.

<sup>72</sup> Supra n° 101.

Une telle stipulation ne semble donc pas contraire à l'esprit de la prohibition, la vocation aux bénéfices ou aux pertes subsistant réellement<sup>73</sup>. Dans l'hypothèse où le montant des bénéfices ou des pertes n'atteint pas la limite convenue, elle peut toutefois avoir pour effet concret de priver un associé de sa part des bénéfices ou de l'exonérer de contribution aux pertes. La prise en compte, pour décider du caractère léonin d'une clause, de son effet concret conduirait alors à annuler des clauses qui ne semblent manifestement pas contraires à l'esprit de la prohibition.

**117.** Appliquant ces principes, la Cour de cassation juge que doivent être annulées les conventions –autres que les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux- qui ont pour effet de supprimer le germe ou l'espoir de la vocation, en application de l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil<sup>74</sup>.

Sont ainsi prohibées les clauses qui exonèrent un associé de toute contribution aux pertes, et font en conséquence exclusivement peser ces pertes sur son ou ses coassociés<sup>75</sup>.

Sont de même prohibées les clauses privant un associé de tout espoir de participer aux bénéfices de la société<sup>76</sup>. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de décider qu'était nul un contrat de société dans lequel l'un des associés n'était appelé à percevoir, pendant la durée de la société, aucun dividende, ni aucune part du boni de liquidation, avait droit au remboursement de son apport par ses coassociés, et était par ailleurs rémunéré par un intérêt fixe<sup>77</sup>. Une telle rémunération ne constituant pas un bénéfice, c'est-à-dire « *un gain pécuniaire ou un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés* »<sup>78</sup>, les termes du contrat interdisaient à l'associé de concevoir quelque espoir de partager les bénéfices de la

<sup>73</sup> MAUBERT (M.), thèse préc., n° 52, p. 54. et n° 123, p. 154.

<sup>74</sup> MAUBERT (M.), thèse préc., n° 29, p. 34 et n° 103, p. 124.

<sup>75</sup> Req., 18 nov. 1895, *D.P.* 1896.1.34 ; V. également Req., 9 juil. 1885, *D.P.* 1886.1.301, S. 1888.1.477, précité ; Civ., 9 juin 1890, *D.P.* 1890.1.409, précité.

<sup>76</sup> Le texte de l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil (en ceci distinct de l'ancien article 1855) qualifie de léonine la clause attribuant la totalité des profits à un associé ou celle excluant un associé totalement du profit. Cette apparente dualité vise en fait globalement le cas où l'un ou plusieurs des associés confisquent les bénéfices à leur profit, et au détriment des autres. De telles clauses sont, dans la pratique, assez rares, probablement en raison d'une certaine prudence des praticiens, qui préfèrent, lorsqu'ils souhaitent priver un associé de sa part des bénéfices, stipuler une clause qui ne produit qu'indirectement cet effet (LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc. n° 6, p. 3). En outre, dans les hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation a eu à connaître de la question de la participation d'un associé aux bénéfices, la question posée était le plus souvent celle de l'existence d'une société, qui implique la réunion de ses éléments constitutifs et notamment la participation aux bénéfices de chaque associé (V. par exemple Civ., 16 juin 1863, *D.P.* 1863.1.295 ; Com., 8 juin 1953, *JCP* 1953.II.788).

<sup>77</sup> Civ., 2 mars 1931, *D. H.* 1931.285.

<sup>78</sup> On peut s'étonner que la Cour de cassation ait considéré que l'intérêt n'ajoutait pas à la fortune de l'associé. Quoiqu'il ne constitue que le prix de l'argent, son versement augmentait cependant le patrimoine de cet associé. Mais il demeure que ce gain ne pouvait constituer une part de bénéfice, étant totalement indépendant des résultats de la société.

société. Aussi la convention litigieuse était-elle nulle, ou tout au moins ne valait pas comme contrat de société.

**118.** La Cour de cassation juge en revanche licites les clauses laissant subsister un espoir de gains ou un risque de pertes<sup>79</sup>.

Elle a ainsi décidé que la nullité de la stipulation qui affranchirait un associé de toute contribution aux pertes ne saurait être encourue lorsque l'apport de l'associé reste, au moment de la conclusion de la convention, réellement exposé aux pertes<sup>80</sup>.

Elle a, plus précisément, eu l'occasion de juger qu'étaient licites les clauses qui ne faisaient que réduire le montant de la vocation aux résultats, par rapport à la répartition normale, c'est-à-dire proportionnelle aux apports<sup>81</sup>. Les associés continuent en effet à encourir réellement les risques de pertes et les chances de gains. La vocation est limitée mais subsiste. Les associés peuvent ainsi convenir d'une répartition inégale des bénéfices et des pertes, c'est-à-dire d'un partage égal des bénéfices et des pertes malgré des apports inégaux ou d'un partage inégal malgré des apports égaux<sup>82</sup>. Ils peuvent également, limiter, dans leurs rapports<sup>83</sup>, la participation aux résultats, et notamment aux pertes, de certains d'entre eux.<sup>84</sup>

La Cour de cassation admet, par ailleurs, la licéité des clauses qui soumettent la participation aux bénéfices ou la contribution aux pertes à une condition<sup>85</sup>. Il faut, pour qu'une telle clause soit valable, que le principe de la vocation ait été reconnu à un moment quelconque à

<sup>79</sup> MAUBERT (M.), thèse préc., n° 29, p. 34 et n° 103, p. 124 ; LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 9, p. 4 et n° 60, p. 13.

<sup>80</sup> Req., 9 juil. 1885, *D.P.* 1886.1.301, *S.* 1888.1.477.

<sup>81</sup> L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1844-1 du Code civil dispose : « *La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire* ». Il reprend en substance les dispositions de l'ancien article 1853 du Code civil.

<sup>82</sup> Civ., 27 mars 1861, *S.* 1861.1.315 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, § 330, p. 1029, note LE CANNU (P.) ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, § 343, p. 1052, note LE CANNU (P.).

<sup>83</sup> De telles clauses ne joueront qu'entre les associés et non vis à vis des tiers (Civ., 9 mai 1865, *S.* 1865.1.348 ; Req., 25 juin 1902, *D.* 1902.1.395).

<sup>84</sup> La Cour de cassation a ainsi admis que les associés de sociétés à risques illimités, en principe tenus de supporter les pertes de la société sur leur patrimoine personnel, limitent la participation aux pertes de l'un ou de plusieurs d'entre eux à leurs apports (Req., 5 déc. 1887, *S.* 1890.1.467). Cet arrêt décide qu'une partie qui fournit à deux entrepreneurs chargés d'un travail un capital déterminé productif d'intérêts, peut consentir en même temps sur les intérêts à échoir l'abandon d'une certaine somme, spécialement de 10000 francs, moyennant l'attribution qui lui est faite du tiers des bénéfices de l'entreprise. La somme de 10000 francs constitue un apport soumis aux risques que subit la société. Il est donc satisfait aux prescriptions de l'article 1855. La Cour de cassation admet par ailleurs que la contribution aux pertes soit limitée à une portion des apports des associés (Req., 25 juin 1902, *D.* 1902.1.395 ; v. également, implicitement Civ., 9 mai 1865, *S.* 1865.1.348)

<sup>85</sup> LYON-CAEN (C.) ET RENAULT (L.), *op. cit.*, n° 44, p. 46 ; HAMEL (J.) ET LAGARDE (G.), *op. cit.*, n° 403, p. 487 ; RIPERT (G.) ET ROBLOT (R.), *op. cit.*, n° 1056-45, p. 31 ; SYLVESTRE (S.), Validité de la promesse de rachat consentie par la société émettrice au souscripteur des titres qu'elle a émis, *Bull. Joly* 2004, § 28, p. 179, spéc. p. 181. V. pour une garantie donnée par des coassociés, mais ne jouant que dans certaines hypothèses déterminées Req., 25 juin 1931, *Rev. soc.* 1931.285.

l'associé, même de manière conditionnelle, et même si, dans les faits, l'associé n'a perçu aucun bénéfice ou contribué à aucune perte<sup>86</sup>. Pratiquement, la vocation n'existe que si la condition se réalise. En revanche, elle disparaît en cas de non réalisation de la condition. La participation aux résultats semble ainsi pouvoir être subordonnée à la réalisation d'un minimum de bénéfices<sup>87</sup>, ou, réciproquement, supprimée au delà d'un certain montant de dépenses, à titre de peine<sup>88</sup>. Les associés peuvent par ailleurs céder, quel que soit le résultat de la société, leur part dans les bénéfices futurs de la société, en échange d'une rémunération forfaitaire, s'ils restent soumis aux chances de gains et aux risques de pertes. Ainsi, le commanditaire, qui cède aux commandités sa part dans les bénéfices, contre une somme forfaitaire, et garde ses droits sur le fonds social, reste soumis aux aléas sociaux. Le versement du forfait est en effet conditionné, aux termes de la convention, par l'existence de la société. Ainsi, si la société est liquidée précocement, des pertes apparaissant, le commanditaire perdra la partie de sa mise non encore remboursée par le forfait annuel. Quant à la vocation aux bénéfices, elle découle des droits conservés sur le fonds social, l'associé en ayant d'ailleurs reçu sa part lors de la liquidation. Une cour d'appel pouvait donc refuser d'annuler une telle clause, dans la mesure où elle n'avait pas pour effet de garantir son bénéficiaire contre tout risque de perte<sup>89</sup>.

**119.** Il apparaît, finalement, que l'effet des conventions litigieuses, qui constitue, autant que leur but, une cause de nullité, doit être appréciée lors de la conclusion du contrat litigieux. Les dispositions des articles 1855 ancien et 1844-1 du Code civil n'annulent pas toutes les clauses qui ont eu pour effet concret d'exonérer un associé des pertes, ou de le priver des bénéfices, mais uniquement les stipulations qui, au moment de leur conclusion, ont pour objet

---

<sup>86</sup> Guillouard écrivait ainsi qu'il n'est pas indispensable, « pour la validité du contrat de société, que chacune des parties contractantes doive avoir, en quelque cas que ce soit, une part dans le profit de la société. Il suffit qu'elle puisse y espérer d'avoir part » (GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de société*, op. cit., n° 73, p. 114).

<sup>87</sup> MAUBERT (M.), thèse préc., n° 52, p. 54. et n° 123, p. 154.

<sup>88</sup> Req., 16 nov. 1858., D.1859.1.39, qui décide qu'est licite la clause par laquelle un des associés « s'était obligé à ne pas dépasser cette dernière somme dans des dépenses que seul il dirigeait et avait consenti, pour le cas où il la dépasserait, à la diminution de sa part dans les bénéfices suivant une proportion qui pourrait réduire cette part à rien ».

<sup>89</sup> Req., 9 juil. 1885, D.P. 1886.1.301, S. 1888.1.477. Le commanditaire participe donc aux pertes si la part qui lui revient dépasse la somme qui lui a été versée à titre de redevance forfaitaire (cette participation consiste donc en la partie de l'apport initial absorbé, duquel on déduit les sommes remboursées par le forfait). La validité des clauses prévoyant que sera versé à certains associés un intérêt fixe, prélevé à titre de charge sociale, peut procéder du même raisonnement (aucun des arrêts abordant ce problème ne mentionne en effet l'article 1855 du Code civil). La vocation aux bénéfices demeure dans la mesure où les associés conservent leur droit aux dividendes et au boni de liquidation. Quant à la contribution aux pertes, elle est soumise à la condition d'un montant minimum de pertes, en deçà duquel cette contribution est compensée par les sommes versées à titre d'intérêt. V. Civ., 8 mai 1867, S. 1867.1.253; Civ., 8 mars 1881 (deux arrêts), S. 1881.1.257, note critique DEMANGEAT (C.); Civ., 5 mai 1915, S. 1915.1.65.

ou pour effet de supprimer tout espoir de participer aux bénéfices ou tout risque de contribuer aux pertes éventuelles.

Encore la portée de ces principes doit-elle être limitée aux conventions conclues entre associés.

**B – La portée matérielle de la prohibition : la nullité des clauses exonérant un associé des pertes ou le privant des bénéfices dans les rapports entre associés**

**120.** Il résulte de la *ratio legis* des articles 1855 ancien et 1844-1 du Code civil que ces dispositions s'appliquent aux rapports entre associés (1), entraînant, selon l'importance de la clause, la nullité de la seule clause ou de la convention entière (2).

1 - L'application de la prohibition aux rapports entre associés

**121.** La prohibition ne s'applique qu'aux rapports entre associés (a), mais elle s'applique à tous ces rapports (b).

*a) La limitation aux rapports entre associés*

**122.** La prohibition étant fondée sur l'idée que les associés ne peuvent consentir à un contrat dont l'intérêt commun ne serait pas la base, c'est-à-dire où tous ne participeraient pas aux bénéfices et ne contribueraient pas aux pertes, seules doivent être prohibées effectivement les conventions ou stipulations susceptibles de vicier ce consentement. Rien ne justifie d'étendre la portée de la prohibition à des conventions qui demeurent totalement extérieures au pacte social, fussent-elles conclues entre associés. Si la question du champ des rapports sociaux peut se poser, il est, *a minima*, possible d'en exclure les contrats ne présentant aucun rapport direct avec la société<sup>90</sup>.

**123.** La prohibition ne peut ainsi, en premier lieu, s'appliquer qu'aux conventions conclues entre associés, à l'exclusion de celles conclues par un associé avec un tiers à la société, et qui l'exonéreraient des pertes ou le priveraient des bénéfices<sup>91</sup>. Il est nécessaire, pour justifier cette solution, d'opérer une distinction entre la participation aux bénéfices et la contribution

---

<sup>90</sup> Tel devrait être par exemple le cas d'un contrat de vente autre que de parts sociales ou d'un contrat d'entreprise, en exécution desquels l'un des associés réaliserait un gain largement supérieur à ce qu'il encourt comme risque de perte dans la société. Bien qu'un tel contrat ait pour effet de garantir l'un des coassociés des risques de pertes, rien ne justifierait, sauf fraude, de l'annuler comme exonérant un associé de tout risque de perte.

<sup>91</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 237, p. 122.

aux pertes.

La recherche de l'intérêt commun ne semble pas prohiber la convention par laquelle un associé se ferait garantir des pertes par un tiers. Dans ce domaine en effet, la communauté d'intérêt ne résulte pas, on l'a dit, de ce que chacun assume une part des pertes, mais de ce que les pertes sont partagées entre tous : l'intérêt réside dans la répartition avec les autres associés, non dans la part que l'on assume soi-même. Dès lors que cette répartition a lieu, c'est-à-dire que chaque associé n'assume pas une part des pertes supérieure à ce qu'elle devrait être, il importe peu que certains soient garantis par des tiers des sommes ainsi mises dans le fond social. Le consentement des associés n'est pas vicié par cette garantie : les coassociés du bénéficiaire de la garantie partagent effectivement les risques et les pertes sociales si l'exploitation s'avère déficitaire. Et le bénéficiaire demeure intéressé à la gestion sociale dans la mesure où il continue à percevoir des bénéfices<sup>92</sup>. L'intérêt commun est préservé, dans la mesure où l'associé garanti assume, vis-à-vis de ses coassociés, ses obligations<sup>93</sup>. La doctrine est ainsi unanime pour valider la convention par laquelle un associé se ferait garantir par un tiers<sup>94</sup>.

L'existence de l'intérêt commun est davantage remise en cause par le contrat en exécution duquel un associé reverserait à un tiers la part des bénéfices qu'il perçoit dans la société. L'associé qui reverse ses dividendes est moins intéressé à la vie sociale. Il contracte en sachant qu'il ne percevra pas effectivement sa part des bénéfices. De ce point de vue, la société n'est pas constituée dans l'intérêt commun des associés. Mais, d'une part, cette rétrocession des bénéfices a le plus souvent une contrepartie, dont l'importance varie en fonction du montant des bénéfices reversés ou espérés. Aussi l'associé conserve-t-il, dans cette hypothèse, un intérêt au succès de l'entreprise sociale. D'autre part, il paraît difficile

<sup>92</sup> L'associé garanti conserve en outre le plus souvent un intérêt à la répartition des pertes, dès lors que la garantie consentie constitue une contrepartie. Plus la portée de la garantie est limitée, par exemple du fait de la répartition des pertes entre associés, plus l'obligation imposée au bénéficiaire par le garant en contrepartie de la garantie sera elle-même limitée.

<sup>93</sup> On peut toutefois se demander si cet associé manifeste réellement de l'*affectio societatis*, dans la mesure où il ne court aucun risque réel.

<sup>94</sup> GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de société*, op. cit., n° 245, p. 313; LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), op. cit., n° 46, p. 48; HOUPIN (C.), et BOSVIEUX (H.), *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, t. 1, Sirey, 6<sup>ème</sup> éd., 1927, n° 203, p. 228; PIC (P.), op. cit., n° 50, p. 54; MAUBERT (M.), thèse préc., n° 128, p. 160; TERRE (F.) et VIANDIER (A.), *fasc. préc.*, n° 70. La question s'est posée de savoir si le contrat de société peut prévoir que l'un des associés paiera les primes d'une police d'assurance destinée à garantir son coassocié contre tout risque de perte. Dès lors que l'associé est assuré de ne pas participer aux pertes, et que le coût de cette garantie pèse sur ses coassociés, l'exploitation n'a pas lieu dans l'intérêt commun des associés. Les associés qui payent les primes assumeront non seulement la part des pertes qui leur est propre, mais également indirectement celle qui aurait dû revenir à leur coassocié. La Cour de cassation a cependant admis la validité d'une telle stipulation (Civ., 9 juin 1890, D.1890.1.409, note PLANIOL (M.), S. 1890.1.305, note T. C). V. sur cet arrêt infra n° 794.

d'étendre à d'autres personnes qu'aux associés l'exigence de communauté d'intérêt qui préside aux rapports de ceux-ci. Interdire à des tiers de contracter avec des associés d'une société des engagements qui remettraient en cause la communauté d'intérêt qui existe entre associés revient à soumettre ces tiers aux sujétions imposées aux membres de la société, dont ils ne font pourtant pas partie. L'usage que chaque associé fait de la part des bénéfices qu'il percevra ne peut être pris en compte pour apprécier la validité de la société. Dès lors que tous perçoivent une part des bénéfices, l'intérêt commun subsiste.

**124.** Il résulte, en second lieu, du lien entre participation aux résultats et contrat de société que la prohibition ne doit s'appliquer qu'autant que les parties au contrat de société demeurent unies par ce lien<sup>95</sup>. Tant qu'il perdure, les parties ne peuvent convenir de stipulations remettant en cause l'intérêt commun. Mais cette communauté d'intérêt ne saurait survivre au contrat de société, et obliger les anciens contractants alors même que la société aurait pris fin. La disparition de l'intérêt commun autorise la résurgence de la volonté de satisfaire un intérêt plus immédiat qui préside habituellement aux rapports entre les parties à un contrat synallagmatique. En d'autres termes, les anciennes parties au contrat de société, n'étant plus tenues de partager, peuvent convenir d'une convention privant l'une d'elles des bénéfices ou l'exonérant des pertes.

La Cour de cassation, assimilant associé et partie au contrat de société, admet ainsi la validité de conventions de liquidation, conclues après la dissolution de la société, et qui privent un associé des bénéfices accumulés, ou l'exonèrent des pertes. Dans la mesure où la dissolution, qui précède la liquidation, a mis fin au contrat de société, les règles applicables à celui-ci n'ont plus lieu de s'appliquer. La nullité prévue à l'article 1855 du Code civil ne vise « *que le contrat de société et ne peut être étendue à une convention de liquidation intervenue après dissolution de la société et non conforme aux prévisions du pacte social* »<sup>96</sup>. L'intérêt commun, qui implique le partage des bénéfices et des pertes, s'éteint lors de la dissolution de

<sup>95</sup> Il n'est pas ici question de démontrer que les associés qui ne seraient pas parties au contrat de société ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil. Sans se prononcer à ce stade sur la qualité de partie au contrat de société de tous les associés, le présent paragraphe a pour objet de démontrer que ceux qui y sont parties ne sont plus soumis à la prohibition des clauses léonines dès lors que le contrat disparaît du fait de la dissolution de la société.

<sup>96</sup> Com., 12 nov. 1962, *Bull. civ.* III, n° 442, p. 365. Il nous semble que la Cour de cassation vise, à travers « *le contrat de société* », le *negotium*, et non l'*instrumentum*. Il était admis depuis longtemps, en 1962, que la clause léonine devait être annulée quel que soit son emplacement (Req., 16 janv. 1867, *S.* 1897.1.173 ; Req., 14 juin 1882, *D.*1884.1.222, *S.* 1882.1.423 ; Req., 9 avr. 1941, *D.*1941.275 ; Com., 22 mars 1955, *Bull. civ.* III, n° 104, p. 83). Considérer que l'article 1855 du Code civil ne vise que les dispositions statutaires reviendrait en effet à priver la prohibition de toute portée (PRIETO (C.), art. préc., n° 5, p. 446 ; MESTRE (J.), note sous Com., 20 mai 1986, *RTD civ.* 1987.744).



la société<sup>97</sup>. Est en conséquence licite la convention intervenue lors de la liquidation de la société, qui prive l'un des associés des bénéfices accumulés<sup>98</sup>. Les associés ont conservé, tant que la société a existé, l'espoir de réaliser un bénéfice. L'objectif de la prohibition - l'existence d'un espoir de bénéfice - est donc atteint.

La Cour de cassation a réciproquement admis la licéité de conventions qui avaient pour objet de rembourser à un associé, lors de la liquidation de la société, sa contribution aux pertes. Elle a jugé qu'une convention par laquelle un associé s'engageait à rembourser à son coassocié le montant de sa contribution aux dettes de la société ne portait pas sur la garantie contre le risque de pertes éventuelles interdite par l'article 1855 du Code civil, mais portait sur le règlement de pertes consommées, et devait, par suite, être déclarée valable<sup>99</sup>. La convention n'était pas contraire à l'esprit de la prohibition des clauses léonines en matière de pertes dans la mesure où elle a laissé courir, pendant la durée de la société, le risque commun à tous les associés<sup>100</sup>.

Les principes qui fondent la prohibition commandent, en revanche, d'appliquer les dispositions dont résulte la prohibition à tous les rapports entre associés.

*b) L'application à tous les rapports entre associés*

**125.** Ainsi que l'a relevé Monsieur Mestre, la logique de la prohibition paraît militer en faveur de sa généralité<sup>101</sup>. Dès lors que l'on admet le principe de la participation aux bénéfices et aux pertes de tous les associés, aucune distinction ne saurait être opérée au sein des conventions conclues entre associés qui entrent dans le champ d'application substantiel de la prohibition. La volonté de poursuivre l'intérêt commun qui anime les associés exclut, selon les rédacteurs du Code civil, qu'ils consentent à une convention exonérant l'un d'eux des pertes ou le privant des bénéfices. Peu importent alors les moyens ou les conditions de cette

---

<sup>97</sup> La convention de liquidation est valable parce qu'elle intervient postérieurement à la dissolution, c'est à dire après que le contrat de société a pris fin. En effet, si, conformément à l'article 1844-8, alinéa 3, du Code civil, « la personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci », cette subsistance n'est qu'un sursis, dont l'objet est limité COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 463, p. 217). Les éléments caractéristiques du contrat de société, notamment l'intention d'être associé et l'espoir de réaliser des bénéfices, ont disparu lors la dissolution. La décision de dissolution cristallise la situation de la société au jour de cette décision. Les associés ont agi, durant la vie sociale, conformément à l'esprit du contrat de société : ils supportaient les chances de gain (et les risques de pertes). Une fois la dissolution décidée, le contrat n'a plus de raison d'exister. Les règles édictées par l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil ne doivent donc plus trouver à s'appliquer.

<sup>98</sup> Com., 12 nov. 1962, *Bull. civ.* III, n° 442 p.365, préc..

<sup>99</sup> Req., 23 mai 1900, *D.*1901.1.101, *S.* 1900.1.488.

<sup>100</sup> HAMEL (J.) et LAGARDE (G.), *op. cit.*, n° 405, p. 490.

<sup>101</sup> MESTRE (J.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *RTD civ.* 1986.744, préc..

exonération ou de cette absence de participation : la clause est considérée comme contrevenant à l'esprit de la prohibition dans la mesure où elle a pour résultat ou tend à avoir pour résultat d'exclure un associé de la répartition des résultats sociaux. La société, à la répartition des bénéfices de laquelle l'un des associés ne participe pas, n'est ainsi plus constituée dans l'intérêt commun, entendu financièrement, de l'ensemble des associés. Similairement, toute convention garantissant l'un des associés contre tout risque de perte – mais lui permettant de percevoir des bénéfices<sup>102</sup> – rompt l'équilibre entre participation aux bénéfices et contribution aux pertes, qui implique que tous les associés qui participent aux bénéfices contribuent également aux pertes.

Les termes de l'article 1855 ancien du Code civil comme ceux de l'article 1844-1 du même code prohibent ainsi, de manière générale et sans autre restriction, « la convention » ou la « stipulation » léonine<sup>103</sup>. Sont dès lors prohibées toutes les conventions conclues entre associés ayant pour effet ou pour objet de priver un associé des bénéfices ou de l'exonérer des pertes, sans qu'il soit possible d'opérer des distinctions fondées sur les caractéristiques de la convention. Doit par ailleurs être rejetée la distinction entre associé et investisseur qu'a adopté la Cour de cassation dans ses derniers arrêts rendus en la matière.

*α) Le rejet des distinctions fondées sur les caractéristiques de la convention*

**126.** Une convention prohibée, à raison de son effet ou de son but, ne saurait, en premier lieu, échapper à la sanction prévue par l'article 1844-1 du Code civil au motif qu'elle n'est pas insérée dans les statuts de la société, mais dans un acte extra-statutaire.

Les rapports sociaux sont régis, d'abord, par les stipulations du pacte social en tant qu'instrumentum. Aussi les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil s'appliquent-elles, essentiellement, aux clauses statutaires<sup>104</sup>.

Mais la convention extra-statutaire qui prive un associé des bénéfices ou l'exonère des pertes ne contrevient pas moins à l'esprit de la prohibition qu'une convention identique insérée dans les statuts<sup>105</sup>. L'intérêt commun ne peut constituer la base d'une société dans laquelle certains

---

<sup>102</sup> Dans l'hypothèse inverse, la clause est prohibée dans la mesure où elle prive l'un des associés des bénéfices.

<sup>103</sup> LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, *JCP E* 2000.I.168, spéc. p. 169 ; v. également LE CANNU (P), note sous 24 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, § 214, p. 797, admettant que la distinction entre les rapports sociaux et les autres rapports ne respecte pas la lettre de l'article 1844-1 du Code civil (tout en considérant qu'elle en respecte l'esprit).

<sup>104</sup> Req., 16 janv. 1867, S. 1897.1.173, préc. ; Req., 18 mai 1896, *D.P.* 1897.1.249, préc..

<sup>105</sup> ALFANDARI (E.) ET JEANTIN (M.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juil. 1986, *RTD com.* 1987.70, n° 1 ; STORCK (J.-P.), La validité des conventions extra-statutaires, *D.* 1989 chr. 267.

associés seraient privés des bénéfices, au détriment des autres associés, fût-ce en exécution d'une clause extérieure aux statuts : l'associé privé des bénéfices n'est pas intéressé à la gestion sociale. Son consentement est vicié par une telle clause, quelle que soit sa localisation. De même, l'intérêt commun ne constituerait plus la base de la société si les associés convenaient, par ailleurs, que certains d'eux ne participeront pas aux pertes. En outre, l'admission de la validité des clauses exonérant un associé des pertes ou le privant des bénéfices, dès lors qu'elles seraient insérées dans un acte distinct des statuts, permettrait d'éviter trop facilement les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil<sup>106</sup> et priverait par conséquent ces dispositions de toute portée<sup>107</sup>. Aussi la localisation de la clause est-elle indifférente<sup>108</sup>. La Cour de cassation a ainsi jugé à de nombreuses reprises que devaient être annulées des conventions léonines, alors même qu'elles n'étaient pas insérées dans les statuts de la société<sup>109</sup>.

**127.** Une clause léonine<sup>110</sup> ne saurait en deuxième lieu échapper à la nullité au motif qu'elle n'a pas été conclue concomitamment au pacte social.

Une clause conclue avant la constitution de la société ne saurait échapper à la nullité du seul fait de son antériorité, et ce d'autant plus qu'elle apparaît comme un élément déterminant de la participation de certains associés à la société<sup>111</sup>. La convention vicie en effet le consentement des associés à la société dans la mesure où ils s'engagent en considération de l'accord initial.

Mais elle ne saurait davantage échapper à la nullité parce qu'elle a été conclue après la constitution de la société<sup>112</sup>. Dans ce cas, le consentement donné n'a pas été vicié par une clause prohibée. Mais la convention ou la stipulation exonérant ultérieurement un associé des pertes ou le privant des bénéfices n'en est pas moins contraire à l'intérêt commun. Or rien dans les travaux préparatoires, ni dans les termes des articles 1855 ancien et 1844-1 du Code civil, ne permet de limiter la portée de la prohibition aux seules clauses remettant en cause la

---

<sup>106</sup> GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de société*, op. cit., n° 244, p. 312.

<sup>107</sup> PRIETO (C.), art. préc., n° 5, p. 446; MESTRE (J.), note sous Com., 20 mai 1986, *RTD civ.* 1987.744 ; v. également les auteurs cités supra n° 69 note n° 40.

<sup>108</sup> LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 13, p. 4.

<sup>109</sup> V. notamment Com., 18 oct. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 300, p. 243, qui est d'autant plus significatif qu'il est rendu par la chambre commerciale, alors que celle-ci adopte une interprétation restrictive des dispositions de l'article 1844-1 C. civ. en limitant le champ d'application de la prohibition aux clauses ayant un effet sur la répartition des bénéfices et des pertes dans les rapports sociaux (sur cette jurisprudence V. supra chapitre 1) ; V. également par exemple Civ., 11 juil. 1894, *D.* 1894.1.531 ; Req., 16 janv. 1867, *S.* 1867.1.173.

<sup>110</sup> C'est-à-dire remplissant par ailleurs toutes les conditions justifiant son annulation.

<sup>111</sup> En ce sens LE CANNU (P.), obs. sous CA Paris, 14 déc. 1993, § 44, p. 185.

<sup>112</sup> LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 14, p. 4.

répartition des résultats au seul stade de la constitution de la société. Au contraire, le principe suivant lequel l'équité et la bonne foi interdisent de convenir d'une clause contraire à l'intérêt commun commande d'appliquer la prohibition aussi longtemps que persiste cet intérêt. La solution contraire conduirait sinon à admettre que des associés, dont les rapports à qualité sont soumis à cette exigence de partage, conviennent de clauses qui y sont contraires. Aussi la Cour de cassation applique-t-elle les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil à des conventions conclues postérieurement au contrat de société<sup>113</sup>.

**128.** Les fondements de la prohibition commandent, en troisième lieu, d'appliquer la prohibition à des conventions privant un associé des bénéfices et qui ne seraient pas conclues entre tous les associés, mais uniquement entre quelques-uns<sup>114</sup>. Dans les rapports avec les associés qui ne sont pas parties à la convention litigieuse, celle-ci est indifférente : la participation aux bénéfices des associés ayant conclu un accord léonin demeure globalement identique. En revanche, tel n'est pas le cas dans les rapports entre les parties à la convention léonine. L'associé privé des bénéfices, fût-ce au bénéfice d'un seul de ses coassociés, n'a plus d'intérêt à la réalisation de l'objectif commun.

De même, une convention garantissant des pertes l'un des coassociés, mais ne remettant pas en cause son droit aux bénéfices, serait léonine dans la mesure où l'associé garant se verrait contraint d'assumer les pertes d'un associé qui conserve pourtant son droit aux bénéfices. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'était nulle la garantie consentie, non par l'ensemble des associés, mais seulement par quelques uns, dans un acte distinct de l'acte de société : « *les termes de l'article 1855 c. civ. [sont] généraux, et ne [permettent] pas de distinguer si la stipulation de garantie oblige la société ou seulement quelques uns de ces membres* »<sup>115</sup>. Elle a en conséquence censuré l'arrêt ayant décidé que la clause litigieuse n'était pas léonine dans la mesure où elle ne « *modifiait pas les stipulations du pacte social* ». La solution semble être justifiée par l'idée que l'équilibre entre participation aux bénéfices et contribution aux pertes qui fonde l'extension de la prohibition aux clauses relatives aux pertes<sup>116</sup>, serait alors rompu.

<sup>113</sup> V. notamment Civ., 11 juil. 1894, D.1894.1.531, préc. ; Com., 18 oct. 1994, Bull. civ. IV, n° 300, p. 243, préc.

<sup>114</sup> LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 10, p. 4.

<sup>115</sup> Civ., 11 juil. 1894, D.1894.1.531. Un arrêt récent revient partiellement sur cette solution, distinguant la créance de remboursement à la charge de la société de celle à la charge d'un associé (Com., 29 oct. 1990, Bull. Joly 1990.1052 préc.). La première reste prohibée, la seconde est validée par l'arrêt. Mais les circonstances de l'espèce permettent de ne pas remettre en cause, pour l'instant, les solutions antérieures (supra n° 92). L'arrêt souligne en effet que l'associé qui bénéficiait de la garantie participait aux pertes à travers les charges. Peu importait donc que le gérant, coassocié, se soit par un acte extra-statutaire obligé à lui rembourser son apport.

<sup>116</sup> Supra n° 102.

Elle ne semble pas avoir été remise en cause par les arrêts récents de la chambre commerciale de la Cour de cassation retraçant la portée de la prohibition. Aucun de ces arrêts ne s'est en effet fondé, pour statuer de la sorte, sur le fait que les promesses litigieuses n'auraient été conclues qu'entre quelques associés<sup>117</sup>.

**129.** En quatrième lieu, et contrairement à ce qu'a décidé la chambre commerciale de la Cour de cassation, il ne peut être opéré de distinction entre les conventions ayant un effet sur la répartition des résultats dans les rapports sociaux, auxquelles s'appliqueraient, seules, les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil, et les conventions n'ayant une telle incidence que dans les rapports personnels des associés. La prohibition des clauses léonines ne saurait, certes, entraîner la nullité de conventions qui, quoique conclues entre associés, demeurent totalement étrangères à la société, et ont pour seul effet de procurer à l'un des associés un gain équivalent ou supérieur à la perte subie du fait de sa participation à la société<sup>118</sup>. Mais elle doit, pour le surplus, s'appliquer à toutes les conventions conclues entre associés agissant en qualité, et spécialement aux promesses d'achat ou de vente de droits sociaux.

Le seul fait qu'une convention ait pour objet la transmission des titres ne saurait ainsi suffire à la considérer comme étrangère au pacte social. Une convention conclue dans le seul but de protéger un associé contre les risques de perte porte atteinte au pacte social, alors même que son objet pourrait être considéré comme étranger à la société<sup>119</sup>. Aussi convient-il également de prendre en compte le but de la convention<sup>120</sup>, ainsi que semble l'avoir fait la Cour de cassation en précisant que la promesse était conclue à des conditions visant à assurer l'équilibre des conventions<sup>121</sup>.

La distinction entre les clauses ayant un effet dans les rapports sociaux et celles n'ayant un effet que dans les rapports personnels des associés est, en outre, critiquable alors même que l'on recherche l'intention des parties. Elle est en effet imprécise et de mise en œuvre délicate<sup>122</sup>; la notion de pacte social est floue<sup>123</sup>. Celui-ci ne semble pouvoir être entendu au sens d'*instrumentum*, sauf à permettre aux associés de contourner trop aisément la

---

<sup>117</sup> NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 81, p. 15 ; V. également les arrêts étudiés supra n° 69s.

<sup>118</sup> Supra n° 122.

<sup>119</sup> RANDOUX (D.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.590.

<sup>120</sup> *Ibid.* ; V. également ALFANDARI (E.) ET JEANTIN (M.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juil. 1986, *RTD com.* 1987.70 ; LE CANNU (P.), obs. sous Com., 10 janv. 1989, *Bull. Joly* 1989, § 81, p. 256 ; GERMAIN (M.) ET FRISON-ROCHE (M.-A.), obs. sous Com., 19 mai 1992, *Rev. dr. banc.* 1992.211.

<sup>121</sup> V. Supra n° 72.

<sup>122</sup> CLAUDEL (E.), art. préc., p. 189 ; GERMAIN (M.) ET FRISON-ROCHE (M.-A.), obs. sous Com., 19 mai 1992, *Rev. dr. banc.* 1992.211 ; V. également SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 708, p. 457, mais uniquement à propos de l'arrêt du 20 mai 1986.

<sup>123</sup> CLAUDEL (E.), *eod. loc.*

prohibition<sup>124</sup>. Ses limites, s'il est entendu au sens de *negotium*, sont difficiles à déterminer, et ce alors même qu'il engloberait les rapports qu'entretiennent les associés à raison du fonctionnement de la société inscrit dans les statuts<sup>125</sup>. Il est ainsi parfaitement possible de considérer que la promesse d'achat qui assure un associé qu'il récupèrera son investissement initial éventuellement augmenté d'un intérêt constitue une stipulation ayant une incidence sur la contribution aux pertes dans les rapports sociaux<sup>126</sup>. Ainsi que l'écrit Monsieur Lucas à propos des conventions de portage, « *l'affirmation de cette extranéité n'est qu'une pétition de principe et il est au contraire possible de soutenir que la garantie contre les pertes voulue par le porteur est au cœur du pacte social* »<sup>127</sup>. Le porteur ou l'investisseur n'acceptent en effet le plus souvent d'acquiescer les parts que parce qu'ils sont garantis contre tout risque de perte<sup>128</sup>. Il apparaît dès lors difficile d'affirmer qu'une telle convention n'a pas d'influence sur les rapports qu'entretient cet investisseur avec ses coassociés. La Cour de cassation semble d'ailleurs avoir perçu cette difficulté qui, dans son dernier arrêt rendu en la matière, abandonne la formule suivant laquelle la convention est sans influence sur la répartition des résultats dans les rapports sociaux<sup>129</sup>.

**130.** Doit encore être rejetée, en cinquième lieu, une distinction fondée sur les modalités de la suppression de la vocation aux résultats.

Il importe peu en effet que la garantie contre les pertes résulte d'une garantie directe, du versement d'une rémunération assurant un associé qu'il percevra quoiqu'il arrive des revenus supérieurs aux pertes qu'il peut encourir<sup>130</sup>, ou d'une promesse d'achat qui permet à un associé de se dégager de la société avant la liquidation à un prix indépendant des pertes. Certes, ces modalités produisent des effets différents : les deux premières -la garantie directe et le versement d'une rémunération- s'inscrivent dans le cadre des rapports entre associés ou entre la société et les associés, quand la troisième garantit l'un des associés des pertes en lui permettant de perdre cette qualité au moment où il devrait y contribuer. Mais peut-on pour

<sup>124</sup> Supra n° 126.

<sup>125</sup> Pour une telle définition : GERMAIN (M.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *JCP éd. N*, 1986.II.221 ; GERMAIN (M.) ET FRISON-ROCHE (M.-A.), obs. sous Com., 19 mai 1992, *Rev. dr. banc.* 1992.211.

<sup>126</sup> LUCAS (F.-X.), Du contrat de société au contrat d'investissement, art. préc., p. 51.

<sup>127</sup> LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines (...), art. préc., p. 169 ; LUCAS (F.-X.), Du contrat de société au contrat d'investissement, art. préc., p. 50 ; V. dans le même sens BONNEAU (T.), obs. sous Com., 12 mars 1996, *Dr. soc.*, mai 1996, comm. 94.

<sup>128</sup> La Cour de cassation l'a elle-même souligné dans ces arrêts du 16 novembre 2004 et du 27 septembre 2005 (supra n° 75s.), dans lesquels elle a relevé que les promesses d'achat étaient une condition de l'investissement.

<sup>129</sup> Supra n° 77.

<sup>130</sup> Com., 18 oct. 1994, Bull. civ. IV, n° 300, p. 243, préc., qui décide qu'est léonine une clause de « *délégation forfaitaire de bénéfice* »

autant exclure de manière systématique du champ d'application de la prohibition les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix déterminé ? Pour quelle raison pourrait-on considérer qu'une convention qui permettrait à un associé de céder ses parts à un prix égal à leur valeur nominale juste avant la liquidation contreviendrait moins aux dispositions de l'article 1844-1 que la convention qui prévoit que les apports seront remboursés en cas de liquidation <sup>131</sup>? Dans les deux cas, la communauté d'intérêt, qui fonde la prohibition <sup>132</sup>, est rompue dans la mesure où dès la conclusion du contrat litigieux, certains associés participeront aux bénéfices sans courir de risque de perte <sup>133</sup>. Les conséquences financières pour les parties à la convention seront en outre similaires <sup>134</sup>. Les termes de l'article 1844-1 prohibant sans autre distinction les conventions exonérant un associé des pertes, les deux types de conventions doivent identiquement être annulés, peu important qu'elles soient extérieures au pacte social <sup>135</sup>.

Similairement, aucune distinction ne semble pouvoir être opérée entre les modalités de la suppression de la participation aux bénéfices. Dès lors que l'un des associés perd toute chance d'en percevoir une part, la société n'est plus exploitée dans l'intérêt commun des associés. La convention contrevient à l'esprit de la prohibition, que la privation des bénéfices résulte d'une clause privant un associé des dividendes, de sa part du boni de liquidation, et de tout autre mode de distribution des bénéfices, ou qu'elle résulte d'une promesse de vente qui pourrait être levée à tout moment.

---

<sup>131</sup> REINHARD (Y.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *RTD com.* 1987.205., qui estime que la décision commentée est « *malaisée à justifier* » et qui se demande « *quel fondement assigner à la distinction proposée par la cour entre pacte social et cession de titres alors même que l'article 1844-1 du Code civil répute non écrite « la stipulation léonine » et que la cession opérée déroge expressément aux règles habituelles de partage (art. 1844-1, al. 1 Code civil) pour protéger les intérêts financiers du cédant en le soustrayant à une éventuelle contribution aux pertes ?* ». L'auteur semble toutefois s'être ensuite rangé à l'opinion majoritairement favorable à la jurisprudence de la chambre commerciale (V. notamment ses obs. sous Com., 24 mai 1994, *Rev. soc.* 1994.708).

<sup>132</sup> *Supra* n° 98s.

<sup>133</sup> Monsieur Viandier écrit ainsi (obs. sous Com., 10 janv. 1989, *JCP* 1989.II.21256) : « *Où est la participation aux risques, dès lors que les associés entre eux, fût-ce dans un pacte adjoint au contrat de société, infirment la règle qu'ils se sont donnée statutairement ? N'y a-t-il pas simulation sur l'objet de la convention ?* ». Il approuve cependant l'arrêt commenté en raison de son intérêt pratique.

<sup>134</sup> Dans une hypothèse où l'intégralité du capital d'une société anonyme a été absorbée par les pertes, il est financièrement équivalent pour le garant ou cessionnaire de rembourser à son coassocié le montant des pertes qu'il a assumé –égal à la valeur nominale de ses parts- et de payer ces parts à leur valeur nominale avant de subir lui-même les pertes.

<sup>135</sup> LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, art. préc., p. 169.

**131.** La généralité de la prohibition des clauses léonines condamne enfin la distinction que semble consacrer la chambre commerciale dans ses arrêts les plus récents entre associé et investisseur<sup>136</sup>.

*β) Le rejet de la distinction entre investisseurs et associés*

**132.** On peut s'interroger sur la qualité d'associé de certains titulaires de droits sociaux<sup>137</sup>. La distinction qu'a opérée la Cour de cassation, qui semble fondée sur les motifs qui ont conduit le titulaire de droits sociaux à s'engager, n'apparaît en revanche pas conforme à la lettre de l'article 1844-1 du Code civil<sup>138</sup>.

**133.** Ni le législateur, ni la jurisprudence n'ont défini la notion d'associé<sup>139</sup>, de telle sorte que l'on pourrait soutenir que l'article 1844-1 du Code civil n'interdit pas une telle distinction. Différents éléments permettent cependant de considérer que la qualité d'associé ne peut dépendre de la volonté du titulaire de droits sociaux.

D'une part, la perte de la qualité d'associé ne peut résulter que des dispositions légales<sup>140</sup>. Or aucune disposition ne prévoit qu'un titulaire de droits sociaux peut perdre sa qualité d'associé en raison de son état d'esprit ou des motifs qui guident son action.

D'autre part, les approches doctrinales de la notion d'associé ne permettent pas de dénier la qualité d'associé au titulaire de droits sociaux en raison d'un élément subjectif tel que son état d'esprit ou sa volonté. De nombreux ouvrages assimilent ainsi, sans restriction, qualité d'associé et titularité de droits sociaux<sup>141</sup>. Le lien entre titularité des droits sociaux et qualité d'associé résulte en particulier de la définition de la qualité d'associé proposée par Monsieur Viandier, et reprise par de nombreux auteurs<sup>142</sup>. Selon cet auteur, la qualité d'associé serait

---

<sup>136</sup> Supra n° 75s.

<sup>137</sup> L'article 24 de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 prévoit par exemple que l'associé d'une société civile professionnelle frappé d'une interdiction définitive d'exercer sa profession perd sa qualité d'associé à compter de cette interdiction. L'associé exclu semble cependant demeurer titulaire des parts sociales tant qu'il ne les a pas cédées.

<sup>138</sup> Ainsi qu'on le verra (infra deuxième partie, n° 665s.), son esprit permet en revanche une distinction entre les associés qui sont parties au contrat de société et ceux qui ne le sont pas.

<sup>139</sup> MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 216, p. 91 ; à propos uniquement du législateur : VIANDIER (A.), thèse préc., 1978, p. 4.

<sup>140</sup> MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 238, p. 104

<sup>141</sup> V. par exemple COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 340, p. 166, qui, à propos de la qualité d'associé de titulaires indivis de droits sociaux, expose que les indivisaires, étant cotitulaires des titres, ont tous la qualité d'associé ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 1208, p. 755 qui expose que chaque associé de SARL détient des parts.

<sup>142</sup> V. par exemple MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 216, p. 91, CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. ; V. également LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717.



caractérisée par l'apport et la vocation à intervenir dans les affaires sociales<sup>143</sup>. Elle ne dépend ainsi nullement de la volonté du titulaire de droits sociaux. Monsieur Viandier démontre notamment que conservent la qualité d'associé certains titulaires de droits sociaux dépourvus d'*affectio societatis*<sup>144</sup>. Il résulte ainsi de la définition de l'associé proposée par Monsieur Viandier qu'a cette qualité « l'investisseur » qui a mis à la disposition de la société des fonds en contrepartie de l'attribution de parts sociales ou d'actions, et qui dispose d'un droit de vote. Il peut être considéré comme ayant vocation à intervenir dans les affaires sociales, au sens où Monsieur Viandier entend ce terme<sup>145</sup>. Il a par ailleurs effectué, ou s'est engagé à effectuer, un apport. Il est admis en effet que constitue un apport l'acte par lequel une personne met un bien à la disposition de la société en contrepartie de droits sociaux<sup>146</sup>. Demeure encore un associé l'investisseur qui n'a pas participé à la constitution de la société mais a acquis des parts sociales ou actions existantes. Il peut en effet être considéré comme ayant repris « à [leur] compte l'apport réalisé par le cédant »<sup>147</sup>. Sont de même encore associés les bailleurs de fond qui ont acquis, en souscrivant à une augmentation de capital par apport nouveau<sup>148</sup>, des actions ou des parts sociales leur donnant un droit de vote. Ils sont, par définition, apporteurs, et peuvent intervenir dans les affaires sociales. Il résulte ainsi finalement de l'ensemble de ces éléments que certains titulaires de droits sociaux ont nécessairement la qualité d'associé, sans qu'il soit possible de tenir compte des motifs de leur engagement. En particulier, et contrairement à ce qu'a décidé la Cour de cassation dans les arrêts précités<sup>149</sup>, les bailleurs de fonds qui souscrivent à une augmentation de capital par apports nouveaux sont associés.

<sup>143</sup> VIANDIER (A.), thèse préc., n° 152s., p. 151s.

<sup>144</sup> VIANDIER (A.), thèse préc., n° 89s., p. 89s.

<sup>145</sup> S'il considère que l'absence de droit de vote n'exclut pas nécessairement le droit d'intervention, il ne conteste pas que les titulaires de droits sociaux disposant du droit de vote disposent de ce qu'il nomme le droit d'intervention (en ce sens, VIANDIER (A.), thèse préc., n° 190s., p. 181).

<sup>146</sup> V. en ce sens LE NABASQUE (H.), La fin de la connexion apports/capital, in *Quel avenir pour le capital social*, sous la direction de A. Couret et H. Le Nabasque, Dalloz, 2004, p. 103, spéc. p. 105, et les nombreuses références citées ; V. notamment BLAISE (H.), thèse préc., n° 51s., p. 71s. ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 118, p. 55 ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 189, p. 107 ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 28, p. 45 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *op. cit.*, n° 1056-51, p. 36 ; MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 239, p. 104. On relèvera que Monsieur Le Nabasque ne critique pas cette définition.

<sup>147</sup> L'expression est employée par Monsieur Viandier pour justifier de la qualité d'apporteur du cessionnaire de droits sociaux dans l'hypothèse du rachat par la société de ses actions. Elle est apporteur parce qu'elle « reprend à son compte l'apport réalisé par le cédant » (VIANDIER (A.), thèse préc., n° 259, p. 253) ; V. dans le même sens LIBCHABER (R.), art. préc., p. 733.

<sup>148</sup> En ce sens que les augmentations de capital peuvent se faire, notamment, par apport nouveau : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 817, p. 361 et n° 1065, p. 459, qui renvoie au n° 815s. ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 552s., p. 655s.

<sup>149</sup> *Supra* n° 75s.

On peut, de troisième part, faire remarquer, que la distinction, au sein des titulaires de droits sociaux, entre associés et non associés soulèverait de nombreux problèmes d'application des dispositions du Code de commerce relatives aux sociétés commerciales. On pourrait, par exemple, envisager qu'une société perde tous ses associés sauf un. Comment alors appliquer l'ensemble des dispositions relatives à son fonctionnement ?

La distinction entre associé et non associé au regard de l'article 1844-1 du Code civil, si elle est possible, ne peut donc avoir la portée que semble vouloir lui reconnaître la Cour de cassation.

**134.** Il apparaît finalement que les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil doivent s'appliquer à toutes les conventions conclues entre associés, sans qu'il soit possible de réduire leur champ d'application en fonction de leur localisation, du moment de leur conclusion, de leur objet, ou des caractéristiques du titulaire des droits. Ainsi, en particulier, les restrictions adoptées par la chambre commerciale, qui a limité le champ d'application de la prohibition aux clauses portant atteinte aux rapports sociaux, et qui s'est fondée pour apprécier cette atteinte sur l'objet des conventions, sont susceptibles de critiques. Est de même critiquable la distinction entre investisseur et associé. Sauf à remettre en cause les fondements de la prohibition, c'est-à-dire à admettre que tous les titulaires de droits sociaux ne participent pas nécessairement aux bénéfices ou aux pertes, les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil ont vocation à s'appliquer à toutes les conventions ayant pour but ou pour effet de supprimer *a priori* la vocation aux résultats, dans les rapports entre associés.

La nullité prévue par l'article 1844-1 du Code civil touchera alors, selon les cas, la seule stipulation litigieuse ou la convention entière dans laquelle elle est insérée.

## 2 - La portée de la nullité des clauses léonines

**135.** L'article 1855 ancien du Code civil disposait qu'était nulle la convention qui donnerait tous les bénéfices à un associé, et la stipulation exonérant un associé de toute contribution aux pertes. La Cour de cassation en déduisait que la nullité de la clause « entraîne la nullité de la société »<sup>150</sup>. Cette solution était justifiée par le fait que la clause litigieuse et le contrat étaient considérés comme formant un tout indivisible<sup>151</sup>. En supprimant

---

<sup>150</sup> *Gaz. Pal.* 1917.886, *Rev. soc.* 1918.1.163 ; *Civ.*, 2 mars 1931, *D. H.* 1931.285

<sup>151</sup> TROPLONG (R.-T.), *Du contrat de société*, *op. cit.*, n° 662, p. 139 ; AUBRY (C.) et RAU (G.), *Cours de Droit civil français*, t. 4., Cosse, Marchal, 4ème éd., 1871, n° 377, p. 544 ; GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de*

la seule clause, on créait un nouveau contrat, différent de celui voulu par les parties<sup>152</sup>. Maintenir le contrat sans la clause aurait trahi l'intention des coassociés<sup>153</sup>.

Le législateur de 1978, en prévoyant que la stipulation contraire aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil était non écrite, a cependant souhaité limiter à la seule clause les effets de la nullité ainsi prononcée<sup>154</sup>. La nullité de la clause léonine ne semble ainsi plus pouvoir entraîner la nullité de la société<sup>155</sup>. Seule semble devoir être annulée la clause litigieuse, la société continuant par ailleurs d'exister et étant régie par ses statuts, à l'exception de la clause annulée<sup>156</sup>.

---

*société*, *op. cit.*, n° 246, p. 314 ; LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *op. cit.*, n° 48, p. 51 ; PIC (P.), *op. cit.*, n° 51s., p. 56s.

<sup>152</sup> Aubry et Rau estimaient ainsi qu'il « *ne serait ni équitable, ni juridique de retenir dans les liens de la société, pour tout le temps convenu, l'associé au profit duquel auraient été stipulées des clauses de la nature de celles que l'article 1855 frappe de nullité, tout en le privant du bénéfice de ces clauses* » (AUBRY (C.) et RAU (G.), *op. et loc. cit.*). On remarquera que l'idée de sanction disparaît. Les auteurs favorables à la nullité du contrat entier ne cherchent en effet pas à sanctionner l'associé bénéficiaire des clauses. Ceci leur permet de se prononcer en faveur du respect de la volonté des parties. Celle-ci n'est plus présumée contraire à la loi, les associés ne sont pas nécessairement de mauvaise foi. Leur intention peut donc être respectée.

<sup>153</sup> La Cour de cassation semble être revenue sur cette solution dans un arrêt du 26 janvier 1988 (Civ. 1ère, 26 janv. 1988, pourvoi n° 85-14.737). Elle a en effet rejeté le moyen qui faisait valoir qu'une clause exonérant un associé des pertes entraînait la nullité du contrat de société, au motif qu'une telle clause « *n'entraîne pas nécessairement la nullité du contrat de société* ». La Cour de cassation, quoique ayant statué sur le fondement de l'article 1855 ancien du Code civil, a cependant probablement été influencée par les dispositions de l'article 1844-1 tel que résultant de la loi du 4 janvier 1978 et limitant la nullité à la seule clause litigieuse. Aussi la portée de cet arrêt, au demeurant non publié, semble-t-elle être limitée.

<sup>154</sup> L'article 1855 ancien du Code civil, et l'article 1858 dans sa rédaction issue du projet de loi ayant donné lieu à la loi du 4 janvier 1978 et adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, prévoyait que la clause était « nulle ». La commission des lois du Sénat a estimé nécessaire de remplacer le terme « nulle » par « non écrite », afin d'insister sur le fait qu'une telle clause n'entraînait pas la nullité du contrat de société mais de la seule clause. Dailly, justifiant cette modification, exposait (Rapport de Monsieur Dailly au nom de la commission des lois, JO Sén., 1973, n° 259, p. 37, et Débats du 10 mai 1973) : « *On pourrait, en effet, en déduire que la société peut elle-même être frappée de nullité, ce que nous ne voulons pas ; nous voulons simplement dire que la disposition serait nulle. Aussi est-il préférable de stipuler qu'elle est réputée non écrite* ». La nature de la sanction – à savoir la nullité de la clause – demeure donc identique : la clause « non écrite » est en fait « annulée » (en ce sens, V. également LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 7, et les références citées note n° 7).

<sup>155</sup> La nullité de la société ne pouvant résulter d'une clause léonine statutaire (supra n° 125), ne doit, *a fortiori*, pas pouvoir résulter d'une clause extra-statutaire.

<sup>156</sup> On peut concevoir un doute sur l'exacte portée de l'annulation. Il résulte en effet des termes de l'article 1844-10 du Code civil, que la nullité des sociétés peut résulter de la violation de l'article 1832 du Code civil. Or celui-ci prévoit que la société est instituée par les associés « *en vue de partager les bénéfices* » et que les associés « *s'engagent à contribuer aux pertes* ». Une clause interdisant aux associés de partager les bénéfices, et les exonérant de participation aux pertes, est donc contraire aux dispositions de l'article 1832 du Code civil et, partant, théoriquement susceptible de justifier la nullité de la société. La plupart des auteurs ont cependant considéré que, malgré cette contradiction, les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil interdisaient d'annuler la société au motif que les statuts contiennent une clause léonine, même lorsque la clause a été déterminante du consentement des associés (CHARTIER (Y.), La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978, *JCP* 1978.I.2917, n° 66 et 193 ; plus mesuré GUYON (Y.), Les dispositions générales de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés, *Rev. soc.* 1979.1). Le maintien de la société serait une manière de sanctionner l'associé qui a souhaité être exonéré de participation aux pertes. Il en serait d'autant plus ainsi que l'article 360 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, devenu L. 235-1 du Code de commerce, précise que la nullité des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés anonymes ne peut résulter d'une clause prohibée par l'article 1844-1 du Code civil. Cette dernière solution semble devoir prévaloir, dans la mesure où le législateur a

**136.** Le législateur de 1978 n'a en revanche nullement précisé que la nullité de la clause léonine extrastatutaire ne pouvait entraîner la nullité de la convention au sein de laquelle elle est insérée. De même, les termes de l'article 1855 ancien du Code civil, qui réputaient nulle la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, ainsi que la stipulation qui l'affranchirait des pertes, ne permettaient pas de savoir si la nullité de la clauses litigieuse entraînait nécessairement la nullité de l'acte la contenant<sup>157</sup>.

Il semble dès lors que, dans la mesure où ni l'article 1844-1 ni l'article 1855 ne permettent de savoir quelle est l'étendue de la sanction, les juges du fond doivent rechercher si la clause constituait un élément essentiel du contrat ou une disposition secondaire<sup>158</sup>. L'article 1172 du Code civil dispose en effet que « *toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* ». Or la Cour de cassation applique ces dispositions non seulement aux conditions au sens de l'article 1168 du Code civil, mais également à toute clause illicite<sup>159</sup>. Elle en déduit qu'une clause illicite rend nulle la convention dans son entier lorsqu'elle a été une condition essentielle de l'accord des parties<sup>160</sup>. Il appartient à cet égard aux juges du fond de déterminer, souverainement, le caractère essentiel de la clause pour les parties<sup>161</sup>.

Rien ne permet d'écarter, dans le silence des articles 1844-1 et 1855 ancien du Code civil, l'application de ce principe aux clauses léonines extra-statutaires. Ces dispositions conduisent donc à n'annuler la convention entière que s'il apparaît que la clause litigieuse a été déterminante de l'engagement des parties. Si elle n'a été, au contraire, qu'accessoire, la convention subsiste malgré l'annulation de la clause.

---

explicitement exclu que la nullité des sociétés résulte d'une clause contraire aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil.

<sup>157</sup> La distinction qu'opérait l'article 1855 ancien C. civ. entre la « convention » relative aux bénéfices, et la « stipulation » relative aux pertes, pourrait laisser accroire que la nullité résultant d'une clause relative aux bénéfices touche l'ensemble de l'acte la contenant, quand celle d'une clause relative aux pertes n'affecte que la clause. Une telle distinction pourrait être fondée sur les statuts différents de la participation aux bénéfices et de la contribution aux pertes, respectivement but et condition de la société (V. supra n° 101s.). Sa justification peut cependant paraître fragile : la clause privant un associé des bénéfices comme celle exonérant un associé des pertes remettent en cause la communauté d'intérêt qui constitue la base de la société. Aucun arrêt ne consacre en outre cette solution.

<sup>158</sup> HAMEL (J.) et LAGARDE (G), *op. cit.*, n° 406, p. 490. Ces réflexions concernent essentiellement le pacte social, et non un pacte extra-statutaire, mais semblent pouvoir être transposées à une telle hypothèse. Si l'insertion d'une clause léonine dans les statuts d'une société n'entraîne pas nécessairement la nullité de la société, on ne voit pas pourquoi elle entraînerait nécessairement la nullité d'une convention extérieure, qui pourrait avoir de multiples objets –elle pourrait par exemple régler globalement les relations entre deux associés–, et au sein de laquelle la stipulation léonine ne serait qu'une stipulation parmi de nombreuses autres.

<sup>159</sup> V. par exemple pour une clause valeur-or : Civ., 3<sup>ème</sup>, 24 juin 1971, *Bull. civ.* III, n° 405, p. 288.

<sup>160</sup> Même arrêt.

<sup>161</sup> Com., 22 fév. 1967, *Bull. civ.* III, n° 87.

**137.** La portée de la nullité de la clause léonine dépend donc, lorsque la stipulation résulte d'un acte extérieur au contrat de société, du caractère déterminant de cette clause pour les parties à la convention.

La même considération du consentement des associés justifie que soient déclarées illicites au regard des dispositions des articles 1855 ancien et 1844-1 du Code civil les clauses ou conventions privant *a priori* un associé de sa part des bénéfices ou l'exonérant des pertes, dès lors qu'elles sont conclues entre associés, fût-ce uniquement par quelques-uns d'entre eux, et fût-ce dans un acte extérieur ou postérieur aux statuts.

L'application de ces principes aux promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix déterminé devrait conduire à l'annulation de nombre d'entre elles.

## **SECTION 2 - LA NULLITE DE NOMBREUSES PROMESSES D'ACHAT OU DE VENTE DE DROITS SOCIAUX**

**138.** Les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix déterminé, en permettant à un associé de céder ses droits à un prix indépendant des résultats de la société entre la conclusion de la promesse et la réalisation effective de la cession, ou en le contraignant à une telle cession, interdisent que soient pris en compte dans le calcul de ce prix les pertes ou les bénéfices réalisés par la société dans l'intervalle de temps séparant la conclusion de la promesse de sa levée.

Ainsi, d'une certaine manière, la promesse exonère le cédant des pertes ou le prive des bénéfices réalisés pendant cette période.

**139.** Toutes les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix déterminé ne sont pas pour autant nécessairement prohibées par les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil.

Il est ainsi d'emblée possible d'établir une distinction entre les promesses conclues avec des tiers à la société et celles conclues avec des coassociés. Si des doutes peuvent apparaître sur la licéité des secondes au regard des dispositions des articles 1855 ancien et 1844-1 du Code civil, les premières sont indiscutablement licites. Dès lors qu'un associé peut se faire garantir des pertes qu'il éprouvera par un tiers, ou lui reverser la part des bénéfices qu'il percevra, rien

ne justifie d'annuler la promesse d'achat ou de vente de droits sociaux conclue avec un tiers qui exonère un associé des pertes ou le prive des bénéfices<sup>162</sup>.

Toutes les promesses ne sont par ailleurs pas prohibées dès lors qu'elles sont consenties entre associés. L'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil ne conduit qu'à l'annulation de certaines d'entre elles. C'est ainsi le cas de celles qui ont pour effet d'exonérer des pertes ou de priver des bénéfices un associé (§ 1). C'est encore le cas de celles qui ont un tel but (§ 2). Demeurent ainsi licites celles qui n'ont ni un objet ni un effet léonin.

### **§ 1 - La nullité des promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à raison de leur effet**

**140.** Il résulte des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil interprétées sur la base des travaux préparatoires du Code civil que doivent être annulées les conventions qui ont pour effet de priver un associé de tout espoir de participer aux bénéfices ou de supprimer tout risque de contribuer aux pertes. En l'absence de restriction au champ d'application de cette règle, devraient donc en particulier être annulées les promesses de vente ou d'achat de droits sociaux qui ont un effet léonin.

On peut, d'emblée, relever que les promesses d'achat ne sauraient, quelles que soient leurs modalités, être considérées comme privant leur bénéficiaire des bénéfices. Certes, la levée de l'option peut amener le bénéficiaire de la promesse à céder les droits à un prix ne tenant pas compte des bénéfices réalisés. Dans la mesure toutefois où le cédant conserve la faculté de ne pas lever l'option, il conserve une chance de participer aux bénéfices, qui exclut le caractère léonin. Réciproquement, la levée d'une promesse de vente peut exonérer le cédant des pertes. Dans la mesure où le cessionnaire conserve la faculté de ne pas lever l'option, le cédant reste exposé à un risque de supporter les pertes<sup>163</sup>.

Les promesses de rachat encourent en revanche la nullité lorsqu'elles exonèrent le cédant des pertes (A), et les promesses de vente lorsqu'elles le privent des bénéfices (B).

---

<sup>162</sup> SCHMIDT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, art préc., p. 50 ; LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, art. préc., p. 168 ; LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 87, p. 16 ; v. également, à propos des seules conventions de portage : TREILLE (B.), Les conventions de portage, *Rev. soc.* 1997.721, p. 756 ; NAFTALSKI (F.), POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), Les conventions de portage, *Dr. soc., Actes pratiques*, mai-juin 1997, p. 1, spéc. , p. 4

<sup>163</sup> LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 87, p. 17.

## A – La nullité des promesses d'achat de droits sociaux exonérant le cédant des pertes

**141.** La doctrine considère généralement que l'effet potentiellement léonin des promesses d'achat de droits sociaux à un prix plancher résulte de ce que la fixation d'un prix minimum met le bénéficiaire de la promesse à l'abri des vicissitudes de l'activité sociale<sup>164</sup>. La cession interviendra en effet au prix fixé dès l'origine alors même que les titres auraient perdu tout ou partie de leur valeur après la conclusion de la promesse en raison des mauvais résultats de la société<sup>165</sup>. Le cédant est particulièrement protégé dans les cas où le prix convenu est égal ou supérieur au prix d'achat ou de souscription des titres. Il est alors assuré de récupérer les fonds investis malgré leur éventuelle dépréciation et semble exonéré de son obligation de participer aux pertes<sup>166</sup>.

**142.** Le lien ainsi établi entre l'assurance de récupérer son investissement et la participation aux pertes est théoriquement contestable, pour une double raison.

Il repose, en premier lieu, sur une confusion entre moins-value et perte. Les clauses prévoyant un prix plancher égal ou supérieur au prix de souscription des parts sociales ou actions n'assurent en effet le bénéficiaire de la promesse que contre les risques de moins-value, c'est-à-dire contre le risque que représente la cession des titres à un prix inférieur à leur coût d'acquisition. Cependant, une telle moins-value ne doit pas être confondue avec la participation aux pertes, qui résulte de l'impossibilité de récupérer l'apport initial. De nombreux éléments sont pris en compte par les parties pour déterminer le prix des droits sociaux –valeur comptable de l'entreprise, mais également valeur boursière lorsque la société

<sup>164</sup> V., outre les auteurs cités infra note n° 166, LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 73, p. 14 ; REINHARD (Y.), obs. sous Com., 24 mai 1994, *Rev. soc.* 1995.708.

<sup>165</sup> KESSLER (G.), note sous Com., 22 fév. 2005, *D.* 2005.973, spéc. p. 974 ; LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, art. préc., p. 169.

<sup>166</sup> v. notamment KESSLER (G.), *eod. loc.* ; LUCAS (F.-X.), *op. cit.*, n° 221, p. 115 ; LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, art. préc., p. 169 ; LUCAS (F.-X.), Du contrat de société au contrat d'investissement, art. préc., p. 50 ; SOUMRAMI (S.), thèse préc., n° 595, p. 448 ; DAMY (G.), L'évolution nécessaire du droit des sociétés, *Actes pratiques – Sociétés*, janv./fév. 2006, p. 24 ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 275, p. 161 et obs. sous CA Paris, 14 déc. 1993, *Bull. Joly* 1994, § 44, p. 185 ; MERLE (P.), obs. sous Com., 10 fév. 1981, *Rev. soc.* 1982.98 ; RANDOUX (D.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.590, et obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 av. 1987, *Rev. soc.* 1987.395 ; MESTRE (J.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *RTD civ.* 1987.744 ; GERMAIN (M.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *JCP éd. N*, 1986.II.221 ; CHAMPAUD (C.) et LE FLOCH (P.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *RTD com.* 1987.66, n° 4 ; FORSCHBACH (T.), note sous Com., 10 janv. 1989, *D.* 1990.250 ; MASSART (T.), note sous CA Paris, 21 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, § 109, p. 499, spéc. p. 508 ; DAIGRE (J.-J.), obs. sous CA Paris, 2 mai 2003, *Bull. Joly* 2003, § 198, p. 945 ; V. également, mais sous forme interrogative : TREILLE (B.), art. préc., p. 755 ; NAFTALSKI (F.), POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), art. préc., n° 15, p. 4 ; KENDERIAN (F.), art. préc., n° 28, p. 633.

est cotée, perspectives économiques...- qui distendent le lien entre les résultats et le prix. Il n'y a « *pas de lien logique, pas de lien mathématique entre les gains réalisés par la société et les plus-values des droits sociaux, ou entre les pertes subies par la société et les moins-values des droits sociaux* »<sup>167</sup>. Le cessionnaire peut ainsi réaliser une moins-value alors que la société a dégagé des bénéfices, ou, réciproquement, une plus-value alors qu'elle a enregistré des pertes<sup>168</sup>. Les pertes de la société ne doivent donc pas être confondues avec celles de l'associé<sup>169</sup>.

Ce lien n'est, en second lieu et en tout état de cause, qu'indirect. Formellement, ce n'est pas le niveau du prix qui exonère le cédant des pertes, mais la cession des droits. Des pertes sociales sont caractérisées en effet lorsque le montant de l'actif de la société ne permet pas, après désintéressement de tous les créanciers, de rembourser leurs apports aux associés<sup>170</sup>. Tant que la société poursuit son activité, les pertes ne sont que provisoires, dans la mesure où les résultats d'exercices ultérieurs peuvent les réduire, ou les augmenter. Il n'y a ainsi à proprement parler de contribution aux pertes sociales qu'au jour de la liquidation de la société<sup>171</sup>. Elle résulte de l'impossibilité, après désintéressement des créanciers, de restituer aux associés ce qu'ils avaient apporté<sup>172</sup>. Ainsi, la promesse d'achat garantit le cédant contre les pertes dans la mesure où elle lui permet de ne plus être associé lors de la liquidation, et ce quel que soit le prix de cession<sup>173</sup>. Le raisonnement reste valable si l'on envisage les autres modes de participation aux pertes<sup>174</sup>. L'exonération ne résulte pas tant du prix que de la possibilité offerte au cédant de se désengager avant que ne soit mise en œuvre l'obligation de participer aux pertes.

**143.** Le niveau du prix n'est toutefois, pratiquement, pas totalement sans influence sur le caractère léonin de la promesse.

<sup>167</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 217, p. 113.

<sup>168</sup> MASSART (T.), note sous CA Paris, 21 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, § 109, p. 499.

<sup>169</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 216, p. 113.

<sup>170</sup> *Supra* n° 13.

<sup>171</sup> LUCAS (F.-X.), *Théorie des bénéfices et des pertes, Bénéfices, économies et pertes, Juris-Classeur Traité des sociétés*, fascicule 15-10, 2001, n° 19, p. 6 ; KENDERIAN (F.), art. préc., n° 14, p. 625.

<sup>172</sup> *Ibid.* ; MASSART (T.), note sous CA Paris, 21 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, § 109, spéc. p. 506.

<sup>173</sup> MASSART (T.), note préc., p. 508. Monsieur Massart en déduit que la prohibition des clauses léonines ne peut avoir aucune prise sur la cession de droits sociaux, sauf à remettre en cause le principe même de leur cessibilité (MASSART (T.), *eod. loc.*). Une telle conclusion ne nous paraît cependant pouvoir être tirée. La Cour de cassation a en effet admis qu'un associé soit exonéré des pertes après avoir perdu cette qualité (*Supra* n° 124). Seule est prohibée la stipulation qui supprime l'espoir de participer aux bénéfices, ou le risque de perte. La cession des droits sociaux, dès lors qu'elle fait perdre au cédant la qualité d'associé, peut s'accompagner d'une exonération des pertes. Encourt en revanche la sanction prévue par l'article 1844-1 du Code civil la promesse d'achat qui supprime le risque de perte alors que le bénéficiaire est encore associé.

<sup>174</sup> *Sur lesquels v. supra* n° 13.



Le fait de céder ses parts sociales ou ses actions à un prix inférieur à leur valeur nominale, c'est-à-dire à la valeur initialement fixée dans les statuts<sup>175</sup>, peut être considéré comme constituant un mode indirect de contribution aux pertes au regard de la prohibition des clauses léonines. Le bénéficiaire de la promesse consentie pour un prix prenant en compte les pertes éventuellement accumulées ne récupère pas la totalité de la valeur nominale des parts, en cas de cession, si de telles pertes ont été constatées. Corrélativement, le cessionnaire n'assume pas totalement les pertes accumulées au jour de la cession pour les droits sociaux acquis : dans l'hypothèse –théorique- où la liquidation interviendrait le jour même, le cessionnaire se verrait rembourser la valeur nominale des parts ou actions sous déduction de la quote-part pour chaque titre des pertes accumulées. La perte réellement assumée par le cessionnaire à raison des droits sociaux achetés ne serait alors que de la différence entre le prix payé et la somme remboursée lors de la liquidation. Dans la mesure où le prix payé pour ces titres est inférieur à leur valeur nominale, ce manque à gagner est inférieur à la quote-part, pour chaque part sociale ou action, de la perte subie par la société. La charge réelle de cette perte se trouve donc répartie entre le cédant et le cessionnaire. L'intérêt commun, qui veut que tous assument une part des risques, est préservé.

Dès lors en revanche que le prix convenu est supérieur à la valeur nominale des droits sociaux, le bénéficiaire de la promesse n'assume plus, fût-ce indirectement, les risques de l'exploitation, dans la mesure où il récupère l'apport initial. Les pertes éventuellement accumulées au jour de la cession pèseront sur le cessionnaire. Aussi l'exploitation de la société n'est-elle plus opérée, en ce qui concerne les pertes, dans l'intérêt commun des associés.

La cession de parts sociales ou d'actions à un prix inférieur à leur valeur nominale peut dès lors être considéré comme un mode de contribution aux pertes<sup>176</sup>.

**144.** Alors même que l'on admet que les promesses d'achat à prix déterminé peuvent avoir, en fonction du prix convenu, un effet léonin, il convient d'opérer une distinction selon le délai qu'elles offrent à leur bénéficiaire pour lever l'option.

L'associé bénéficiaire d'une promesse de vente n'est en effet garanti des pertes qu'aussi longtemps que la promesse peut être levée. Ainsi que l'a décidé la Cour de cassation dans son arrêt du 22 février 2005<sup>177</sup>, le bénéficiaire de la promesse continue à courir un risque de perte

---

<sup>175</sup> En ce sens : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 751, p. 337.

<sup>176</sup> TERRE (F.) et VIANDIER (A.), fasc. préc., n° 96, p. 14 ; KENDERIAN (F.), art. préc., n° 28, p. 633.

<sup>177</sup> *Supra* n° 79s.

s'il ne peut lever l'option qu'à l'expiration d'un certain délai. Les droits sociaux peuvent, avant cette date, disparaître, du fait de la dissolution de la société ou d'un coup d'accordéon<sup>178</sup>. Le titulaire des droits n'est dès lors pas totalement mis à l'abri du risque de perte malgré la promesse de rachat dans la mesure où il ne peut dans une telle hypothèse, récupérer ses fonds<sup>179</sup>. Par ailleurs, à l'expiration du délai d'option, le cédant est à nouveau soumis, si l'option n'a pas été levée, comme tout autre associé, aux risques de pertes et aux chances de gain. L'associé qui est bénéficiaire d'une promesse d'achat conserve un intérêt à ce que la société ne réalise pas de pertes, pour que ces titres ne disparaissent pas avant la date à laquelle il peut lever l'option, puis pour le cas où il ne lèverait pas l'option.

Or il résulte de la jurisprudence traditionnelle que n'est pas léonine la clause qui laisse subsister un risque de perte. La promesse d'achat à un prix garanti n'a donc pas d'effet léonin si son bénéficiaire reste, à certains moments, exposé à un risque de perte<sup>180</sup>. Elle ne le devient que si son bénéficiaire, pouvant la lever à tout moment, ne court plus aucun risque.

**145.** C'est vainement que l'on objecterait qu'il suffit que l'option soit levée pour que le bénéficiaire de la promesse soit définitivement exonéré des pertes<sup>181</sup>. Le caractère léonin d'une convention s'apprécie en effet lors de sa conclusion, non après qu'elle a été mise en œuvre<sup>182</sup>. Or l'existence d'une «*fenêtre de tir*»<sup>183</sup> laisse subsister, lorsqu'est conclue la convention, un risque de perte.

On a fait valoir, pour critiquer ce raisonnement, que le risque qui subsiste après expiration du délai d'option n'est pas l'effet de la garantie mais au contraire la conséquence attachée au fait que le bénéficiaire y renonce<sup>184</sup>.

Ce raisonnement paraît toutefois critiquable. Le risque de perte ne résulte, techniquement, jamais de la garantie ; il résulte de la qualité d'associé du titulaire des droits sociaux et du fait que la garantie ne couvre pas tous les risques de pertes. Ce n'est pas la convention de

<sup>178</sup> LUCAS (F.-X.), Du contrat de société au contrat d'investissement, art. préc., p. 51 ; DOM. (J.-P.), note sous CA Paris, 12 mai 2000, *Bull. Joly* 2000, § 284, p. 1142 ; KESSLER (G.), note sous Com., 22 fév. 2005, *D.* 2005.973, p. 975. Encore faut-il que la convention n'érige pas ce type d'événement en cause de déchéance du terme du droit d'option, ce qui est le cas dans la plupart des contrats d'investissement (en ce sens : LE NABASQUE (H.), note sous Com., 16 nov. 2004 et sous Com., 22 fév. 2005 (2 arrêts), *Rev. soc.* 2005.592, spéc. p. 606).

<sup>179</sup> LUCAS (F.-X.), *eod. loc.* ; DOM. (J.-P.), *eod. loc.* ; KESSLER (G.), *eod. loc.*

<sup>180</sup> Elle peut toutefois être sanctionnée, on le verra, si elle a pour but d'exonérer des pertes un associé.

<sup>181</sup> V. pour un tel argument LE NABASQUE (H.), note sous Com., 16 nov. 2004 et sous Com., 22 fév. 2005 (2 arrêts), *Rev. soc.* 2005.592, spéc. p. 606.

<sup>182</sup> *Supra* n° 115s.

<sup>183</sup> L'expression est empruntée à MM. Le Nabasque (*eod. loc.*) et Couret (obs. sous Com., 27 sept. 2005, *Bull. Joly* 2006, § 13, p. 92).

<sup>184</sup> En ce sens : LE NABASQUE (H.), *eod. loc.*

garantie qui met les pertes à la charge de l'associé qui en est bénéficiaire. Elle se borne à ne pas supprimer tout risque de perte. De ce point de vue, les conventions qui laissent subsister une « fenêtre de tir » ne diffèrent pas des autres conventions limitant la participation aux pertes. Elles sont valables dans la mesure où la garantie ne couvre pas tous les cas de participation aux pertes. C'est en effet parce que la possibilité de lever l'option est limitée dans le temps que le bénéficiaire de la promesse court, s'il ne la lève pas, un risque de perte. Au contraire, c'est parce que certaines promesses permettent à un associé d'échapper à tout moment au risque de perte qu'elles sont prohibées. En outre, la jurisprudence admet les clauses soumettant la participation aux pertes à une condition<sup>185</sup>. Or la participation aux pertes est, lorsque le bénéficiaire dispose d'un délai pour lever l'option, soumise à la condition qu'il ne la lève pas. Et il ne semble pas possible d'exciper du caractère potestatif d'une telle clause. Sont en effet considérées comme nulles en raison de leur caractère potestatif les conditions qui dépendent de la volonté arbitraire du débiteur de l'obligation<sup>186</sup>. Sont en revanche valables les clauses qui soumettent l'obligation à une manifestation de volonté du débiteur lorsque celui-ci ne peut être guidé par le seul souci d'éluider son obligation<sup>187</sup>. Or le cédant ne peut être guidé, lorsqu'il choisit de lever l'option, par le seul souci d'éluider son obligation. La cession, si elle lui permet de récupérer son investissement, le conduit notamment à renoncer à la propriété des parts sociales ou actions et aux droits ou avantages qui y étaient attachés. La promesse d'achat de droits sociaux semble ainsi pouvoir être considérée comme non léonine lorsqu'elle prévoit un délai pour la levée de l'option en ce qu'elle soumet alors la participation aux pertes à la condition, valable, de la non levée de l'option. En tout état de cause, le caractère non léonin de la promesse fixant un délai de levée de l'option résulte autant du risque de participation aux pertes avant que l'option puisse être levée qu'après expiration du délai pour le faire. Or le risque qui existe avant que l'option puisse être levée peut suffire à valider la promesse.

**146.** La stipulation, dans une promesse d'achat de droits sociaux, d'un prix définitivement déterminé, ne constitue finalement pas nécessairement une clause léonine. Elle ne conduit à exonérer un associé des pertes que dans la mesure où, d'une part, elle prévoit un prix

---

<sup>185</sup> Supra n° 124118.

<sup>186</sup> En ce sens ROCHFELD (J.), Les droits potestatifs accordés par le contrat, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 747, spéc. n° 4, p. 750 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 1223, p. 1164 ; FAGES (B.), *op. cit.*, n° 171, p. 132 ; V. également infra n° 327 et les références citées..

<sup>187</sup> V. infra n° 327.

supérieur à la valeur nominale des titres et où, d'autre part, elle peut être levée à tout moment. L'application extensive des dispositions des articles 1855 ancien puis 1844-1 du Code civil à laquelle a procédé la Cour de cassation a, ainsi, conduit à l'annulation, dans un certain nombre de cas<sup>188</sup>, de conventions dont l'effet léonin était incertain au regard des principes généraux régissant la prohibition.

Ainsi, l'engagement dont a eu à connaître la Cour de cassation dans son arrêt du 22 mars 1955<sup>189</sup>, n'était pas nécessairement léonin. Aux termes de cette convention, l'actionnaire principal d'une société s'engageait à reprendre au directeur de cette société, à un prix largement supérieur au montant du capital dont le directeur s'était libéré en contrepartie de chaque action, les actions lui appartenant pour le cas où il cesserait ses fonctions. Contrairement à ce qu'a jugé la Cour de cassation, le directeur restait exposé au risque de contribuer aux pertes en cas de liquidation de la société alors qu'il était encore en fonction et ne pouvait donc faire jouer l'engagement de rachat.

De même, dans l'arrêt du 10 février 1981 dans lequel la Cour de cassation a censuré un arrêt ayant décidé qu'une promesse d'achat à prix déterminé n'était pas léonine<sup>190</sup>, l'engagement litigieux n'était souscrit que pour une durée déterminée, et laissait donc subsister un risque de perte à compter de l'expiration du délai d'option<sup>191</sup>.

Enfin, le caractère léonin de la convention de rachat ayant donné lieu à l'arrêt du 7 avril 1987<sup>192</sup>, apparaît sujet à caution si l'on recherche l'effet de la convention au jour de sa conclusion. La promesse par laquelle le cédant des droits sociaux s'était engagé à les reprendre au cessionnaire moyennant un prix fixé d'avance, supérieur au prix d'achat, était en effet consentie pour une durée limitée. La cour d'appel avait, d'ailleurs, considéré que la

<sup>188</sup> La solution aurait été identique dans quelques espèces. Ainsi la convention dont la Cour de cassation a eu à connaître dans son arrêt du 9 avril 1941 (Req., 9 avril 1941, *JCP* 1941.1762, V. supra n° 59) était effectivement léonine dans la mesure où le promettant s'était engagé envers le bénéficiaire de la promesse à lui racheter ses parts « lorsqu'il lui en ferait la demande », sans autre condition de délai, et à un prix supérieur à la valeur nominale des parts. Le bénéficiaire était donc assuré de céder ses parts et ne courait aucune risque de pertes ni direct, en ne récupérant pas ses apports lors de la liquidation, ni indirect, en cédant ses parts à un prix inférieur à leur valeur nominale.

<sup>189</sup> Com., 22 mars 1955, *Bull. civ.* III, n° 103, p. 83, supra n° 59.

<sup>190</sup> Com., 10 février 1981, V. supra n° 60.

<sup>191</sup> Il est vrai que la Cour de cassation n'a pas, dans cet arrêt, décidé que la clause litigieuse était léonine. Elle s'est bornée à reprocher à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si la clause n'avait pas eu pour effet d'exonérer des pertes éventuelles son bénéficiaire. Elle n'a donc pas, explicitement, décidé qu'il fallait prendre en compte l'effet concret de la clause. La censure n'était toutefois justifiée que dans la mesure où la Cour de cassation considérait qu'une telle recherche pouvait révéler le caractère léonin de la clause. Elle a donc, implicitement mais nécessairement, écarté le critère fondé sur l'effet *a priori* de la convention, en application duquel la clause n'était pas prohibée.

<sup>192</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avr. 1987, supra n° 64s.

convention n'était pas léonine dans la mesure où le cessionnaire des parts, bénéficiaire de la promesse de rachat, n'était plus garanti des pertes à l'expiration du délai convenu.

**147.** Toutes les promesses d'achat, alors même qu'elles ont pour effet concret d'exonérer un associé des pertes, ne sont pas illicites au regard des fondements de la prohibition des clauses léonines. Elles le sont néanmoins dès lors qu'elles ont pour effet de permettre à un associé de quitter à tout moment la société, en cédant ses droits à un prix indépendant des résultats sociaux. Les stipulations de la promesse de vente peuvent, de même, lui conférer un caractère léonin.

### **B – La nullité des promesses de vente privant un associé des bénéfices**

**148.** Contrairement à la participation aux pertes qui n'intervient, sauf exception, qu'à la liquidation de la société, la participation aux bénéfices résulte non seulement de la répartition du boni de liquidation, mais également de la distribution de dividendes ou de la distribution d'actions gratuites<sup>193</sup>. Aussi les promesses de vente doivent-elles, pour tomber sous le coup des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil, interdire à leur bénéficiaire de percevoir une part des bénéfices non seulement lors de la liquidation, mais également à travers les distributions qui peuvent intervenir au cours de la vie sociale<sup>194</sup>. Dès lors que le promettant peut espérer percevoir des sommes qui excèdent la valeur nominale des titres cédés, sa vocation aux bénéfices n'est pas totalement supprimée. L'associé ne peut donc invoquer les termes de l'article 1844-1 du Code civil lorsqu'il a perçu des dividendes au cours de la vie sociale et récupéré son apport lors de la cession des titres<sup>195</sup>. Il ne peut pas davantage se plaindre lorsque le prix de reprise excède la valeur nominale des titres<sup>196</sup>.

En outre, alors même que le prix de cession serait calculé de telle sorte que les sommes perçues n'excèdent pas l'apport initial, la promesse ne peut être léonine que si son bénéficiaire peut la lever à tout moment. Lorsque la faculté de lever l'option est enfermée dans un certain délai, le cédant peut en effet espérer percevoir des dividendes, voire un boni

---

<sup>193</sup> *Supra* n° 13.

<sup>194</sup> TERRE (F.) et VIANDIER (A.), fasc. préc., n° 46, p. 8.

<sup>195</sup> *Ibid.*

<sup>196</sup> *Ibid.*

de liquidation avant que l'option ne puisse être levée<sup>197</sup>. Il peut surtout espérer recevoir les fruits de son investissement si le bénéficiaire de la promesse ne lève pas l'option.

**149.** La plupart des promesses de rachat ou de vente prévoient un délai pour lever l'option<sup>198</sup>. Rares sont en conséquences celles qui peuvent être annulées à raison de leur effet. La jurisprudence n'en fournit ainsi pas d'exemple. L'hypothèse ne peut totalement être exclue. Devrait ainsi notamment être annulée une promesse de vente qui permettrait à son bénéficiaire de la lever avant toute liquidation, et qui, en outre, prévoirait que les dividendes éventuellement versés au cédant doivent s'imputer sur le prix de cession convenu, ou doivent être reversés au bénéficiaire de la promesse.

La prise en considération du but des conventions peut en outre conduire à l'annulation de promesses dont l'effet n'est pas léonin.

## **§ 2 - La nullité des promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à raison de leur but**

**150.** Les fondements de la prohibition des clauses léonines justifient que soient annulées les conventions qui ont pour but d'exonérer des pertes un associé ou de le priver des bénéfices<sup>199</sup>.

De nombreuses promesses d'achat ou de vente de droits sociaux devraient en conséquence être annulées non sur la base de leur effet, mais sur celle de leur but. Tel est le cas de la plupart des promesses conclues dans le cadre de conventions de portage (A), ainsi que de certaines des promesses destinées à organiser le départ d'un associé (B)<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> La promesse peut par ailleurs priver le cédant de son droit aux dividendes. Mais le caractère léonin ne résulte alors plus du prix, de telle sorte que cette hypothèse n'a pas à être envisagée dans le cadre de ces développements.

<sup>198</sup> COURET (A.), obs. sous Com., 27 sept. 2005, *Bull. Joly* 2006, § 13, p. 92 ; LE NABASQUE (H.), note sous Com., 16 nov. 2004 et sous Com., 22 fév. 2005 (2 arrêts), *Rev. soc.* 2005.592, spéc. p. 606.

<sup>199</sup> *Supra* n° 110.

<sup>200</sup> V. pour la classification des promesses de cession de droits sociaux en ces deux catégories : LUCAS (F.-X.), art. préc., p. 168. Ces deux types de promesses ne sont pas les seules envisageables, à tout le moins théoriquement. Des promesses de cession à prix garanti peuvent ainsi être conclues, par exemple, dans le cadre de cessions temporaires de droits sociaux qui ne sont pas des conventions de portage (V. sur celles-ci LUCAS (F.-X.), thèse préc., spéc. n° 41s., p. 24s.). Il semble toutefois, en pratique, que les problèmes ne résultent que de l'application de l'article 1844-1 du Code civil à ces deux types de promesses. En attestent les arrêts de la Cour de cassation, qui ne sont relatifs qu'à ces deux types de conventions. Aussi nous bornerons-nous à évoquer le caractère léonin de celles-ci. On peut toutefois remarquer que l'analyse des conventions de portage semble pouvoir être généralisée à toutes les cessions temporaires de droits sociaux (V. LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 211s., p. 111s. qui affirme le caractère léonin de ces transferts temporaires, mais envisage uniquement, à l'appui de sa démonstration, le portage).

## **A – Le but généralement léonin des promesses de rachat ou de vente à prix déterminé dans les conventions de portage**

**151.** Il est admis que ces conventions ont pour objet un service que le porteur rend au donneur d'ordre<sup>201</sup>. Les titres sont le plus souvent, acquis par le porteur soit à titre de garantie d'un prêt qu'il consent au donneur d'ordre, soit afin de différer le moment où le donneur d'ordre en deviendra lui-même titulaire, soit afin de conférer au porteur la qualité apparente d'associé<sup>202</sup>. Dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, le porteur entend être rémunéré pour le service rendu<sup>203</sup> et n'a nullement l'intention de participer aux bénéfices ni de contribuer aux pertes que la société pourrait dégager<sup>204</sup>. Le portage est ainsi, « *par essence, léonin* »<sup>205</sup>. Le mécanisme du portage est conçu spécialement pour faire échapper le porteur à tout risque de perte. La certitude de revendre les actions à l'échéance du portage, à un prix fixé d'avance qui est le plus souvent supérieur ou égal au prix auquel il les a acquises, assure le porteur qu'il ne pâtira pas d'une éventuelle dépréciation des titres pendant la durée du portage<sup>206</sup>. Afin de diminuer encore le risque encouru par le porteur, le donneur d'ordre lui verse parfois, concomitamment à l'acquisition des titres par ce dernier, des fonds d'un montant équivalent au prix d'achat destinés à garantir le paiement du prix de rachat<sup>207</sup>. La convention est en outre destinée à priver le porteur de toute part dans les bénéfices. Le prix est fixé indépendamment des résultats de la société. Il peut en outre être prévu que les dividendes perçus par le porteur seront restitués au donneur d'ordre, ou s'imputeront sur le prix de rachat<sup>208</sup>.

**152.** Les promesses d'achat ou de vente conclues dans le cadre d'une convention de portage ont donc pour objet la rétrocession des titres, mais dans des conditions qui

<sup>201</sup> En ce sens, SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 117s., p. 67. ; BERTREL (J.-P.) et JEANTIN (M.), art. préc., n° 19, p. 686 ; SCHMIDT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, art. préc., p. 31 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.) *op. cit.*, n° 1429, p. 626 ; POLLAUD-DULIAN (F.), L'actionnaire dans les opérations de portage, art. préc., p. 766.

<sup>202</sup> BERTREL (J.-P.) et JEANTIN (M.), art. préc., n° 4, p. 683 ; v. également POLLAUD-DULIAN (F.), L'actionnaire dans les opérations de portage, art. préc., p. 767.

<sup>203</sup> NAFTALSKI (F.), POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), art. préc., p. 4 ; POLLAUD-DULIAN (F.), L'actionnaire dans les opérations de portage, art. préc., p. 772.

<sup>204</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 221, p. 115 ; SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 694, p. 447 ; TREILLE (B.), art. préc., p. 749.

<sup>205</sup> LUCAS (F.-X.), *op. et loc. cit.* ; V. également TREILLE (B.), art. préc., p. 755.

<sup>206</sup> LUCAS (F.-X.), *op. et loc. cit.* ; TREILLE (B.), art. préc., p. 753 ; POLLAUD-DULIAN (F.), L'actionnaire dans les opérations de portage, art. préc., p. 772.

<sup>207</sup> SCHMIDT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, art. préc., p. 33.

<sup>208</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 222, p. 116 ; POLLAUD-DULIAN (F.), L'actionnaire dans les opérations de portage, art. préc., p. 784.

garantissent que le porteur ne participera ni aux pertes, ni aux bénéfices de la société<sup>209</sup>. Dès lors, les dispositions de l'article 1844-1 devraient s'appliquer lorsque le donneur d'ordre est associé<sup>210</sup>. Ainsi que l'ont souligné Jeantin et Monsieur Alfandari, « *si l'investisseur entend acquérir, fût-ce à titre de meilleure garantie du remboursement du prêt qu'il a consenti à un associé, la propriété des parts sociales, il doit en assumer tous les risques, alors même qu'il n'acquerrait la propriété que pour un temps limité* »<sup>211</sup>. Aucune disposition ne permet en effet, aujourd'hui, de distinguer les actionnaires qui ne seraient que de simples investisseurs, non soumis aux aléas sociaux, de ceux qui seraient réellement associés, encourant tous les risques mais également toutes les chances de profit inhérents à cette situation<sup>212</sup>. Dans ces conditions, admettre que le porteur peut être exonéré des pertes et privé des bénéfices sous prétexte qu'il participe à une opération globale conduirait à méconnaître les fondements de la prohibition.

**153.** Aucun des arguments qui ont été soulevés pour justifier le caractère non léonin des conventions de portage ne saurait convaincre.

Ainsi que l'a démontré Monsieur Soumrami<sup>213</sup>, et en l'état du droit positif, les conventions de portage ne sauraient être validées au motif qu'elles supprimeraient de manière symétrique la vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes, alors que ne seraient prohibées que les clauses établissant un déséquilibre entre l'un et l'autre. D'une part en effet, on peut faire valoir au contraire qu'une clause établissant un tel déséquilibre doit être condamnée dans la mesure où elle regroupe les deux atteintes à l'ordre sociétaire prohibées par l'article 1844-1 du Code civil<sup>214</sup>. D'autre part, et surtout, il paraît erroné d'affirmer que ne seraient prohibées que les clauses qui créent un déséquilibre entre participation aux bénéfices et contributions aux pertes. L'argument pourrait, éventuellement, justifier que la clause exonérant un associé des pertes soit validée, dans la mesure où la contribution aux pertes est conçue comme la

<sup>209</sup> SCHMIDT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, art préc., p. 49.

<sup>210</sup> RANDOUX (D.), note sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.587, préc. Dans l'hypothèse où le donneur d'ordre n'est pas ou plus associé, la garantie que le porteur a de voir ses titres rachetés au prix fixé peut s'analyser comme un contrat d'assurance avec un tiers. Or un associé peut valablement se faire garantir des pertes qu'il subira du fait de l'activité sociale par un tiers (Supra n° 123). Le porteur reste donc tenu, à l'égard de la société, de sa participation aux pertes. La convention de portage, n'altérant pas les rapports sociaux, n'est donc pas contraire à la prohibition des clauses léonines.

<sup>211</sup> ALFANDARY (E.) et JEANTIN (M.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avr. 1987, *RTD com.* 1987.523.

<sup>212</sup> V. implicitement LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 279s., p. 145s., qui proposent une telle distinction comme "amélioration du droit des sociétés".

<sup>213</sup> SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 737s., p. 475s.

<sup>214</sup> SOUMRAMI (P.), thèse préc., n° 738, p. 476.



contrepartie de la participation aux bénéfices<sup>215</sup>. Les rédacteurs du Code civil ont en revanche considéré, sans que cette idée soit remise en cause ensuite, que tous les associés devaient participer aux bénéfices<sup>216</sup>. Il importe dès lors peu, au regard de cette exigence, que les conventions de portage permettent à l'associé privé des bénéfices de ne pas contribuer aux pertes<sup>217</sup>.

On a encore soutenu que le porteur continuerait à courir un aléa, qui résulterait de la différence entre le prix de cession des droits et leur valeur au moment de la cession. Le porteur réaliserait un gain si le prix est supérieur à la valeur des titres et subirait une perte s'il leur est inférieur<sup>218</sup>. Un tel raisonnement ne saurait convaincre. Il conduit en effet à inverser les notions de bénéfices et de pertes pour la société et pour l'associé. Ce dernier réaliserait un bénéfice lorsque la valeur des parts diminue, et subirait une perte lorsqu'elle augmente. Une telle solution apparaît en contradiction avec les principes qui régissent la société : les associés s'associent pour réaliser des bénéfices, ou pour partager les pertes résultant de l'exploitation. L'intérêt et la bonne foi qui président au fonctionnement social impliquent donc que tous les associés recherchent le même résultat ; l'idée qu'un associé puisse tirer bénéfice des pertes réalisées par la société, et subies par ses coassociés, est incompatible avec les principes fondamentaux qui régissent la société.

La validité des conventions de portage ne semble, enfin, pouvoir résulter d'une distinction entre la qualité de contractant et celle d'associé du donneur d'ordre<sup>219</sup>. Celui-ci agirait non en qualité d'associé, mais en tant que tiers<sup>220</sup>. Un associé pouvant être garanti des pertes subies

---

<sup>215</sup> Supra n° 104.

<sup>216</sup> Supra n° 101.

<sup>217</sup> On a également fait valoir que les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil n'auraient pas pour objet la protection de chaque associé –qui serait assurée si l'équilibre entre participation aux bénéfices et contribution aux pertes est maintenu- mais l'organisation plus globale de l'ensemble des rapports au sein du groupe des associés (SOURAMI (P.), *op. et loc. cit.*). Une telle clause se révélerait ainsi incompatible avec l'esprit de communauté qui imprime le contrat de société. Une telle interprétation n'est toutefois pas certaine. Pour prohiber les clauses léonines, les rédacteurs du Code civil ont considéré qu'il serait particulièrement inéquitable, ou contraire à la bonne foi, que l'un des associés soit privé des bénéfices. Ils semblaient donc bien avoir en vue l'intérêt de chaque associé. En tout état de cause, cette explication ne peut que renforcer l'idée selon laquelle tout associé doit participer aux bénéfices.

<sup>218</sup> En ce sens, SCHMIDT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, art. préc., p.52 ; LE CANNU (P.), obs. sous Caen, 16 janvier 1990, *Bull. Joly* 1991, § 326, p. 916.

<sup>219</sup> Proposant une telle distinction : SCHMIDT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, art. préc., p.50 ; SOURAMI (P.), thèse préc., n° 746s., p. 482s.

<sup>220</sup> M. Soumrami ajoute que cette conception est conforme à la jurisprudence. Il observe que la Cour de cassation semblait justifier sa solution, dans le célèbre arrêt admettant qu'un associé puisse payer les primes d'une assurance sur la vie au profit de son coassocié (supra note n° 94), par un raisonnement similaire. Cette idée avait de plus été utilisée par M. Maubert (MAUBERT (M.), thèse préc., n° 143, p. 180) pour valider les clauses de garantie données par un associé à son coassocié, dont les montants ne sont pas prélevés sur les fonds sociaux.

par un tiers<sup>221</sup>, la promesse de rachat ne serait donc plus condamnable en vertu de la prohibition des clauses léonines. La garantie ne serait, avec la rémunération, que la contrepartie du service rendu par le porteur au donneur d'ordre. Et la convention de portage différerait de la convention, prohibée par l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil, dont le but est d'exonérer un associé des pertes. Un tel argument ne peut convaincre. Il est en effet parfaitement artificiel de distinguer le donneur d'ordre agissant en tant que cocontractant du porteur, du donneur d'ordre agissant en tant qu'associé. La promesse litigieuse a précisément pour objet de permettre au donneur d'ordre de redevenir associé, de telle sorte qu'elle ne peut être considérée comme extérieure aux rapports sociaux<sup>222</sup>.

**154.** Il apparaît donc que les promesses de rachat ou de vente de droits sociaux à prix garanti conclues dans le cadre d'une convention de portage, dans des termes et à des conditions destinées à préserver le porteur des aléas sociaux, devraient être annulées en application de l'article 1844-1 du Code civil tel qu'interprété en fonction des fondements de la prohibition.

Tel devrait également être le cas des promesses destinées à organiser le départ d'un associé.

### **B – Le but occasionnellement léonin des promesses d'achat ou de vente à prix déterminé organisant le départ d'un associé**

**155.** La question du but des promesses destinées à organiser le départ d'un associé de la société paraît plus délicate à traiter. Si le système du portage implique en effet que le porteur soit exonéré des pertes et privé des bénéfices, et que les promesses de vente et de rachat soient conclues à des conditions permettant une telle suppression de la vocation aux résultats, tel n'est pas nécessairement le cas d'une promesse d'achat ou de vente « isolée ».

**156.** Dans les situations dans lesquelles est conclu ce type de promesse, la participation concomitante du promettant et du bénéficiaire de la promesse à la société est parfois, d'une certaine manière, fortuite, ou à tout le moins non voulue, de telle sorte que la stipulation d'un prix minimum est totalement étrangère à la question de la répartition des bénéfices et des pertes<sup>223</sup>. Tel est par exemple le cas lorsque la cession des droits sociaux n'est échelonnée que parce que le cessionnaire ne dispose pas des fonds nécessaires pour acquérir l'ensemble

---

<sup>221</sup> Supra n° 124.

<sup>222</sup> Supra n° 129.

<sup>223</sup> CHAMPAUD (C.) et LE FLOCH (P.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avr. 1987, *RTD com.* 1988.66, n° 5.

des droits en une fois. Le report du paiement n'est conçu que comme un terme, et la conservation des droits par le cédant comme une garantie. La promesse n'a alors pas pour but d'exonérer le cédant des bénéfices ou de le priver des pertes. Elle ne vise qu'à assurer la complète transmission des titres aux conditions initiales.

**157.** Dans de nombreux cas en revanche, la stipulation d'un prix garanti, plutôt que d'un prix déterminable par rapport aux résultats de la société, tend à assurer le cédant que le prix des parts sociales ou des actions ne sera pas affecté par les mauvais résultats que pourrait réaliser l'entreprise entre la conclusion de la promesse et sa levée, ou tend à assurer le cessionnaire que ce prix ne sera pas affecté par des résultats positifs. La promesse est donc notamment, voire exclusivement, conclue afin de faire échapper son bénéficiaire aux pertes<sup>224</sup>. Si de telles promesses n'ont pas nécessairement un effet léonin dès lors qu'elles prévoient un délai pour la levée de l'option, elles encourent en revanche l'annulation en raison de leur but<sup>225</sup>.

Et il ne semble pas possible d'admettre leur validité au regard de la prohibition des clauses léonines au motif que, dans ces cas, le cédant quitterait la société, de telle sorte qu'il serait admissible « d'anticiper » la perte de la qualité d'associé et de faire ainsi sortir la promesse du champ d'application de la prohibition<sup>226</sup>. Le principe même de la promesse implique qu'elle peut ne pas être levée. Aussi cette perte de la qualité d'associé n'est-elle pas certaine. La levée de la promesse peut en outre intervenir plusieurs années après qu'elle a été consentie<sup>227</sup>. Il semble dès lors prématuré d'anticiper la perte de la qualité d'associé du cédant, et ce d'autant plus que, dans certains cas, il conserve les titres pour demeurer intéressé à la gestion sociale.

### CONCLUSION DU CHAPITRE.

**158.** Il apparaît finalement que toutes les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix déterminé n'encourent pas la nullité sur le fondement de l'article 1844-1 du Code civil interprété au regard de ses fondements. Ceux-ci conduisent en effet à sanctionner soit les clauses qui ont pour but de priver un associé des résultats, soit celles qui ont pour effet de supprimer tout espoir de participation. Or certaines promesses, spécialement lorsqu'elles

---

<sup>224</sup> RANDOUX (D.), obs. sous Com., 20 mai 1986, *Rev. soc.* 1986.590.

<sup>225</sup> *Ibid.*

<sup>226</sup> Proposant un tel raisonnement : LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, art. préc., p. 169.

<sup>227</sup> REINHARD (Y.), obs. sous Com. 20 mai 1986, *RTD com.* 1987.205.

prévoient un délai pour la levée de l'option, ne rentrent ni dans la première, ni dans la seconde de ces catégories.

Toutes les promesses ne peuvent néanmoins échapper à cette prohibition. Certaines conventions, parce qu'elles permettent la levée de l'option à tout moment, ont un effet léonin. D'autres, et notamment celles conclues dans le cadre de conventions de portage, ont un but léonin.



## CONCLUSION DU TITRE

**159.** L'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil aux promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix déterminé ne soulève plus guère de difficultés pratiques. La Cour de cassation les valide en effet, qu'elles s'insèrent dans une convention de portage ou qu'elles tendent à la transmission définitive des droits.

**160.** Cette jurisprudence peut toutefois faire l'objet de plusieurs critiques.

Les arrêts écartant la nullité en raison de l'objet des promesses litigieuses semblent en contradiction tant avec la lettre qu'avec l'esprit initial de l'article 1844-1 du Code civil. Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil en effet, sur lequel le législateur de 1978 n'est pas revenu, la prohibition avait vocation à s'appliquer à toutes les conventions conclues entre associés, quels que soient leur objet ou leur but, leur support... Et l'article 1844-1 du Code civil prohibe les clauses exonérant des pertes ou privant des bénéfices un associé, sans autre distinction. Il est en outre contestable que de telles conventions soient sans incidence sur la répartition des résultats dans les rapports sociaux.

Les derniers arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation écartant l'application de l'article 1844-1 du Code civil à l'investisseur semblent moins critiquables. Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil en effet, la vocation aux résultats était une conséquence de la qualité de partie au contrat de société. Dans l'hypothèse où le terme « d'investisseur » désignerait les titulaires de droits sociaux dont la qualité de partie au contrat de société peut être contestée, la solution serait plus conforme à l'esprit de la prohibition. Néanmoins, elle resterait en contradiction avec sa lettre, qui vise tous les associés, sans permettre de distinguer, au sein des titulaires de droits sociaux, de véritables associés et des investisseurs. La conformité à l'esprit de la prohibition reste en outre limitée : les rédacteurs du Code civil comme le législateur de 1978 ont assimilé parties au contrat de société et associés. Ils en ont déduit que tous les associés, sans distinction possible, devaient avoir vocation aux résultats.

**161.** Les promesses de vente ou d'achat à prix garanti répondent, cependant, aux besoins de la pratique. Du risque de nullité qui devrait découler de l'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil conformément à sa lettre et à son esprit résulte ainsi l'inadéquation du droit des sociétés.

Il convient alors, pour satisfaire les besoins de la pratique sans renoncer à la cohérence du système de la prohibition des clauses léonines, de poser la question de l'aménagement des

principes qui la fondent et qui, définis il y a plus de deux cent ans en grande partie sur les bases du droit romain, ne correspondent plus nécessairement à la société moderne.

**162.** De la même manière, les difficultés soulevées par l'application à l'ensemble des cessions de droits sociaux de règles pour l'essentiel définies par le droit romain en matière de prix de vente doivent conduire à envisager une modification du régime des cessions de droits sociaux.

## **TITRE II : LA DIFFICILE FIXATION D'UN PRIX CONFORME AUX EXIGENCES DU DROIT DE LA VENTE**

**163.** Les parties à une cession de droits sociaux, lorsqu'elles souhaitent que le prix des droits sociaux corresponde à leur valeur d'échange, se trouvent parfois dans une situation délicate. Les informations dont elles disposent peuvent les déterminer à procéder à la cession des droits sociaux moyennant un prix compris dans un certain intervalle. Dans de nombreux cas, elles sont toutefois confrontées à deux types de difficultés<sup>1</sup>. D'une part, elles n'ont pas nécessairement connaissance, lorsqu'elles s'accordent sur le principe et les modalités de la cession, de la situation financière exacte de la société au jour de la transmission des titres. D'autre part, la situation financière de la société peut encore être modifiée, après que les comptes au jour de la cession ont été définitivement arrêtés, en raison, par exemple, de l'apparition de passifs trouvant leur cause antérieurement à la cession, mais ne se révélant que postérieurement. Ces difficultés interdisent fréquemment aux parties de déterminer définitivement la valeur d'échange des droits sociaux et donc le montant de leur prix dès la conclusion du contrat. Elles ne peuvent toutefois, et, souvent, ne veulent, conclure la vente sans aucun accord sur le prix<sup>2</sup>.

Ces contraintes les conduisent à prévoir différentes modalités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux (Sous-titre 1). L'application des règles relatives au prix de vente aux stipulations ainsi convenues expose la vente à un certain nombre de risques, notamment de nullité (Sous-titre 2).

---

<sup>1</sup> Supra n° 9.

<sup>2</sup> L'article 1583 du Code civil pose l'exigence, pour la formation du contrat de vente, de l'accord sur la chose et sur le prix. Il dispose : « Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».





## SOUS-TITRE I : L'ADAPTATION DU PRIX ET DE LA VALEUR D'ÉCHANGE DES DROITS SOCIAUX

**164.** Afin de faire face aux difficultés qu'elles rencontrent pour déterminer la valeur d'échange des droits sociaux et donc leur prix<sup>1</sup>, les parties adaptent le montant de l'obligation monétaire de l'acheteur et la valeur d'échange des parts sociales ou actions selon deux types de modalités.

Cédant et cessionnaire cherchent, en premier lieu, à convenir d'un prix qui reflète la valeur de l'entreprise déterminée sur la base de sa situation financière au jour de la cession. A cette fin, ils procèdent à une adaptation du prix et la valeur d'échange que l'on peut qualifier d'initiale (Chapitre 1).

Anticipant d'éventuelles modifications ultérieures de la situation financière de la société, ils prévoient en outre parfois, pour maintenir l'adaptation initiale d'un prix d'ores et déjà fixé et de la valeur d'échange des droits, des mécanismes permettant un maintien du rapport entre le prix et la valeur d'échange (Chapitre 2).

---

<sup>1</sup> Il importe de souligner que ces développements ne portent pas uniquement sur l'adaptation du prix à la valeur de la société. Ils portent, plus globalement, sur l'adaptation du prix *et* de la valeur de la société. Seront ainsi également présentés les différents moyens d'adapter la valeur de la société pour qu'elle corresponde au prix convenu (il s'agit essentiellement de certaines clauses de garantie maintenant la valeur du patrimoine de la société). Il est en effet difficile, sans une étude de l'ensemble des modalités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux, de distinguer celles de ces modalités qui affectent le prix, et celles qui affectent la valeur de l'entreprise. Aussi l'étude des difficultés soulevées par les modalités de fixation du prix suppose-t-elle, préalablement, une étude de l'ensemble des modalités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux.



## **CHAPITRE 1 : L'ADAPTATION INITIALE DU PRIX ET DE LA VALEUR D'ÉCHANGE DES DROITS SOCIAUX**

**165.** L'adaptation initiale du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux est réalisée, d'une part, lorsque le prix des droits sociaux est fixé par les parties (Section 1) et, d'autre part, lorsqu'il est fixé par un tiers (Section 2).

### **SECTION 1 – LA FIXATION DU PRIX PAR LES PARTIES**

**166.** L'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux résulte soit de l'accord sur un prix déterminé (A), soit de l'accord sur un prix déterminable (B).

#### **§ 1 – L'adaptation résultant de l'accord sur un prix déterminé**

**167.** L'adaptation du prix et de la valeur d'échange peut d'abord résulter de l'accord des parties sur un prix égal à la valeur d'échange de la chose. Les parties à la cession estiment en effet parfois être en mesure de déterminer dès la signature de l'acte de cession la valeur d'échange des droits sociaux. Elles s'accordent, dès cet instant, sur la somme d'argent que le cessionnaire versera au cédant pour éteindre la dette correspondante<sup>1</sup>. Dans certains cas, le cessionnaire s'engage en outre à régler aux créanciers sociaux tout ou partie du passif de la société dont les droits sociaux sont cédés<sup>2</sup>. L'adaptation du prix à la valeur des droits sociaux résulte alors de l'accord sur un prix correspondant à la valeur d'échange de la chose, déduction faite de la valeur que les parties attribuent aux obligations pesant sur l'acheteur.

**168.** Dans tous ces cas de figure, la fixation du prix procède d'une évaluation de la chose<sup>3</sup>. Les parties à une cession de droits sociaux conviennent cependant parfois d'un prix qu'elles ne considèrent pas comme la contrepartie du transfert de propriété des titres, mais uniquement comme la représentation de cette contrepartie, c'est-à-dire comme un symbole<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> V. parmi de très nombreux exemples Com., 11 oct. 2005, *Bull. Joly* 2006, § 131, p. 632, obs. MASSART (T.) ; Com., 12 mai 2004, *Bull. civ. IV*, n° 94, p. 97, *RTD civ.* 2004.500, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

<sup>2</sup> V. par exemple pour une telle hypothèse Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1974, *Bull. civ. I*, n° 301, p. 258 ; Com., 24 mai 1976, *Bull. civ. IV*, n° 192, p. 153.

<sup>3</sup> GARRIGUES (B.), La contre-prestation du franc symbolique, *RTD civ.* 1991.459, p. 461.

<sup>4</sup> LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., spéc. n° 5, p. 14 ; FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, *D.* 1997, chr. 51, spéc. n° 1, p. 51 ; GARRIGUES (B.), art. préc., p. 459 ; DOM (J.-P.), obs. sous Paris, 9 sept. 1997, *Bull. Joly* 1998, § 4, p. 20.

**169.** Deux séries d'hypothèses sont concevables<sup>5</sup>.

Le prix symbolique est en premier lieu stipulé lorsque les droits sociaux cédés possèdent une valeur objective de négociation, mais que celle-ci trouve sa contrepartie dans différentes obligations mises à la charge du cessionnaire<sup>6</sup>. Il peut s'agir, par exemple, de l'engagement de prendre en charge le passif de la société<sup>7</sup> ou les dettes du cédant<sup>8</sup>, du remboursement à l'associé du compte courant qu'il possédait dans la société<sup>9</sup>, de la reprise des engagements de caution souscrits par le cédant<sup>10</sup>, ou de l'engagement de faire apport de certaines sommes à la société<sup>11</sup>. Le véritable prix des droits sociaux est alors constitué par le coût de ces obligations<sup>12</sup>. Le cédant ne s'engage pas pour recevoir la somme convenue symboliquement, mais pour que le cessionnaire exécute les obligations mises par ailleurs à sa charge par l'acte de cession. Un prix symbolique est toutefois stipulé par les parties afin de procurer à l'acte la qualification de vente<sup>13</sup>. Il manifeste leur volonté de parvenir au transfert de propriété de l'objet de la vente, avec l'intention de produire tous les effets légaux attachés à ce contrat<sup>14</sup>. Le prix n'a ainsi, dans l'esprit des parties, qu'une valeur de symbole : il ne constitue pas la contrepartie monétaire nécessaire à la qualification de vente, mais la représente<sup>15</sup>.

Le prix symbolique est, en second lieu, parfois stipulé lorsque les parts sociales ou actions cédées ont perdu toute valeur vénale en raison des pertes subies par la société, spécialement lorsque celle-ci se trouve ou risque de se trouver en état de cessation des paiements<sup>16</sup>. Les associés peuvent dans cette situation souhaiter se défaire des parts sociales ou des actions afin de transférer à leur successeur la charge de la reprise de l'exploitation avec les risques qu'elle comporte<sup>17</sup>. Ils peuvent en particulier espérer, lorsque l'entreprise est proche de la cessation

---

<sup>5</sup> GARRIGUES (B.), art. préc., p. 460.

<sup>6</sup> GARRIGUES (B.), *eod. loc.* ; FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 4, p. 52. Dans la mesure où le montant du prix est fixé dès la conclusion du contrat, ce mécanisme trouve sa place dans les présents développements.

<sup>7</sup> Com., 11 fév. 1992, RJDA 5/92, n° 466, p. 368.

<sup>8</sup> Cf. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 fév. 1981, *Gaz. Pal.* 1981.2, pan., p. 244.

<sup>9</sup> Paris, 12 nov. 1991, *Bull. Joly* 1992, § 19, p. 90 ; Paris, 4 juin 1991, *Bull. Joly* 1991, § 322, p. 906 ; Com., 27 nov. 1984, *Bull. Joly* 1985, § 12, p. 89.

<sup>10</sup> Com., 22 nov. 1988, *Bull. Joly* 1989, § 19, p. 84 ; Com., 18 nov. 1986, *Bull. Joly* 1986, § 349, p. 1147, *JCP* 1987.II.20806, note JEANTIN (M.).

<sup>11</sup> Com., 18 nov. 1986, *Bull. Joly* 1986, § 349, p. 1147, *JCP* 1987.II.20806, note JEANTIN (M.).

<sup>12</sup> FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 4, p. 52.

<sup>13</sup> FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 4, p. 52.

<sup>14</sup> FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 12, p. 55.

<sup>15</sup> La nature monétaire du prix de vente permet de distinguer la vente non seulement de l'échange, mais également des contrats emportant transfert de propriété d'un bien en contrepartie d'obligations de faire (sur ce point, v. infra n° 495s.).

<sup>16</sup> LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 5, p. 14.

<sup>17</sup> FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 5, p. 52 ; FREYRIA (C.), Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, *JCP* 1992.I.3600, n° 16, p. 328.

des paiements, que le repreneur de l'entreprise parviendra à la redresser et à poursuivre l'exploitation du fond, ce qui leur permettra d'échapper à une action en comblement de passif<sup>18</sup>. L'absence de valeur des titres, les charges et les risques transmis au repreneur, et l'intérêt que peut avoir le cédant à s'en défaire, le conduisent à accepter de s'en défaire sans véritable contrepartie pécuniaire<sup>19</sup>. La contrepartie du transfert de propriété des titres résidant alors dans les effets inhérents à ce transfert<sup>20</sup>, celui-ci n'a pas de contrepartie formelle. Aussi les parties conviennent-elles fréquemment d'un prix qui symbolise le caractère onéreux de l'acte<sup>21</sup>.

**170.** S'il s'agit dans les deux cas envisagés de symboliser l'existence du prix, le rapport avec la valeur d'échange des droits sociaux, et avec celle de la société, n'est pas identique.

Il est direct lorsque la valeur de l'entreprise est nulle ou négative : la stipulation d'un prix qui n'est que symbolique est l'expression de cette absence de valeur.

Il est moins évident lorsque pèse sur l'acquéreur d'autres obligations : le prix symbolique ne correspond pas à la valeur d'échange des droits sociaux. Un auteur a ainsi pu écrire que la mention d'un prix symbolique « *ne traduit nullement la valeur réelle du bien transmis et n'a aucune vocation en ce sens* »<sup>22</sup>. S'il ne traduit pas en lui-même la valeur des droits sociaux, le prix symbolique n'est toutefois pas dénué de rapport avec cette valeur. Son caractère uniquement symbolique manifeste le fait qu'à la valeur d'échange des droits sociaux correspond celle des obligations pesant sur le cessionnaire. Sans refléter en lui-même cette valeur, il s'inscrit dans l'ensemble que constituent les obligations pesant sur le cessionnaire, et que les parties considèrent comme équivalent aux droits sociaux. Il est adapté à la valeur résiduelle des droits sociaux, c'est-à-dire à leur valeur après imputation de celle des obligations assumées par le cessionnaire.

---

<sup>18</sup> MASSART (T.), *Dict. Joly, Droits des sociétés, série A*, v° Cession d'actions, 2003, n° 28, p. 12 ; GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 janv. 1992, *RTD civ.* 1992.777 ; CHAMPAUD (C.) et LE FLOCH (P.), obs. sous Com., 3 janv. 1985, *RTD com.* 1986.520.

<sup>19</sup> *Ibid.* ; adde FREYRIA (C.), *Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux*, art. préc., n° 15, p. 328.

<sup>20</sup> GARRIGUES (B.), art. préc., p. 464.

<sup>21</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), art. préc., p. 36 ; Comp. GARRIGUES (B.), art. préc., p. 464, qui estime que la stipulation d'un prix symbolique tend à laisser « dans l'ombre » la contrepartie véritable de la cession, les parties cherchant à décourager tout « contrôle inquisitorial » sur les prestations réciproques. Il exprimerait la volonté des parties de contracter aux termes d'une appréciation strictement personnelle de la valeur des droits. S'il est possible que certaines parties stipulant un prix symbolique poursuivent un tel objectif, l'analyse de Madame Garrigues nous semble toutefois difficilement généralisable en raison du caractère nécessairement contingent de toute motivation.

<sup>22</sup> GARRIGUES (B.), art. préc., p. 462.

**171.** L'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux peut encore résulter de l'accord des parties non sur le montant du prix lui-même, mais sur un mode de détermination ultérieure de ce montant.

## **§ 2 – L'adaptation résultant de l'accord sur un prix déterminable**

**172.** Si l'article 1591 du Code civil exige que le prix de vente soit « déterminé et désigné », jurisprudence<sup>23</sup> et doctrine<sup>24</sup> affirment constamment depuis un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1925<sup>25</sup> qu'il n'est pas nécessaire pour la formation du contrat de vente, que le montant du prix soit définitivement fixé dès la conclusion du contrat, pourvu qu'il soit déterminable<sup>26</sup>.

Ce principe conduit les parties à la cession de droits sociaux, lorsqu'elles ne disposent pas encore des données nécessaires à la fixation définitive de la valeur d'échange des droits sociaux, à s'accorder non sur un montant, mais sur des modalités de la fixation ultérieure du prix<sup>27</sup>. La fixation du prix est ainsi reportée à une date à laquelle la valeur d'échange des droits sociaux peut être fixée, ce qui permet d'adapter la première à la seconde.

---

<sup>23</sup> V. notamment pour les arrêts reprenant explicitement cette formule : Req., 14 fév. 1927, *S.* 1927.1.175, *D.* 1928.1.80 ; Req., 22 décembre 1936, *S.* 1937.1.101 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 1954, *Bull. civ.* IV, n° 151, p. 128 ; Com. 11 fév. 1957, *Bull. civ.* III, n° 49, p. 42 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 juin 1969, *Bull. civ.* III, n° 464 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 jan. 1972, *Bull. civ.* III, 4, p. 3 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 fév. 1974, *Bull. civ.* I, n° 62, p. 52.

<sup>24</sup> V. notamment : PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.), *op. cit.*, t. 10, n° 36, p. 30 ; COLIN (A.) ET CAPITANT (H.), *op. cit.*, 7<sup>ème</sup> éd., n° 541, p. 495 ; BEUDANT (R.) ET LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 9, *La vente, le louage des choses*, 2<sup>ème</sup> éd., Rousseau, 1938, par. J. BRETHER DE LA GRESSAYE, n° 115, p. 85 ; JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 1939, n° 1024, p. 609 ; RIPERT (G.) ET BOULANGER (J.), *op. cit.*, t. 3, n° 1340, p. 455 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *op. cit.*, t. 3, 3<sup>ème</sup> éd., n° 865, p. 108 et 6<sup>ème</sup> éd., 1984, n° 865, p. 136 ; GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. cit.*, n° 381s., p. 426s. ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 32, p. 28 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 286, p. 290 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) ET DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 145, p. 142 ; MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 117, p. 110 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 203, p. 137 ; FAGES (B.), *op. cit.*, n° 186, p. 143 ; ANTONMATTEI (P.-H.) ET RAYNARD (J.), *op. cit.*, n° 127, p. 102 ; HUET (J.), *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, 2<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 11190, p. 155 ; ainsi que parmi les très nombreux articles et chroniques traitant de cette question : GHESTIN (J.), L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, *D.* 1973, chr. 293, spéc. n° 2, p. 293 ; BERMOND DE VAULX (J.-M.), La détermination du prix dans le contrat de vente, *JCP* 1973.I.2567, spéc. n° 7 ; ENGELHARD-GROSJEAN (M.-L.), La détermination de l'objet dans les contrats, *Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand*, t. XIII, 1976, p. 439s., spéc. p. 452 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), L'indétermination du prix, *RTD civ.* 1992.269, spéc. p. 273.

<sup>25</sup> Req., 7 janvier 1925, *D. H.* 1925.57.

<sup>26</sup> L'objet de ce chapitre n'est pas de rappeler le droit positif, mais de présenter les mécanismes développés par les parties à une cession de droits sociaux. Il serait toutefois artificiel de dissocier totalement ces mécanismes des règles relatives au prix : les parties – ou leurs conseils – connaissent le plus souvent, au moins approximativement, les règles en question. Et c'est sur la base de ce qu'elles pensent autorisé qu'elles adoptent tel ou tel mécanisme. Aussi rappelons nous très brièvement certaines de ces règles, en renvoyant, pour davantage de précisions, aux développements consacrés à l'exposé du droit positif (infra n° 308s.).

<sup>27</sup> CAUSSAIN (J.-J.) ET GERMAIN (M.), art. préc., n° 23, p. 210.

**173.** Les parties font ainsi fréquemment dépendre le montant du prix des comptes sociaux arrêtés à la date de la cession<sup>28</sup>, et, plus spécialement, du montant des capitaux propres<sup>29</sup>, de celui des valeurs immobilisées<sup>30</sup>, des stocks, des résultats non encore établis d'un exercice clos<sup>31</sup>, ou de tout poste du bilan ou du compte de résultat auquel elles accorderaient une importance particulière<sup>32</sup>.

La stipulation d'un prix déterminable n'exclut par ailleurs pas que pèsent sur le cessionnaire d'autres obligations. L'obligation de payer un prix déterminable peut ainsi, par exemple, être complétée par celle de payer directement au créanciers sociaux certaines dettes de la société<sup>33</sup>.

**174.** Les parties à la cession s'entendent en outre parfois sur un mécanisme d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux cédés fondé sur l'évolution de la rentabilité future de la société cédée<sup>34</sup>. Elles conviennent, aux termes de ces conventions souvent désignées par le terme anglais de convention de « *earn out* »<sup>35</sup>, que le prix des droits sociaux variera en fonction des résultats futurs de l'entreprise<sup>36</sup>. Cette rentabilité pourra être appréciée sur des périodes plus ou moins longues en fonction, par exemple, du bénéfice net avant ou après impôt, de la marge brute, ou de toute autre méthode fondée sur des ratios financiers plus ou moins complexes<sup>37</sup>.

---

<sup>28</sup> BULLE (J.-F.), Aspects pratiques sur... la période intermédiaire en cas de cession de titres, *Dr. soc.*, janv. 2000, p. 5 ; DELFOSSE (A.), La détermination du prix dans les cessions de contrôle, *Bull. Joly* 1990, § 98, p. 431, n° 3, p. 433 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 354, p. 273.

<sup>29</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 28, p. 191 ; v., pour une illustration jurisprudentielle : Com., 18 juin 1996, *Bull. Joly* 1996, § 370, p. 1013.

<sup>30</sup> VINCENT (F.), La vente de titres dans les sociétés non cotées, *Petites affiches*, n° 139 du 8 décembre 1980, p. 6, spéc. p. 7.

<sup>31</sup> POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), Cessions d'entreprise : Les conventions de « *earn out* », *Dr. soc., Actes pratiques*, juin 1998, p. 5, n° 8, p. 7.

<sup>32</sup> V. par exemple : Com., 10 déc. 1991, *Bull. Joly* 1992, § 47, p. 170, où le prix dépendait de cinq éléments dont la valeur de licences de transports exploitées par la société dont les parts étaient cédées ;

<sup>33</sup> V. par exemple Com., 13 janv. 1971, *Bull. civ. IV*, n° 13, p. 13, *JCP* 1972.II.17060 note BERNARD (N), où les parties étaient convenues d'un prix provisoire d'un franc par part, à fixer définitivement lorsque le prochain bilan serait établi, et de la prise en charge par le cessionnaire du passif social à concurrence de 400 000 francs

<sup>34</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *Les garanties de passif*, 2<sup>ème</sup> éd., E.F.E., 2003, n° 47, p. 34.

<sup>35</sup> Sur ces conventions, V. notamment : SALES (J.) et LACAZE (D.), *Clauses de *earn out* : un avenir prometteur*, *Dr. soc.* 2000, p. 13 ; POITRINAL (F.-D.), *Cession d'entreprise : Les conventions de *earn out**, *JCP éd. E* 1999, p. 18 ; POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), art. préc., p. 5 ; KANDE DE BEAUPUY (S.), *Les clauses d'*earn out**, *Droit & Patrimoine* janvier 1994, p. 26 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1556, p. 268.

<sup>36</sup> KANDE DE BEAUPUY (S.), art. préc., p. 26 ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 1067, p. 679.

<sup>37</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 196s., p. 131s.



Une telle clause peut présenter, tant pour le cessionnaire que pour le cédant, de multiples intérêts<sup>38</sup>. Elle assure d'abord au cessionnaire qui doute de la stabilité des résultats de l'entreprise et de sa rentabilité une certaine correspondance entre le prix et la valeur d'échange des droits, fondée sur ces résultats<sup>39</sup>. Elle lui permet en outre, dans des hypothèses où il ne souhaite pas ou ne peut pas se substituer au cédant dans la gestion de la société –par exemple parce qu'il est uniquement un investisseur, ou parce que la présence du cédant est essentielle au bon fonctionnement de la société-, de maintenir le cédant dans ses fonctions en s'assurant de sa collaboration, de la qualité de laquelle dépendra le prix perçu<sup>40</sup>. Une telle clause peut par ailleurs présenter un intérêt pour le cédant. Tel sera par exemple le cas lorsqu'il estime que les résultats de la société sont sur le point de s'améliorer en raison d'investissements ou d'efforts qu'il a fournis dans un passé proche. La clause de *earn out* lui permettra alors de toucher les fruits de ses efforts<sup>41</sup>.

**175.** On peut d'ores et déjà noter que la validité des conventions d'*earn out* ne fait guère de doute si l'on exclut les questions relatives à la déterminabilité du prix<sup>42</sup>. Elles ne semblent en particulier pas contraire en elles-mêmes aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil. Certes le cédant, en vendant ses parts sociales ou ses actions à un prix supérieur à celui auquel il les a acquises, peut se trouver dans les faits exonéré des pertes<sup>43</sup>. Réciproquement, le jeu de certaines clauses peut permettre au cessionnaire de se faire rembourser une partie du prix de cession dans l'hypothèse où la société n'atteindra pas les objectifs préalablement déterminés. Il bénéficiera ainsi d'une sorte d'exonération des pertes<sup>44</sup>. Cependant, ces considérations ne sauraient suffire à considérer la clause d'*earn out* comme léonine. D'une part en effet, les dispositions de l'article 1844-1 du Code civil ne jouent qu'entre associés<sup>45</sup>, de telle sorte que la question ne se pose que lorsque le cédant conserve des parts sociales ou actions pendant la

---

<sup>38</sup> KANDE DE BEAUPUY (S.), art. préc., p. 26s. ; Contra MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 197, p. 134, qui estime que la couverture d'éléments de rentabilité future ne convient guère au vendeur dans la mesure où seuls les associés peu confiants dans la rentabilité de la société céderaient leurs parts sociales ou actions.

<sup>39</sup> KANDE DE BEAUPUY (S.), art. préc., p. 26.

<sup>40</sup> KANDE DE BEAUPUY (S.), art. préc., p. 27.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 954, p. 457. Certains auteurs estiment que les clauses de *earn out* ne doivent en outre pas revêtir un caractère potestatif (KANDE DE BEAUPUY (S.), art. préc., p. 30 ; POITRINAL (F.-D.), Cession d'entreprise : Les conventions de *earn out*, art. préc., p. 21). La distinction ne nous semble cependant pas nécessaire. L'obligation dont il s'agit d'apprécier le caractère potestatif est l'obligation de payer le prix. Les éléments qui conduisent à retenir ce caractère conduisent également à conclure à l'indéterminabilité du prix (en ce sens, *infra* n° 327). Aussi la question de la potestativité d'une obligation de payer le prix est-elle absorbée par celle de l'indétermination du prix.

<sup>43</sup> POITRINAL (F.-D.), Cession d'entreprise : Les conventions de *earn out*, art. préc., p. 22.

<sup>44</sup> KANDE DE BEAUPUY (S.), art. préc., p. 30.

<sup>45</sup> *Supra* n° 121s.

période d'application de la clause d'*earn out*. Si en effet la cession a porté sur la totalité des droits sociaux détenus par le cédant, il importe peu, au regard des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil, qu'il garantisse par la suite le cessionnaire contre les risques de perte<sup>46</sup>. D'autre part, si le caractère léonin d'une convention n'est pas sans lien avec le niveau du prix, il résulte d'abord de la possibilité offerte à un associé de céder ses parts avant de devoir participer aux pertes<sup>47</sup>. Le simple fait que le cessionnaire se fasse rembourser une partie du prix payé par l'un de ses coassociés ne l'exonère donc pas réellement des pertes, puisqu'il demeure tenu d'y participer en cas de liquidation de la société. La question ne se pose alors plus que dans le cas où la clause d'*earn out* permet de déterminer le prix des parts ou actions que le cédant a conservé et s'est engagé à céder ultérieurement<sup>48</sup>. Le caractère léonin ne résulte alors toutefois pas des modalités de détermination du prix, mais de la possibilité de céder les parts<sup>49</sup>. La question posée n'est ainsi plus celle de la validité des conventions d'*earn out*, mais celle de la validité des promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix garanti<sup>50</sup>.

**176.** La volonté d'adaptation du prix et de la valeur d'échange se manifeste donc par l'adoption de mécanismes en vertu desquels le montant du prix dépend de données comptables et financière soit actuelles, c'est-à-dire au jour de la cession, soit futures. Dans tous ces cas, les parties reportent la fixation du prix à une date à laquelle elles disposeront de tous les éléments qu'elles jugent nécessaires pour la fixation de la valeur d'échange des droits, ce qui leur permet de faire correspondre ce prix à cette valeur d'échange.

Elles peuvent encore confier, dans le même but, la détermination du prix à un tiers.

## **SECTION 2 – LA FIXATION DU PRIX PAR UN TIERS**

**177.** Il résulte de l'article 1591 du Code civil que le prix doit, en principe, être déterminé par les parties. Différentes dispositions prévoient toutefois que le prix peut être déterminé par un tiers. L'article 1592 du Code civil précise ainsi que le prix « *peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers* ». L'article 1843-4 du Code civil dispose par ailleurs :

---

<sup>46</sup> POITRINAL (F.-D.), Cession d'entreprise : Les conventions de *earn out*, art. préc., p. 22 ; KANDE DE BEAUPUY (S.), art. préc., p. 30.

<sup>47</sup> Supra n° 140s.

<sup>48</sup> POITRINAL (F.-D.), Cession d'entreprise : Les conventions de *earn out*, art. préc., p. 22.

<sup>49</sup> Supra n° 140s.

<sup>50</sup> Sur laquelle v. supra n° 45s.

*« Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné soit par les parties, soit, à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible »*

Aussi les parties à la cession de droits sociaux recourent-elles parfois, pour adapter le prix et la valeur d'échange des droits, au tiers de l'article 1592 du Code civil (§ 1) ou à celui de l'article 1843-4 du Code civil (§ 2).

### **§ 1 – La fixation du prix par un tiers désigné en application de l'article 1592 du Code civil**

**178.** Les parties confient fréquemment la fixation à un tiers nommé en application de l'article 1592 du Code civil (A), ce qui leur permet d'adapter le prix à la valeur d'échange des droits sociaux (B).

#### **A – Le recours fréquent au tiers**

**179.** L'article 1592 du Code civil laisse aux parties qui décident de confier la détermination du prix à un tiers une grande liberté pour définir les modalités de cette détermination.

Le recours à l'expert peut ainsi être prévu à titre principal. Mais il peut également être prévu à titre subsidiaire, c'est-à-dire pour le cas où les parties ne parviendraient pas à s'accorder sur le prix du bien<sup>51</sup>.

Les parties disposent par ailleurs d'une grande liberté dans le choix du tiers<sup>52</sup>. Le tiers peut ainsi être un magistrat<sup>53</sup>, ou une personne de droit public –par exemple le service des domaines-, alors même que les textes régissant son activité ne prévoient pas qu'il puisse se mettre gratuitement, ainsi qu'il l'avait fait, au service des particuliers<sup>54</sup>. Elles peuvent le désigner elles-mêmes ou charger le juge de procéder à cette désignation<sup>55</sup>. Il a en particulier été admis que le contrat prévoit que le tiers serait désigné, à défaut d'accord entre les parties, par le président du tribunal statuant en la forme des référés<sup>56</sup>. Les parties peuvent encore, par

---

<sup>51</sup> V. par exemple Com., 25 mai 1981, *Bull. civ.* IV, n° 247.

<sup>52</sup> V. sur les limites de cette liberté et les difficultés qui peuvent en naître, infra n° 348s.

<sup>53</sup> Com., 14 mars 1995, pourvoi n° 93-14.163.

<sup>54</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 23 octobre 1979, *Bull. civ.* III, n° 188.

<sup>55</sup> MARECHAL (S.), *Le prix de vente laissé à l'arbitrage d'un tiers*, thèse Lille, 1970, p. 70 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 205, p. 139.

<sup>56</sup> Com., 26 juin 1990, *Bull. civ.* IV, n° 197, p. 134, *RTD civ.* 1991.356.

exemple, désigner chacune un expert, et prévoir qu'ils en désigneront un troisième s'ils ne parviennent pas à s'entendre sur le prix<sup>57</sup>.

Les parties disposent en outre d'une grande liberté pour aménager la mission du tiers<sup>58</sup>. Elles peuvent lui laisser une totale liberté pour déterminer le prix ou, au contraire, lui imposer un certain nombre de contraintes<sup>59</sup>. Elles peuvent ainsi imposer au tiers les conditions de calcul du prix, des méthodes d'évaluation ou des montants auxquels le prix ne devra pas être inférieur ou supérieur<sup>60</sup>. Il est par ailleurs généralement considéré que le tiers doit, à défaut d'indication, se placer pour évaluer les droits sociaux, à la date à laquelle les parties se sont mises d'accord pour avoir recours à l'expert, car c'est à cette date que la vente sera considérée comme formée<sup>61</sup>. Les parties peuvent toutefois modifier cette date, et prendre par exemple en compte des données futures<sup>62</sup>. Elles peuvent encore lui imposer certaines règles procédurales, telles que le respect du principe du contradictoire<sup>63</sup>.

**180.** Usant de ces facultés, les parties conviennent dans de nombreuses conventions de cession de parts sociales ou d'actions que le prix sera déterminé par un<sup>64</sup> ou plusieurs tiers<sup>65</sup>. Les contrats prévoient ainsi parfois que chacune des parties nommera un expert et que les deux experts ainsi nommés en désigneront un troisième s'ils ne parviennent pas à s'entendre sur le prix<sup>66</sup>. Le contenu de la mission du tiers est par ailleurs plus ou moins précisé. Les parties lui laissent dans certains cas une totale liberté pour fixer le prix des droits sociaux<sup>67</sup>. Parfois au contraire, différentes directives lui sont imposées. Il peut ainsi par exemple lui être imposé de fixer en fonction du résultat net de la société<sup>68</sup>, ou par comparaison avec d'autres transactions<sup>69</sup>.

<sup>57</sup> KANDE DE BEAUPUY (S.), art. préc., p. 29.

<sup>58</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 611, p. 455.

<sup>59</sup> POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), art. préc., n° 26, p. 10.

<sup>60</sup> COURET (A.), note sous Com., 8 avr. 1999, *Bull. Joly* 1999, § 272, p. 1177 ; POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), *eod. loc.* ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 623s., p. 462s. et les nombreux exemples donnés ; MASSART (T.), Cession d'actions, fasc. préc., n° 25, p. 11.

<sup>61</sup> En ce sens : MARECHAL (S.), thèse préc., p. 46.

<sup>62</sup> MASSART (T.), Cession d'actions, fasc. préc., n° 24, p. 11 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 617, p. 458.

<sup>63</sup> MASSART (T.), Cession d'actions, fasc. préc., n° 23, p. 11 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 615, p. 457.

<sup>64</sup> GERMAIN (M.), art. préc., p. 73 ; CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 24, p. 210 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), *Rev. soc.* 1997.455, spéc. n° 1, p. 455.

<sup>65</sup> V. par exemple Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 avr. 1999, *Bull. civ.* II, n° 67, p. 49 ; Com., 6 fév. 2007, à paraître au *Bulletin*.

<sup>66</sup> V. par exemple Com., 9 mai 1985, *Bull. Joly* 1985, § 259, p. 788 ; Com., 5 oct. 2004, pourvoi n° 02-21.545.

<sup>67</sup> V. par exemple Com., 9 mai 1985, *Bull. Joly* 1985, § 259, p. 788.

<sup>68</sup> V. par exemple Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 avr. 1999, *Bull. civ.* II, n° 67, p. 49.

<sup>69</sup> Com., 19 déc. 2006, pourvoi n° 05-10.198.

**181.** Les parties, en confiant la détermination du prix à un tiers, se donnent un représentant commun auquel elles confient le pouvoir de déterminer, à leur place, un des éléments essentiels du contrat de vente. Le tiers est chargé de parfaire une convention inachevée<sup>70</sup>. Il se substitue aux parties pour « *accomplir un acte dont les effets vont se produire sur la tête de ces parties pour les engager dans les termes de l'article 1134* »<sup>71</sup>. La détermination du prix à laquelle le tiers procède constitue en principe « *la loi des parties* »<sup>72</sup>. Celles-ci se trouvent en effet liées par le jeu de la représentation, en application de l'article 1134 du Code civil<sup>73</sup>. Aussi la détermination entraîne-t-elle la formation définitive de la vente<sup>74</sup>, sans que le montant du prix puisse en principe être critiqué<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> MOTULSKY (H.), La nature juridique de « l'arbitrage » prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer, *Rec. gén. lois* 1955.109, spéc. p. 26 ; MASSART (T.), *eod. loc.*

<sup>71</sup> MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 11, p. 463 ; V. également Civ. 31 mars 1862, *D. P.* 1862.1.242, qui décide que la mission confiée à un tiers « *ne consiste pas à émettre un avis, mais à rendre une décision faisant la loi des parties* ».

<sup>72</sup> Req., 31 mai 1862, *D. P.* 1862.1.242 ; Com., 6 juin 1950, *Bull. civ.* IV, n° 205, p. 141 ; Com., 12 nov. 1962, *Bull. civ.* IV, n° 444, p. 367 ; Com., 26 juin 1990, *Bull. civ.* IV, n° 197, p. 134 ; V. également Com., 6 juin 2001, *Dr. soc.*, déc. 2001, comm. 170, p. 13, obs. BONNEAU (T.).

<sup>73</sup> MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 21, p. 471 ; REMY (P.), obs. sous Com., 26 juin 1990, *RTD civ.* 1991.356.

<sup>74</sup> MARECHAL (S.), thèse préc., p. 104 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 17, p. 467. La question de la nature du lien unissant les parties avant la détermination du prix se pose alors. Certains auteurs ont soutenu que la convention ne devient une vente qu'à compter de la détermination du prix (PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.), *op. cit.*, t.10, n° 38, p. 32 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 20, p. 469). La convention constituerait, avant la détermination du prix, un contrat innomé qui imposerait aux parties soit l'obligation de conclure la vente au prix fixé par le tiers, soit, en outre, l'obligation préalable de désigner le tiers. Cette solution ne semble toutefois pouvoir être adoptée. Elle se heurte, en premier lieu, aux termes même de l'article 1592, qui en disposant que « *le prix peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers* », semble admettre que le contrat ainsi formé demeure une vente. Elle se heurte, en second lieu, et surtout, aux rares arrêts de la Cour de cassation statuant sur cette question, qui tous décident que la vente est conclue et que le transfert de propriété est réputé s'opérer au jour de l'accord des parties, sauf à ce qu'il ait été retardé par celles-ci (Req., 6 juil. 1831, *D. P.* 1832.1.375 ; Com., 27 nov. 1991, pourvoi n° 90-14.858). Rien ne justifierait dès lors que la fixation du prix transforme rétroactivement un contrat innomé en vente. Aussi le contrat semble-t-il pouvoir être considéré dès l'accord des parties comme une vente, conclue sous condition suspensive, ainsi que le pense la majorité des auteurs (V. notamment MARECHAL (S.), thèse préc., p. 45 ; v. également AUBRY (C.) et RAU (G.), *op. cit.*, n° 349, p. 337 ; DUVERGIER (J.-B.), *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 16, Renouard, 1835, t. 16, n° 162, p. 194 ; DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, t 16, 1833, n° 110, p. 142 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET SAIGNAT (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, Sirey, 1900, n° 135, p. 114 ; BEUDANT (R.) ET LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *op. cit.*, t. 9, préc., n° 117, p. 85 ; RIPERT (G.) ET BOULANGER (J.), *op. cit.*, t. 3, n° 1345 ; MALAURIE (P.) et AYNES (L.), *Cours de droit civil*, t. 8, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Cujas, 14<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 206, p. 181, précision qui a disparu dans les dernières éditions de l'ouvrage). Dans la mesure où le contrat n'existe pas si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, l'existence du contrat dépend, d'une part, de l'acceptation par le tiers de sa mission (Cass. 15 vent. an 6, S. 1.1.91), d'autre part, de sa capacité à fixer le prix, éléments qui, s'ils sont réunis, entraîneront automatiquement la fixation du quantum du prix. Or l'acceptation du tiers comme sa capacité à faire l'estimation demeurent incertaines ; rien n'oblige le tiers, sauf engagement préalable en ce sens, à accepter sa mission. La fixation du prix constitue ainsi un événement incertain, dont dépend la perfection du contrat.

<sup>75</sup> V. par exemple Com., 6 juin 2001, *Dr. soc.*, déc. 2001, comm. 170, p. 13, obs. BONNEAU (T.) ; Com., 12 nov. 1962, *Bull. civ.* III, n° 444. Sur les limites de ce principe, *infra* n° 364s.

**182.** De l'effet associé à la décision du tiers, il résulte qu'il n'est, dès lors que les parties ont entendu être liées par sa décision<sup>76</sup>, ni un arbitre ni un expert, mais un mandataire.

Il se distingue d'abord de l'expert. Celui-ci, comme le tiers de l'article 1592 du Code civil, assume une mission technique, consistant à évaluer le bien et excluant toute appréciation d'ordre juridique<sup>77</sup>. Mais il se distingue du tiers de l'article 1592 du Code civil dans la mesure où son avis n'a de caractère obligatoire, ni pour le juge, ni pour les parties, qui peuvent fixer le prix à un montant différent de celui déterminé par l'expert<sup>78</sup>. La Cour de cassation a ainsi jugé, après avoir rappelé que la qualification donnée aux tiers ne saurait dépendre de celle qui leur a été donnée par les parties et dépend de la nature de leur mission, que les tiers, dont la mission ne consistait pas à émettre un avis mais à rendre une décision faisant la loi des parties, ne pouvaient être assimilés à des experts obligés de suivre les formalités prescrites pour les expertises<sup>79</sup>.

Le tiers de l'article 1592 du Code civil n'est pas davantage un arbitre. Les deux institutions présentent, certes, des points communs. Le tiers comme l'arbitre sont ainsi investis conjointement par les deux parties, et leurs conclusions s'imposeront à celles-ci<sup>80</sup>. Mais elles ne peuvent être assimilées, que l'on adopte comme critère de distinction l'un ou l'autre des

<sup>76</sup> Il demeure en revanche, si les parties n'ont pas entendu être liées par sa décision, un simple expert (MASSART (T.), *Cession d'actions*, fasc. préc., n° 19, p. 10)

<sup>77</sup> MOURY (J.), *Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers* (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 7, p. 461.

<sup>78</sup> V. notamment MOURY (J.), *Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers* (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 7, p. 461 ; MASSART (T.), *Cession d'actions*, fasc. préc., n° 19, p. 10 ; CADIET (L.), *Arbiter, arbitrator, Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil, Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 153, spéc. p. 161 ; v. encore Motulski, qui écrivait : « Dès lors qu'il résulte de la clause (...) que les parties ont entendu laisser aux « tiers » le soin de procéder à une fixation obligatoire pour les parties comme pour le juge, la notion d'expertise perd tout droit de cité » (MOTULSKY (H.), *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, t. 2, Dalloz, 1974, p. 46, n° 3). Un auteur (JARRONSSON (C.), *La notion d'arbitrage*, préf. B. Oppetit, *Bibl. dr. priv.*, t. 198, L.G.D.J., 1987, n° 216, p. 117) a contesté le caractère opérant du critère fondé sur la force obligatoire de la décision du tiers, en observant que certaines expertises étaient également irrévocables. Il y aurait ainsi lieu d'opérer une distinction entre expertise révocable –qui ne lierait pas les parties– et expertise irrévocable. Les conclusions de l'expertise irrévocable, comme celles de l'arbitrage, seraient obligatoires pour les parties. Mais le mandat de l'article 1592 se limiterait à la formation du contrat, quand l'expertise irrévocable interviendrait au stade de son exécution. Cette distinction permettrait de restreindre la portée de la sanction prévue par l'article 1592 quand le tiers n'a pu ou voulu déterminer le prix, à savoir la nullité de la vente. Les remarques formulées par Monsieur Jarronsson ne remettent cependant pas en cause le critère de distinction généralement admis. L'auteur se fonde en effet, pour contester le caractère opérant de ce critère, sur le fait que les parties peuvent confier le soin à un tiers, dans le cadre d'une expertise irrévocable, de déterminer certains éléments du contrat. Mais il ne conteste pas que la détermination du prix de vente relève de l'arbitrage prévu par l'article 1592 du Code civil, et de celui-ci uniquement. Il n'existe ainsi pas d'expertise irrévocable permettant de déterminer le prix de vente, de telle sorte que l'arbitrage de l'article 1592 du Code civil se distingue de la seule expertise pouvant porter sur le prix de vente, qui n'est pas obligatoire.

<sup>79</sup> Cass., 31 mars 1862, *D.P.* 1862.1.212 ; V. plus récemment Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 1984, *Bull. civ.* I, n° 164.

<sup>80</sup> MOURY (J.), *Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers* (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 3, p. 458.

deux critères utilisés par la doctrine et la jurisprudence<sup>81</sup>, à savoir l'existence d'un litige<sup>82</sup> ou la nature de la mission confiée au tiers<sup>83</sup>. Le tiers qui fixe un prix ne tranche pas un différend d'ordre juridique, ce qui est caractéristique du litige<sup>84</sup>, mais uniquement une question de fait<sup>85</sup>. A cet égard, l'opposition d'intérêt entre les parties, qui se retrouve lors de la conclusion de la plupart des contrats synallagmatiques, voire le désaccord qui peut exister sur le montant du prix, ne suffisent pas à faire naître un litige<sup>86</sup>. Les parties ne confient par ailleurs pas mission au tiers d'accomplir un acte juridictionnel. Un tel acte suppose que les parties aient formulé des prétentions juridiques, c'est-à-dire qu'elles aient demandé à l'arbitre de se prononcer sur le bien fondé d'une demande au regard d'une règle de droit, et que l'arbitre ait procédé à une vérification entre le fondement en fait de la prétention et la règle de droit dont le bénéfice est invoqué<sup>87</sup>. Or tant la condition d'une prétention que la vérification par l'arbitre font défaut<sup>88</sup>. Les parties ne soumettent pas au tiers une prétention dont il s'agirait d'admettre ou de rejeter le bien fondé<sup>89</sup>. Contrairement à la décision de l'arbitre, qui est susceptible d'exequatur, la décision du tiers de l'article 1592 n'a qu'une valeur conventionnelle<sup>90</sup>, n'ouvrant contre la

---

<sup>81</sup> V. sur ces deux critères et leur utilisation : COHEN (D.), thèse préc., n° 347s., p. 171s. ; OPPETIT (B.), Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : A propos d'une jurisprudence récente, *Rev. arb.* 1977.315.

<sup>82</sup> V. par exemple pour des auteurs considérant que la mission de l'arbitre se caractérise par le fait que l'arbitre tranche un litige : CADIET (L.), art. préc., p. 161 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 5s., p. 459, et pour la jurisprudence : Com., 18 juin 1958, *Rev. arb.* 1958.91 ; v. également JARROSSON (C.), thèse préc., n° 519s., p. 251s. qui fait de l'existence d'un litige l'un des critères de distinction de l'arbitrage, mais en définissant largement la notion de litige comme la situation dans laquelle « deux ou plusieurs parties sont en désaccord et que ce désaccord, qui se traduit par une divergence de vue, est susceptible pour sa solution de nécessiter l'application d'une règle juridique » (JARROSSON (C.), thèse préc., n° 524, p. 254).

<sup>83</sup> V. par exemple en ce sens MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n° 14, p. 21 et pour la jurisprudence : Cass., 31 mars 1862, *D.P.* 1862.1.212 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 novembre 1965, *Bull. civ.* I, n° 606, p. 459 ; V. également Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 février 1965, *Bull. civ.* II, n° 182, qui, bien que statuant en matière de fixation des loyers d'un bail, exclut, du fait de l'existence d'un litige, la qualification de mandat donné à des techniciens dans le sens de l'article 1592 du Code civil ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 nov. 1962, *Bull. civ.* I, n° 489 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 oct. 1976, *Bull. civ.* I, n° 305, p. 245, *Rev. arb.* 1977.336.

<sup>84</sup> CADIET (L.), art. préc., p. 161 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 5s., p. 459 ; REMY (P.), obs. sous Com ; 26 juin 1990, *RTD civ.* 1990.356.

<sup>85</sup> MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 5s., p. 459 ; CADIET (L.), art. préc., p. 161 ; Soulignant que l'objet du désaccord –le prix– constitue l'un des critères essentiels de distinction de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil et de l'arbitrage : COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 21, p. 1049 ; RONTCHEVSKY (N.), note sous CA Paris, 17 sept. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 7, p. 49.

<sup>86</sup> CADIET (L.), art. préc., p. 162 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 5s., p. 459.

<sup>87</sup> MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n° 5, p. 47.

<sup>88</sup> MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n° 6, p. 47 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 5, p. 459.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> COHEN (D.), thèse préc., n° 347, p. 171 ; JARROSSON (C.), thèse préc., n° 310, p. 162.

partie qui refuserait d'exécuter la vente dont le prix a ainsi été fixé qu'une action relevant du droit commun des contrats.

Ni expert ni arbitre, le tiers de l'article 1592 du Code civil est ainsi unanimement considéré comme un mandataire des parties et, plus précisément, comme leur mandataire commun<sup>91</sup>.

**183.** Le recours au tiers de l'article 1592 du Code civil permet alors aux parties d'adapter le prix à la valeur d'échange des droits sociaux.

### **B – L'influence du tiers sur le rapport entre le prix et la valeur d'échange des droits sociaux**

**184.** Ce recours au tiers permet d'adapter le prix à la valeur d'échange dans une double mesure.

D'une part, l'intervention du tiers permet aux parties de conclure la vente tout en reportant la fixation du prix à une date à laquelle le tiers sera en mesure d'appréhender la situation exacte de la société au jour du transfert effectif des droits sociaux. Elle assure ainsi les parties que le prix sera bien fixé en fonction de l'état réel de la société au jour de ce transfert.

Les parties, d'autre part, ne se bornent pas à confier au tiers la fixation du prix, c'est-à-dire à lui demander de liquider la créance du cédant. Le fait de confier la fixation du prix à un tiers n'ôte pas au contrat son caractère commutatif. Aucune des parties n'entend, en principe, s'appauvrir du fait du contrat. Ainsi, elles confient au tiers la tâche de fixer un prix entrant dans la gamme des valeurs d'échange qu'elles attribuent aux droits sociaux. Aussi le tiers doit-il déterminer un rapport entre la monnaie et les droits sociaux avant de liquider la dette et de fixer le quantum de l'obligation monétaire. Le recours au tiers permet alors l'adaptation du prix à la valeur d'échange des droits sociaux dans la mesure où le tiers fixe en principe le prix à un montant correspondant à la valeur d'échange des droits qu'il est chargé de déterminer. Sans autres instructions, le tiers a ainsi tendance à retenir comme prix la valeur

---

<sup>91</sup> En ce sens LE NABASQUE (H.), obs. sous Com., 4 fév. 2004, *Bull. Joly* 2004, § 163, p. 815 ; V. notamment pour la doctrine : MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 11, p. 463 ; MOTULSKY (H.), *op. cit.*, , p. 23 ; JARRONSSON (C.), thèse préc., n° 302, p. 159, et les références citées par ces deux auteurs ; COHEN (D.), thèse préc., n° 344, p. 169 ; MARECHAL (S.), thèse préc., p. 36 ; et pour la jurisprudence, v. notamment : Com., 3 nov. 1952, *Bull. civ.* III, n° 333, p. 257 ; Civ., 9 juin 1961, *Rev. arb.* 1961.186 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 1961, *Bull. civ.* I, n° 495 ; Com., 12 nov. 1962, *Bull. civ.* III, n° 444, p. 367 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 jan. 1974, *Bull. civ.* I, n° 38, p. 32 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 déc. 1997, *Bull. civ.* I, n° 334, p. 227.



de marché des parts sociales ou actions<sup>92</sup>. Si les parties lui ont imposé certaines contraintes, il adapte le prix à la valeur d'échange que les parties attribuent aux droits sociaux cédés<sup>93</sup>.

**185.** Le recours au tiers de l'article 1592 du Code civil permet ainsi aux parties d'adapter le prix à la valeur d'échange des droits sociaux. La volonté des parties d'adapter le prix et la valeur d'échange des droits sociaux se manifeste encore à travers le recours au tiers de l'article 1843-4 du Code civil.

## **§ 2 – La fixation du prix par un tiers désigné en application de l'article 1843-4 du Code civil**

**186.** De même que l'étude du rôle du tiers de l'article 1592 du Code civil dans l'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux a supposé une présentation de l'intervention de ce tiers, il convient d'évoquer les principales caractéristiques de l'intervention du tiers de l'article 1843-4 du Code civil (A) avant d'étudier l'influence qu'il peut avoir sur l'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux (B).

### **A – Présentation générale de l'intervention du tiers de l'article 1843-4 du Code civil**

**187.** La présentation de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil implique d'envisager le domaine de son intervention (1), puis les linéaments de son régime<sup>94</sup> (2).

---

<sup>92</sup> WERTENSCHLAG (B.), art. préc., n° 46, p. 507.

<sup>93</sup> POITRINAL (F.-D.), Cession d'entreprise : Les conventions de *earn out*, art. préc., p. 21 ; v. également MASSART (T.), Cession d'actions, fasc. préc., n° 25, p. 11, qui expose que le fait de fixer des méthodes d'évaluation est un moyen pour les parties de fixer un prix conforme à leur volonté. Contrairement à ce qui a été affirmé (LAMBERT (T.), thèse préc, n° 638, p. 470 ), il ne semble pas que le tiers soit tenu de respecter les principes jurisprudentiels dégagés en matière d'évaluation des droits sociaux (MASSART (T.), *eod. loc.*). On ne voit pas, en effet, pour quelle raison le tiers devrait nécessairement appliquer lesdits principes, à supposer qu'ils existent, alors que les parties demeurerait libres de ne pas les appliquer lorsqu'elles évaluent elles-mêmes les droits. Le tiers est, lorsqu'il est réellement chargé de parfaire le contrat, un mandataire des parties, qu'il représente. Rien ne justifie dès lors de soumettre le résultat de cette représentation à des sujétions auxquelles les parties ne sont pas soumises.

<sup>94</sup> Les présents développements n'ont pas pour objet de présenter l'intégralité des règles régissant l'intervention du tiers de l'article 1843-4 du Code civil. Ils tendent à rappeler les éléments nécessaires pour démontrer que l'intervention de ce tiers peut constituer un mode d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux. A cette fin, il est utile de préciser le domaine d'intervention de cet expert, dans la mesure où il ne peut, en principe, permettre une telle adaptation que dans les cas où il peut intervenir. Tous les éléments de son régime ne sont en revanche pas utiles de ce point de vue. Aussi nous bornerons-nous à en rappeler les éléments caractéristiques.

## 1 - Le domaine de l'intervention de l'expert

**188.** L'article 1843-4 du Code civil prévoit que le prix des droits sociaux est déterminé par un expert nommé par le président du tribunal « *en cas de contestation* », « *dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société* ». Le domaine d'intervention de ce tiers est large, en ce qu'il s'applique à tous les types de société<sup>95</sup>. Il se trouve cependant limité par quatre éléments<sup>96</sup>.

**189.** Le juge ne peut en premier lieu charger l'expert de l'article 1843-4 de déterminer le prix des droits sociaux que dans les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société<sup>97</sup>. La Cour de cassation a en effet déduit des termes de cet article que les juges du fond ne peuvent ordonner une expertise sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil lorsque les parties « *ne se trouvaient pas dans un cas où est*

---

<sup>95</sup> COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 30., p. 1052 ; DAIGRE (J.-J.), Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil, *Bull. Joly* 1996, p. 789, spéc. p. 790. La Cour de cassation avait jugé que le fait que le décret n° 72-669 du 13 juillet 1972 donnât compétence au bâtonnier, en cas de contestation sur le prix des parts sociales d'une société civile professionnelle d'avocat, faisait obstacle à l'application de cet article (Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 1988, *Bull. civ.* I, n° 160, p. 110). Ce décret ayant été abrogé par l'article 85 de la loi n° 92-680 du 20 juillet 1992, l'article 1843-4 du Code civil a désormais vocation à s'appliquer dans toutes les sociétés civiles professionnelles (COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), *eod. loc.* ; CADIET (L.), art. préc., p. 154).

<sup>96</sup> COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 11s., p. 1047s. Ces auteurs ajoutent une cinquième limite : l'article 1843-4 du Code civil ne serait pas applicable aux opérations sur un marché réglementé (COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 22, p. 1050). Ils se fondent, pour limiter ainsi le domaine d'application de l'article 1843-4 du Code civil, sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant refusé d'ordonner une expertise dans une affaire relative au retrait obligatoire d'un associé. Nous nous bornerons à évoquer ici cette limite, sans y consacrer davantage de développements, dans la mesure, d'une part, où cette solution n'a pour l'instant pas été confirmée par la Cour de cassation et où nous avons, d'autre part, réduit le champ de notre recherche aux cessions intervenant hors marché réglementé.

<sup>97</sup> PAULZE D'IVOY (B.), art. préc., p. 314 ; CADIET (L.), art. préc., p. 155 ; COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 16, p. 1048 ; VIANDIER (A.), note sous CA Paris, 21 mai 1996, et CA Paris, 25 juin 1996, *Rev. arb.* 1996.625, spéc. n° 8, p. 641. Dans un article récent (COURET (A.), L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil, in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 249, spéc. n° 8, p. 253), Monsieur Couret considère que ce principe est remis en cause par un arrêt récent de la chambre commerciale (Com., 30 nov. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 210, p. 236) admettant le recours au tiers de l'article 1843-4 du Code civil dans le cadre d'une cession de droits incorporels. Une telle interprétation nous semble toutefois devoir être écartée, dès lors que l'on admet, ainsi que le fait la Cour de cassation (v. infra n° 200), que les parties peuvent convenir de confier au tiers de l'article 1843-4 du Code civil la fixation du prix. On peut certes se poser la question de savoir si, de la sorte, elle ne désigne pas un tiers au sens de l'article 1592 du Code civil, tout en précisant qu'il est soumis aux règles de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil. Quelle que soit la réponse à cette question, il n'en demeure pas moins que la possibilité offerte aux parties de recourir au tiers de l'article 1843-4 du Code civil hors des cas où l'intervention de cet expert est imposée ne remet pas en cause les conditions nécessaires pour que cette intervention puisse être imposée.

*prévue la cession des droits sociaux d'une société ou le rachat de ceux-ci par la société* »<sup>98</sup>.

La limitation stricte du domaine d'application de ce texte est justifiée par sa *ratio legis*. La raison d'être de cette expertise est en effet de pallier le désaccord des parties sur le prix dans les cas où la cession est inéluctable<sup>99</sup>. Elle n'est qu'un dispositif « de secours », dont la portée ne saurait être étendue au-delà de la *ratio legis* ayant présidé à son adoption<sup>100</sup>.

L'hypothèse la plus fréquente d'application de l'article 1843-4 du Code civil apparaît alors être celle du refus d'agrément d'un cessionnaire proposé par un associé désireux de céder ses parts<sup>101</sup>. Les articles du Code civil ou du Code de commerce envisageant les conséquences de ce refus font en effet alors obligation à la société ou aux associés de racheter les parts ou actions dans les conditions fixées par l'article 1843-4 du Code civil<sup>102</sup>. D'autres situations sont cependant susceptibles de justifier la mise en œuvre des dispositions de cet article. Le recours à l'expert de l'article 1843-4 est ainsi prévu en cas de nullité de la société fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé, lorsqu'une régularisation peut intervenir. La société ou un associé peuvent alors notamment demander au tribunal d'ordonner le rachat des droits sociaux de l'associé en cause dont le prix sera fixé, en cas de contestation, conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil<sup>103</sup>. Divers autres textes renvoient par ailleurs à ce même article<sup>104</sup>.

---

<sup>98</sup> Com., 26 nov. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 284, p. 243, *Bull. Joly* 1997, § 45, p. 133, note ROCA (C.), *Dr. soc.* fév. 1997, comm. n° 22, obs. BONNEAU (T.), *D.* 1997, somm. n° 227, obs. HALLOUIN (J.-C.), *JCP* éd. E 1997.I.4012, n° 5, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.).

<sup>99</sup> VIANDIER (A.), note sous CA Paris, 21 mai 1996, et CA Paris, 25 juin 1996, *Rev. arb.* 1996.625, spéc. n° 7, p. 640. On a soutenu qu'elle tendrait également à assurer une estimation des droits sociaux à leur « juste prix » (ROCA (C.), note sous Com., 26 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, § 45, p. 133). Un tel objectif apparaît cependant contestable. L'évaluation par l'expert serait en effet, dans cette hypothèse, obligatoire, sans que les parties conservent la possibilité de s'accorder sur le prix, et donc de convenir d'un prix différent du « juste prix ». Or l'expert de l'article 1843-4 du Code civil n'intervient, précisément, qu'à défaut d'accord des parties.

<sup>100</sup> VIANDIER (A.), note sous CA Paris, 21 mai 1996, et CA Paris, 25 juin 1996, *Rev. arb.* 1996.625, spéc. n° 7, p. 640.

<sup>101</sup> MOURY (J.), Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, *Rev. soc.* 2005.513, n° 6, p. 515.

<sup>102</sup> V. les articles 1862 al. 3 du Code civil pour les sociétés civiles, L. 223-14 du Code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée, L. 228-24 du Code de commerce pour les sociétés anonymes dont les statuts comportent une clause d'agrément.

<sup>103</sup> Art. 1844-12 du Code civil et L. 235-6 du Code de commerce pour les sociétés commerciales.

<sup>104</sup> La détermination de la valeur des droits sociaux conformément à l'article 1843-4 du Code civil est ainsi prévue par les articles 1851, 1860, 1868, 1869, et 1870-1 du Code civil relatifs aux sociétés civiles, par les articles L. 221-12, L. 221-15 et L. 221-16 du Code de commerce, relatifs aux sociétés en nom collectif, L. 222-2 et L.222-11 du même code relatifs aux sociétés en commandite simple, L. 227-18 du Code de commerce, relatif aux sociétés par actions simplifiées, et L. 228-24 du Code de commerce, relatifs aux sociétés par actions (en ce sens : MOURY (J.), *eod. loc.*). Un auteur considère que l'article 1843-4 du Code civil n'est applicable que dans les cas où le texte prévoit expressément un tel recours (en ce sens : MOURY (J.), Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, art. préc., n° 6, p. 515). Une telle restriction du domaine d'application de ce texte semble toutefois excessive. L'article 1843-4 du Code civil vise en effet tous les cas où est prévue la cession des droits sociaux ou leur rachat par la société, et non

Le texte n'a en revanche pas vocation à régir les cessions conventionnelles de parts sociales ou d'actions<sup>105</sup>, telles que celles résultant d'un pacte de préemption<sup>106</sup>.

**190.** Il ne peut, en deuxième lieu, intervenir que s'il existe une « contestation » sur la valeur des droits cédés<sup>107</sup>. Ni le législateur ni la jurisprudence ne semblent avoir défini la notion de contestation, qui demeure une notion de fait<sup>108</sup>. La Cour de cassation a cependant, pour rejeter un moyen soutenant qu'aucune contestation n'avait existé, observé que la cour d'appel avait constaté qu'il y avait un désaccord entre les parties sur la valeur des parts<sup>109</sup>. La contestation semble ainsi pouvoir être caractérisée dès qu'un désaccord est constaté<sup>110</sup>. Elle ne semble en revanche pas devoir l'être tant que continue la négociation entre les parties<sup>111</sup>.

**191.** Cette contestation doit, en troisième lieu, porter sur le prix des droits sociaux<sup>112</sup> et non, par exemple, sur la validité du contrat de cession<sup>113</sup>, l'existence de l'obligation de cession ou de rachat ou encore la qualité d'associé du cédant ou l'existence des titres<sup>114</sup>.

Dans une espèce où des associés s'étaient retirés de sociétés civiles, et avaient demandé la nomination d'un expert avec mission de fournir tous éléments de nature à permettre de déterminer la valeur de leurs parts sociales, afin d'entreprendre une négociation amiable, la

---

uniquement les cas où est prévue l'intervention de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil. La portée de cette distinction semble cependant limitée, dans la mesure où la plupart des textes prévoyant la cession ou le rachat des droits par la société précisent que le prix sera déterminé, en cas de désaccord, conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil.

<sup>105</sup> ROCA (C.), note sous Com., 26 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, § 45, p. 133.

<sup>106</sup> PAULZE D'IVOY (B.), art. préc., p. 314.

<sup>107</sup> MOURY (J.), Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, art. préc., n° 8, p. 516 ; COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 12, p. 1047 ; PAULZE D'IVOY (B.), art. préc., p. 314. Les parties peuvent toutefois décider de confier la détermination du prix à un tiers conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil en dehors des cas où est prévue son intervention (Cf. infra n° 0s.).

<sup>108</sup> PAULZE D'IVOY (B.), *eod. loc.*

<sup>109</sup> Com., 29 juin 1993, pourvoi n° 91-16.796. Elle a par ailleurs approuvé une cour d'appel ayant, pour retenir l'évaluation faite par un expert en application de l'article 1843-4 du Code civil, relevé qu'une contestation était soulevée « *puisque l'estimation faite par la société était repoussée par les [cédants des actions] qui opposaient celle effectuée par leur propre expert* » (Com., 20 déc. 1988, pourvoi n° 87-19.417).

<sup>110</sup> PAULZE D'IVOY (B.), art. préc., p. 314 ; CADIET (L.), art. préc., p. 161 ; COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 13, p. 1047, qui, après avoir évoqué la nécessité d'une contestation, estime que « cette exigence d'un désaccord » peut faire naître une interrogation, assimilant ainsi contestation et désaccord.

<sup>111</sup> PAULZE D'IVOY (B.), *eod. loc.* ; VIANDIER (A.), note sous Com. 28 déc. 1988, *JCP* éd. E 1989.II.21060 ; GIBRILA (D.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *Defrénois* 2004, p. 1155.

<sup>112</sup> MOURY (J.), Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, art. préc., n° 8, p. 516 ; COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 21, p. 1049 ; LE NABASQUE (H.), obs. sous Com., 30 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 79, p. 400.

<sup>113</sup> PAULZE D'IVOY (B.), art. préc., p. 314.

<sup>114</sup> VIANDIER (A.), note sous CA Paris, 21 mai 1996, et CA Paris, 25 juin 1996, *Rev. arb.* 1996.625, spéc. n° 8, p. 641.

Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel ayant décidé qu'une telle expertise n'avait pas été sollicitée ni ordonnée sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil<sup>115</sup>. La première expertise ne tendait pas, en effet, à déterminer le prix des droits sociaux, mais à fournir des éléments d'informations nécessaires à la conclusion d'un accord amiable<sup>116</sup>. La cour d'appel était en conséquence fondée, selon la Cour de cassation, à confirmer le jugement ordonnant une expertise sur le fondement de ce texte, et à refuser d'ordonner le rachat des parts sur la base du prix déterminé par le premier expert.

**192.** Ce désaccord doit intervenir, en quatrième lieu, entre associés. La Cour de cassation a en effet censuré un arrêt ayant condamné des cédants de parts sociales à payer le prix déterminé par un expert, au motif que celui-ci avait été désigné à la demande du cessionnaire des droits non agréé, qui était tiers à la société<sup>117</sup>. Dans cette espèce, l'un des associés avait cédé une partie de ses parts à un tiers. Une décision devenue irrévocable ayant décidé qu'il appartenait aux associés d'agréer le cessionnaire ou de l'indemniser, le cessionnaire avait demandé une fois l'agrément refusé, que le prix des parts soit déterminé par un expert. La cour d'appel considéra que les dispositions de l'article 1843-4 du Code civil étaient applicables, puisque le litige résultait de la cession d'une partie de ses droits sociaux par un associé à un tiers, et que ces droits devaient être rachetés par la société en l'absence d'agrément. La Cour de cassation censura l'arrêt qui, ayant constaté que la demande était formulée par un tiers, n'avait pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en ordonnant l'expertise.

**193.** La *ratio legis* de l'article 1843-4 du Code civil commande donc de limiter le domaine de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil aux cas où les associés ne parviennent pas à s'accorder sur le prix des droits sociaux dans l'un des cas où sont prévus leur cession ou leur rachat par la société.

Elle commande également le régime de l'intervention de l'expert.

---

<sup>115</sup> Com., 10 mars 1998, *Bull. civ.* IV, n° 100, p. 81 ; *Bull. Joly* 1998, § 246, p. 761, obs. DAIGRE (J.-J.), *Deffrénois* 1998, art. 36811, p. 679, obs. HONORAT (J.) et HOVASSE (H.), *Dr. soc.* juil. 1998, comm. n° 105, obs. BONNEAU (T.), *Rev. soc.* 1998.541, obs. SAINTOURENS (B.).

<sup>116</sup> BONNEAU (T.), obs. sous Com., 10 mars 1998, *Dr. soc.* juil. 1998, comm. n° 105.

<sup>117</sup> Com., 6 déc. 2000, *Bull. civ.* IV, n° 186, p. 130 ; *RTD com.* 2001.167, obs. MONSERIE-BON (M.H.), *Dr. soc.*, mars 2001, comm. n° 40, obs. BONNEAU (T.), *Bull. Joly* 2001, § 78, p. 295, obs. BARBIERI (J.-F.), *BRDA* 2001/1, n° 7, p. 5, *RJDA* 2001/3, n° 325, p. 293.

## 2 - Le régime de l'intervention de l'expert

**194.** L'expertise de l'article 1843-4 du Code civil a été conçue, on l'a dit, comme un dispositif de secours<sup>118</sup>. Elle conserve ainsi un caractère supplétif, en ce sens que les parties peuvent toujours s'accorder sur le prix<sup>119</sup>. L'intervention de l'expert devient certes obligatoire si les parties ne parviennent pas à un tel accord<sup>120</sup>, c'est-à-dire en fait lorsque survient un différend entrant dans la compétence matérielle de ce texte<sup>121</sup>. Mais les parties ne sont pour autant pas totalement dessaisies de la procédure.

Elles peuvent ainsi s'accorder sur le choix de l'expert, le juge n'intervenant, ainsi qu'il résulte des termes mêmes de l'article 1843-4 du Code civil, qu'à défaut d'accord sur ce point<sup>122</sup>.

Il semble par ailleurs qu'elles puissent imposer à l'expert certaines règles pour l'évaluation des droits sociaux, tant dans l'acte de mission<sup>123</sup>, que dans les statuts<sup>124</sup>. Le recours à l'expert est en effet destiné à pallier le défaut d'accord des parties sur le prix dans une situation où la cession est inéluctable<sup>125</sup>. L'expertise n'est donc qu'une voie ultime pour sortir de la situation résultant de l'obligation d'acheter ou de faire acheter incombant à la société<sup>126</sup>. Il semblerait dès lors illogique d'interdire aux parties de s'accorder, fut-ce partiellement, sur les modalités de sa fixation<sup>127</sup>. Le pouvoir dont dispose les parties de fixer elles-mêmes le prix les autorise

<sup>118</sup> Supra n° 189.

<sup>119</sup> DAIGRE (J.-J.), Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil, *Bull. Joly* 1996, p. 789. Cette possibilité est prévue par l'article 1843-4 du Code civil lui-même, qui n'impose l'intervention du tiers qu'en cas de « contestation » sur la valeur des parts.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Dès lors en effet que les parties se mettent d'accord sur le prix, le désaccord requis pour que l'article soit applicable disparaît.

<sup>122</sup> DAIGRE (J.-J.), Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil, art. préc., p. 789.

<sup>123</sup> PAULZE D'IVOY (B.), art. préc., p. 316 ; RANDOUX (D.), obs. sous CA Douai, 24 fév. 1983, *Rev. soc.* 1983.337 ; CHARTIER (Y.), L'évaluation des parts de sociétés civiles immobilières, *Rev. soc.* 1993.1, p. 6 ; CADIET (L.), art. préc., p. 165.

<sup>124</sup> HONORAT (J.) et HOVASSE (H.), obs. sous Com. 10 mars 1998, *Deffrénois* 1998, p. 679 ; GIBRILA (D.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *Deffrénois* 2004, p. 1155, spéc. p. 1159.

<sup>125</sup> Supra n° 189.

<sup>126</sup> HONORAT (J.) et HOVASSE (H.), *eod. loc.*

<sup>127</sup> Madame Paulze d'Ivoy considère que l'accord des parties sur les modalités ne peut être tel qu'il transforme le tiers en simple calculateur (PAULZE D'IVOY (B.), art. préc., p. 316). Nous ne voyons cependant pas ce qui s'y oppose. Il ne s'agirait certes plus dans cette hypothèse d'une expertise (en ce sens : PAULZE D'IVOY (B.), *eod. loc.*). Mais la cession serait alors parfaite en raison de l'accord des parties sur un prix objectivement déterminable, de telle sorte que l'expertise ne serait plus requise. La seule conséquence d'un accord trop complet des parties sur les modalités de détermination du prix serait ainsi de faire sortir la cession du champ d'application de l'article 1843-4 du Code civil. On pourrait objecter que l'article 1843-4 du Code civil tend à protéger le cédant, et à lui assurer qu'il percevra un juste prix pour ces droits. Mais on ne voit alors pas pourquoi ce même article ne s'appliquerait qu'à défaut d'accord des parties sur le prix. On a pu douter, par ailleurs, de la validité d'une clause statutaire déterminant d'avance les méthodes d'évaluation qui devront être suivies par le tiers (RANDOUX (D.), obs. sous CA Douai, 24 fév. 1983, *Rev. soc.* 1983.337 ; CHARTIER (Y.), L'évaluation des parts de sociétés civiles immobilières, art. préc., p. 6). L'article 1843-4 du Code civil prévoyant que la valeur des parts est déterminée par l'expert, celui-ci ne pourrait se laisser imposer une méthode qui aboutirait à fausser

en outre à confier cette mission à un tiers à qui elles ont indiqué l'exacte étendue de sa mission<sup>128</sup>.

**195.** L'intervention de l'expert selon les modalités et dans les conditions définies par l'article 1843-4 du Code civil ne peut en revanche être éludée dès lors que les parties ne parviennent pas à s'accorder sur le prix ou sur un mode de fixation de celui-ci<sup>129</sup>.

Elles s'imposent en premier lieu aux parties. La procédure prévue par cet article tend, on l'a dit, à pallier le désaccord des parties dans des hypothèses où la cession est inéluctable<sup>130</sup>. Elle ne peut dès lors, sauf à être privée de toute portée pratique, qu'être d'ordre public<sup>131</sup>. Elle ne peut en effet résoudre la difficulté résultant du défaut d'accord des parties sur le prix des droits sociaux que si le résultat de l'expertise s'impose à celles-ci. Ainsi que cela ressort de la plupart des articles renvoyant à ces dispositions, il en résulte que les parties ne peuvent exclure la procédure prévue<sup>132</sup>, et convenir, par exemple par des clauses statutaires, qu'en cas

---

cette valeur (CHARTIER (Y.), *eod. loc.*). Mais pourquoi admettre, alors, que les parties peuvent fixer elles-mêmes le prix des parts, ou prévoir des modalités d'évaluation dans l'acte de mission ? Il apparaît par ailleurs difficile de justifier que les règles fixées dans l'acte de mission soient plus contraignantes que celles établies dans les statuts (HONORAT (J.) et HOVASSE (H.), obs. sous Com. 10 mars 1998, *Defrénois* 1998, p. 679). La qualification de mandataire commun généralement retenue pour l'expert (en ce sens, v. infra n° 196) impose en outre à l'expert de respecter les statuts comme les parties elles-mêmes (HONORAT (J.) et HOVASSE (H.), *eod. loc.*).

<sup>128</sup> GIBRILA (D.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *Defrénois* 2004, p. 1155, spéc. p. 1159.

<sup>129</sup> CADIET (L.), art. préc., p. 156.

<sup>130</sup> *Supra* n° 189.

<sup>131</sup> En ce sens : MOURY (J.), *Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil*, art. préc., n° 5, p. 515 ; COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 26, p. 1050 ; HALLOUIN (J.-C.), obs. sous Com., 26 nov. 1996, *D.* 1997, somm., p. 227.

<sup>132</sup> En ce sens : MOURY (J.), *eod. loc.* ; CADIET (L.), art. préc., p. 156. V. par exemple les articles 1862 du Code civil ou L. 228-24 du Code de commerce qui prévoient que le prix est déterminé, en cas de refus d'agrément, dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil, et ajoutent que « toute clause contraire à l'article 1843-4 dudit code est réputée non écrite ». Par exception, l'article L. 227-18 du Code de commerce précise que si les statuts ne prévoient pas les modalités du prix de cessions des actions lorsque la société met en œuvre une clause d'agrément ou d'exclusion d'un associé, le prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil. Il en résulte bien que les statuts peuvent prévoir un autre mode de fixation du prix (en ce sens : MOURY (J.), *Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil*, art. préc., n° 5, p. 515 ; COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 26, p. 1050). Certains auteurs considèrent par ailleurs que cette procédure serait, en raison des modifications apportées à l'article L. 223-14 du Code de commerce par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, également supplétive de la volonté des parties en cas de refus d'agrément du cessionnaire des parts d'une SARL. Avant sa modification, cet article prévoyait, comme l'article L. 228-24 du Code de commerce, que le prix serait déterminé par l'expert de l'article 1843-4 du Code civil en cas de refus d'agrément, et précisait que « toute clause contraire à l'article 1843-4 dudit code est réputée non écrite ». Cette disposition ayant été supprimée par l'ordonnance précitée, certains auteurs en ont déduit que les parties pouvaient convenir d'un autre mode de fixation du prix (MOURY (J.), *Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil*, art. préc., n° 14, p. 520 ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 220, p. 245, spéc. note n° 3). Une seconde interprétation est cependant possible. Le même article prévoit que « Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite », et que « les associés sont tenus [...] d'acquiescer ou de faire acquiescer les parts à un prix fixé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil », de telle sorte que le recours à la procédure prévue par l'article 1843-4

de désaccord sur le prix, la cession n'aura pas lieu, ou que le prix sera fixé à un certain niveau, sans pouvoir être contesté<sup>133</sup>. Le résultat de l'évaluation s'impose par ailleurs en principe aux parties<sup>134</sup>, sans que celles-ci puissent invoquer l'absence de respect du principe de la contradiction<sup>135</sup>. La Cour de cassation a en particulier jugé, dans une espèce dans laquelle les experts avaient été nommés par les parties, que les associés qui s'étaient portés candidats à la cession et avaient demandé la fixation du prix par voie d'expert, en s'en remettant ainsi à l'estimation d'experts désignés conformément aux articles 45 de la loi du 24 juillet 1966 et 1843-4 du Code civil, « *faisaient de la décision des experts leur loi* »<sup>136</sup>.

du Code civil reste ainsi obligatoire, sans qu'une disposition statutaire puisse y déroger (SAINTOURENS (B.), L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, *Rev. soc.* 2004.207, n° 28, p. 218 ; Contra MASSART (T.), Aspects sociétaires de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises, *Bull. Joly* 2004, § 152, p. 743, spéc. p. 747). La suppression pourrait être envisagée comme celle d'une disposition superfétatoire (en ce sens : MOURY (J.), *eod. loc.*).

<sup>133</sup> V. par exemple Com., 4 déc. 2007, *JCP* éd. E, 2008.II.1159, note HOVASSE (H.), *Dr. soc.* fév. 2008, comm. 23 p. 15, note MORTIER (R.). On pourrait objecter à cette qualification d'ordre public que les parties peuvent, ainsi que nous l'avons dit, s'accorder sur le montant du prix, désigner elles-mêmes l'expert, et lui imposer certaines méthodes d'évaluation. La procédure demeure cependant d'ordre public dès lors qu'elle ne peut être écartée par les statuts, au bénéfice d'un autre mode de règlement du différend.

<sup>134</sup> CADIET (L.), art. préc., p. 156 ; COHEN (D.), thèse préc., n° 360, p. 179 ; VIANDIER (A.), note sous CA Paris, 21 mai 1996, et CA Paris, 25 juin 1996, *Rev. arb.* 1996.625, spéc. n° 9, p. 641 ; GIBRILA (D.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Defrénois* 2005, p. 1146 ; ROCA (C.), note sous Com., 26 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, § 45, p. 133 ; v. également Com., 20 déc. 1988, pourvoi n° 87-19.417, *JCP* 1989.II.21260, note VIANDIER (A.). Ce principe d'intangibilité de l'expertise de l'article 1843-4 connaît un certain nombre de limites, à l'instar de l'intangibilité de l'arbitrage de l'article 1592 du Code civil. Il n'est pas utile, pour démontrer que cette expertise permet d'adapter le prix à la valeur d'échange des droits, de les exposer. On se bornera à souligner qu'à côté des limites tenant au résultat de l'évaluation (cf. infra n° 363s.), le caractère obligatoire de l'expertise peut être remis en cause par le droit de repentir dont dispose parfois le cédant. L'article 1862 du Code civil reconnaît au cédant de parts d'une société civile un droit de repentir (COHEN (D.), thèse préc., n° 361, p. 180). Les articles L. 223-14 et L. 228-24 du Code de commerce tels que modifiés par les ordonnances n° 2004-604 du 24 juin 2004 et n° 2004-274 du 25 mars 2004 accordent par ailleurs désormais au cédant de parts d'une SARL, ou d'actions lorsque les statuts contiennent une clause d'agrément, un droit de repentir en cas de refus d'agrément du cessionnaire. En prévoyant que le cédant peut renoncer à la cession « *à tout moment* », les termes de l'article L. 228-24 du Code de commerce lui permettent, notamment, d'exercer son droit de repentir après la fixation du prix par le tiers estimateur (MOURY (J.), *Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil*, art. préc., n° 12, p. 519). L'article L. 223-14 du Code de commerce est moins explicite, et laisse subsister une interrogation sur le point de savoir jusques à quand le cédant peut renoncer à la cession (MOURY (J.), *eod. loc.*). Mais rien ne semble justifier une différence de traitement entre les deux cas, de telle sorte que le cédant de parts d'une SARL semble devoir être considéré comme pouvant renoncer à la cession après la détermination du prix par l'expert (MOURY (J.), *eod. loc.*).

<sup>135</sup> Après avoir rappelé qu'à défaut d'erreur grossière, il n'appartient pas au juge de remettre en cause le caractère définitif de l'évaluation de l'expert, la Cour de cassation a rejeté, dans un arrêt du 19 avril 2005 (Com., 19 avr. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 95, p. 99, *RTD com.* 2005.537, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *RTD civ.* 2005.613, obs. GAUTIER (P.-Y.)) le moyen reprochant à l'expert de ne pas avoir respecté le principe du contradictoire, et a ajouté que la cour d'appel avait exactement retenu que « *les experts ont toute latitude pour déterminer la valeur des actions selon les critères qu'ils jugent opportuns* ». Comp. CADIET (L.), art. préc., p. 166, qui estimait, mais dans un article paru avant que ne soit rendu cet arrêt, que le tiers devait respecter le principe de la contradiction

<sup>136</sup> Com., 13 oct. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 310, p. 221, *JCP* éd. E 1993.I.218, n° 13, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), *Bull. Joly* 1992, § 419, p. 1299 ; *Rev. soc.* 1993.778, note RANDOUX (D.), *RJDA* 1993/1, p. 43 n° 36. Cet arrêt pose la question du fondement de la force obligatoire de la décision de l'expert. Celle-ci



L'accord sur la chose et sur le prix était dès lors réalisé, ce qui interdisait aux parties de retirer leur offre. L'expert étant désigné par le président du Tribunal « *sans recours possible* », elles ne pouvaient en outre remettre en cause la désignation de l'expert, y compris par la voie du pourvoi en cassation<sup>137</sup>.

La procédure prévue par l'article 1843-4 du Code civil s'impose en second lieu au juge, qui ne peut éluder le recours à l'expert de cet article et fixer lui-même le prix des parts sociales ou actions<sup>138</sup>. La Cour de cassation a ainsi censuré l'arrêt qui, après avoir énoncé qu'une expertise n'était pas nécessaire pour déterminer le prix de parts sociales, avait condamné une société à payer au cédant un prix déterminé par la cour d'appel<sup>139</sup>.

**196.** La procédure prévue par l'article 1843-4 du Code civil diffère donc de l'arbitrage de l'article 1592 du même code. Elle suppose une contestation, contrairement à l'intervention du tiers de l'article 1592 du Code civil qui suppose au contraire un accord des parties<sup>140</sup>. Elle est en outre obligatoire lorsque le recours au tiers de l'article 1592 du Code civil est une faculté offerte aux parties<sup>141</sup>.

Toutefois, et malgré ces différences, l'expert de l'article 1843-4 du Code civil semble être, comme le tiers de l'article 1592 du même code, un mandataire des parties. Comme l'arbitrage de l'article 1592 du Code civil, l'expertise de l'article 1843-4 du même code n'est pas, en

---

pourrait résulter, dans les hypothèses où le recours au tiers est imposé aux parties, du seul effet de la loi (MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), préc., n° 23, p. 473 ; VIANDIER (A.), note sous Com., 4 nov. 1987, *JCP* 1988.II..21050, préc.). On pourrait toutefois également soutenir que cette force obligatoire a un fondement purement contractuel. Par la constitution d'une société, les associés ne seraient pas seulement convenus de ce qui fait la matière des statuts, mais également de l'ensemble des règles applicables à la structure mise en place, parmi lesquelles l'article 1843-4 du Code civil (en ce sens : VIANDIER (A.), *eod. loc.*). En outre, les associés, en cédant leurs droits, accepteraient l'éventualité du refus d'agrément et de la fixation conséquente du prix par un tiers (MOURY (J.), *eod. loc.*). La Cour de cassation semble admettre, dans le présent arrêt, le fondement contractuel de la force obligatoire de la décision du tiers, à tout le moins dans les hypothèses où les parties manifestent qu'elles consentent à l'expertise. L'arrêt insiste en effet, pour décider que la décision du tiers constitue la loi des parties, sur le fait que celles-ci s'en sont remises à son estimation (LE NABASQUE (H.), La force obligatoire du rapport d'expertise dans la procédure d'agrément, *Dr. soc.*, déc. 1992, p. 1).

<sup>137</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 déc. 1994, *Bull. civ. I*, n° 364, p. 263.

<sup>138</sup> DAIGRE (J.-J.), Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil, art. préc., p. 791 ; COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 27, p. 1050 ; GIBRILA (D.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Deffrénois* 2005, p. 1146 ; COURET (A.), L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 184 3-4 du Code civil, art. préc., n° 16, p. 256. Elle s'impose semble-t-il également à l'arbitre, dans la mesure où les arbitres sont soumis aux principes directeurs du procès et rendent une sentence qui est un acte juridictionnel et a l'autorité de la chose jugée (DAIGRE (J.-J.), *eod. loc.*).

<sup>139</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juin 1996, *Bull. civ. I*, n° 264, p. 185 ; V. également Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 2007, *Rev. soc.* 2007.832, obs. DAIGRE (J.-J.).

<sup>140</sup> LE NABASQUE (H.), obs. sous Com., 30 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 79, p. 400 ; PAULZE D'IVOY (B.), art. préc., p. 314. ; COHEN (D.), thèse préc., n° 363, p. 182 ; MOURY (J.), Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, art. préc., n° 3, p. 514.

<sup>141</sup> CADIET (L.), art. préc., p. 157.

raison de son caractère obligatoire, une expertise, au titre de laquelle un technicien éclairerait le juge par des constatations sur des questions de fait<sup>142</sup>. A l'instar du tiers de l'article 1592 du Code civil, l'expert de l'article 1843-4 du Code civil ne devient cependant pas pour autant un arbitre<sup>143</sup>. La décision de l'expert n'est en effet pas un jugement ayant autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche<sup>144</sup>. Son intervention peut en outre être imposée aux parties, alors que l'arbitrage suppose la volonté des parties d'y recourir<sup>145</sup>. L'expert de l'article 1843-4 du Code civil ne tranche enfin aucun litige, ni ne statue sur aucune prétention juridique<sup>146</sup>, mais se borne à déterminer la valeur des droits sociaux, c'est-à-dire à trancher une question de fait<sup>147</sup>. Ni expert ni arbitre, le tiers de l'article 1843-4 du Code civil semble ainsi devoir être considéré, à l'instar du tiers de l'article 1592 du Code civil, comme un mandataire commun des parties<sup>148</sup>. Malgré ces différences, l'intervention du tiers

<sup>142</sup> COHEN (D.), thèse préc., n° 362, p. 181 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 9, p. 462 ; LE NABASQUE (H.), La force obligatoire du rapport d'expertise dans la procédure d'agrément, *Dr. soc.*, déc. 1992, p. 1 ; VIANDIER (A.), note sous CA Paris, 21 mai 1996, et CA Paris, 25 juin 1996, *Rev. arb.* 1996.625, spéc. n° 10, p. 641 ; v. également MOURY (J.), Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, art. préc., n° 19, p. 522, qui considère que le droit de repentir de l'associé cédant en cas de refus d'agrément rapproche l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil de l'expertise judiciaire, mais qui écarte néanmoins cette dernière qualification en remarquant que la décision du tiers continue à s'imposer aux parties à la cession autres que le cédant.

<sup>143</sup> La décision de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil et la sentence arbitrale sont en conséquence soumises à des régimes juridiques différents (COHEN (D.), thèse préc., n° 367, p. 184).

<sup>144</sup> CADIET (L.), art. préc., p. 161.

<sup>145</sup> COHEN (D.), thèse préc., n° 367, p. 184. HALLOUIN (J.-C.), obs. sous Com., 26 nov. 1996, *D.* 1997, somm., p. 227.

<sup>146</sup> En ce sens qu'il s'agit des critères de l'arbitrage : supra n° 180.

<sup>147</sup> CADIET (L.), *eod. loc.*

<sup>148</sup> MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 13, p. 464 ; CADIET (L.), art. préc., p. 162 ; ROCA (C.), note sous Com., 26 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, § 45, p. 133, spéc. 137 ; LE NABASQUE (H.), La force obligatoire du rapport d'expertise dans la procédure d'agrément, art. préc., p. 1 ; RANDOUX (D.), obs. sous CA Douai, 24 fév. 1983, *Rev. soc.* 1983.337 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 752, p. 338 ; Comp. LE NABASQUE (H.), obs. sous Com., 4 fév. 2004, *Bull. Joly* 2004, § 263, p. 814, qui émet un doute sur cette qualification dans les cas où l'intervention du tiers est totalement imposée aux parties. On peut toutefois faire valoir que, même dans cette hypothèse, il existe une forme d'accord des parties qui, en acquérant les droits sociaux, ont accepté toutes les règles régissant la société concernée (V. supra n° 195, note n° 136). Dans un article récent, Monsieur Moury considère que la modification des articles L. 223-14 et L. 228-24 du Code de commerce par les ordonnances du 25 mars et du 24 juin 2004 remet en cause cette qualification, dans la mesure où elles remettraient en cause le caractère obligatoire de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil (MOURY (J.), Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, art. préc., n° 18, p. 522). Il précise que si la jurisprudence antérieure octroyait un droit de repentir au cédant en cas de refus d'agrément, il n'était plus permis au cédant de se rétracter dès lors qu'il avait consenti à l'acquisition en acceptant la procédure d'expertise demandée par les candidats à l'acquisition (MOURY (J.), Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, art. préc., n° 11, p. 518), ce qui justifiait le maintien de cette qualification. La décision de l'expert demeure toutefois obligatoire dans les cas autres que le refus d'agrément. Elle s'impose par ailleurs, en cas de refus d'agrément, à l'acheteur désigné par la société. En outre, dans l'hypothèse du refus d'agrément, le cédant n'a que le choix d'accepter ou de refuser de vendre au prix fixé par l'expert. Mais il ne peut, sauf accord de l'acheteur, les vendre à un autre prix en exigeant, par exemple, une autre expertise. La plupart des auteurs s'étant prononcés depuis cette réforme n'ont ainsi pas remis

de l'article 1843-4 du Code civil peut permettre aux parties, comme celle du tiers de l'article 1592 du même code, d'adapter le prix à la valeur d'échange des droits sociaux.

### **B – Etude de l'influence du tiers sur le rapport entre le prix et la valeur d'échange des droits sociaux**

**197.** Les termes de l'article 1843-4 du Code civil ne semblent au premier abord guère permettre aux parties d'adapter le prix et la valeur d'échange des droits sociaux. Contrairement au tiers de l'article 1592 du Code civil, l'expert de l'article 1843-4 du même code n'intervient en principe pas en application de la volonté des parties, mais « *en cas de contestation* » sur la valeur des droits. Son intervention peut ainsi, au contraire de celle du tiers de l'article 1592 du Code civil, être imposée aux parties lors de la cession<sup>149</sup>. Toute volonté commune des parties d'adapter le prix à la valeur d'échange des droits sociaux semble alors exclue.

**198.** On peut toutefois faire valoir que les parties, en constituant une société, ont accepté non seulement le contenu des statuts, mais également toutes les règles applicables au type de société choisée. Elles auraient accepté, notamment, que le prix soit fixé en application des dispositions de l'article 1843-4 du Code civil dans les cas ressortissant de son domaine d'application<sup>150</sup>. L'intervention de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil peut donc être considérée comme révélant dans une certaine mesure la volonté des parties d'adapter le prix et la valeur d'échange des droits sociaux y compris lorsque cette intervention ne fait l'objet, au moment où elle intervient, d'aucun accord.

**199.** La volonté d'adaptation se manifeste par ailleurs lorsque les parties précisent certaines des modalités de l'évaluation<sup>151</sup>. En encadrant la mission du tiers, les parties manifestent leur volonté de lui confier la détermination de la valeur d'échange des droits sociaux. De la sorte, elles lui confient, comme au tiers de l'article 1592 du Code civil, mission de déterminer un prix correspondant à cette valeur d'échange.

---

en cause la nature de la mission de l'expert (V. par exemple CADIET (L.), eod. loc. ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. et loc. cit.*).

<sup>149</sup> Supra n° 195.

<sup>150</sup> VIANDIER (A.), note sous Com., 4 nov. 1987, *JCP* 1988.II..21050 (V. supra n° 195, note n° 136).

<sup>151</sup> Sur la possibilité offerte aux parties d'imposer à l'expert certaines directives pour l'évaluation des droits, v. supra n° 194.

**200.** La détermination du prix par un expert nommé conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil permet en outre l'adaptation du prix à la valeur d'échange des droits dans des cas qui ne ressortissent théoriquement pas au domaine d'application de l'article 1843-4 du Code civil, mais où les parties conviennent de cette intervention.

Les parties à une cession de droits sociaux disposent en effet de la possibilité de s'accorder sur la détermination du prix par un expert conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil<sup>152</sup>. La fixation du prix sera alors soumise au régime applicable en cas de recours à l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil<sup>153</sup>. Le tiers ne pourra ainsi être nommé que par le président du tribunal statuant en la forme des référés<sup>154</sup>. Les parties font par ailleurs de la décision de l'expert leur loi, de telle sorte qu'il n'appartient pas au juge, à défaut d'erreur grossière, de remettre en cause le caractère définitif de cette décision<sup>155</sup>.

<sup>152</sup> LE NABASQUE (H.), obs. sous Com., 30 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 79, p. 400 ; COURET (A.), L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil, art. préc., n° 7, p. 252, qui, tout en estimant que la jurisprudence permet un tel recours, critique cette solution.

<sup>153</sup> On peut se demander si le prix est, dans ce cas, déterminé en application de l'article 1843-4 du Code civil, ou de l'article 1592 du même code (BONNEAU (T.), obs. sous Com., 26 nov. 1996, *Dr. soc.*, fév. 1997, comm. n° 22, p. 8). Dans la mesure où l'on ne se trouve pas dans l'un des cas où est prévu la nomination d'un tiers conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil, et où, réciproquement, l'intervention du tiers est prévue par les parties, il semble bien qu'il faille considérer que ce tiers est celui de l'article 1592 du Code civil (en ce sens : MOURY (J.), *Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil*, art. préc., n° 10, p. 518). Le fait que soit cependant applicable la procédure prévue pour la nomination de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil ne remet nullement en cause cette solution. Les parties qui décident de recourir au tiers de l'article 1592 peuvent lui imposer un certain nombre de contraintes, et peuvent convenir que ce tiers sera déterminé par le juge (*supra* n° 179). Rien ne semble dès lors interdire que les parties prévoient que le tiers sera désigné comme l'est l'expert de l'article 1843-4 du Code civil. La portée pratique de la question semble, en tout état de cause, relativement limitée. Que le prix soit déterminé directement en application de l'article 1843-4 du Code civil, ou en application de l'article 1592 de ce code, mais sur la base des principes résultant de l'article 1843-4 du Code civil, le résultat ne sera en effet guère différent (en ce sens : HALLOUIN (J.-C.), obs. sous Com., 26 nov. 1996, *D.* 1997, somm. n° 227 ; BONNEAU (T.), obs. préc. sous Com., 26 nov. 1996, *Dr. soc.*, fév. 1997, comm. n° 22, p. 8). Il ne devrait en particulier pas y avoir de différence quant à la possibilité offerte au tiers de ne pas déterminer le prix. Certes le prix peut n'être pas déterminé quand il doit être fixé par le tiers de l'article 1592 du Code civil (v. *infra* n° 360), ce qui ne peut être le cas lorsque le prix doit être fixé conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil (en ce sens : MOURY (J.), *op. cit.*). Mais il résulte de l'élection par les parties du mécanisme prévu par l'article 1843-4 du Code civil que le juge devra, si le tiers ne détermine pas le prix, nommer un autre expert, comme il doit le faire quand l'expert est désigné en application de l'article 1843-4 du Code civil.

<sup>154</sup> Com., 30 nov. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 210, p. 236, *Bull. Joly* 2005, § 75, p. 383. Dans cette affaire, les parties étaient convenues que le prix de droits incorporels serait fixé par un tiers désigné conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil. L'arrêt de la cour d'appel qui avait désigné l'expert est censuré, au visa des articles 1134 et 1843-4 du Code civil, dans la mesure où cette désignation devait être faite par le président du tribunal statuant en la forme des référés.

<sup>155</sup> La Cour de cassation a décidé, dans plusieurs décisions rendues dans des litiges dans lesquels le recours à l'expert de l'article 1843-4 du Code civil ne pouvait théoriquement pas être imposé aux parties, mais dans lesquels celles-ci étaient convenues de s'en remettre en cas de désaccord sur le prix des droits sociaux à l'estimation d'un expert désigné en application de ces dispositions, que les parties qui s'en remettaient, en cas de contestation sur le prix des droits sociaux, à l'estimation d'un tel expert faisaient de la décision de celui-ci leur loi (Com., 19 avr. 2005, pourvoi n° 03-11.790 ; v. également Com., 4 nov. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 226, p. 168, *JCP* 1988.II.21050, obs. VIANDIER (A.), *JCP* éd. E, 1988.II.15212, obs. VIANDIER (A.)).

A l'instar de la nomination du tiers de l'article 1592 du Code civil<sup>156</sup>, le recours à l'expert de l'article 1843-4 de ce code, comme la possibilité dont les parties disposent de lui donner certaines directives pour l'évaluation des droits, leur permettent d'une part de reporter la fixation du prix à un moment où la situation exacte de la société est connue, d'autre part de déléguer au tiers la détermination de la valeur d'échange et du prix et donc de faire coïncider les deux.

Ainsi, quoique dans une moindre mesure que le recours à l'expert de l'article 1592 du Code civil, l'intervention de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil constitue l'une des modalités dont les parties à une cession de droits sociaux disposent et usent pour adapter le prix des parts sociales ou actions cédées et leur valeur d'échange.

### CONCLUSION DU CHAPITRE

**201.** Les parties à une cession de droits sociaux, qui désirent que le prix des droits reflète la situation financière de la société au jour de la cession, recourent à plusieurs modes d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux. Il leur arrive, en premier lieu, de convenir du montant du prix dès la conclusion du contrat. Elles peuvent notamment, lorsqu'elles estiment que la société n'a pas de valeur d'échange, convenir d'un prix symbolique.

Il leur arrive, en second lieu, de prévoir que le prix variera en fonction de différentes données dont elles considèrent qu'elles reflètent l'état réel de la société.

Il leur arrive, en troisième lieu, de confier à un tiers la fixation de la valeur d'échange et du prix des droits sociaux.

Les parties ne se bornent toutefois pas à adapter le prix à la situation financière de la société au jour de la conclusion du contrat. Elles conviennent également de mécanismes permettant l'adaptation du prix à cette situation lorsqu'elle est modifiée, après l'arrêté des comptes ayant permis le calcul du prix, par des éléments trouvant leur cause antérieurement à la cession.

---

<sup>156</sup> Supra n° 184.

## CHAPITRE 2 : LE MAINTIEN DU RAPPORT ENTRE LE PRIX ET LA VALEUR D'ÉCHANGE DES DROITS SOCIAUX

**202.** Certains des risques résultant de la variation des éléments du bilan après la date à laquelle est arrêtée la situation comptable et financière de référence peuvent être limités. L'acquéreur peut par exemple s'entendre avec le cédant pour procéder à des audits qui lui permettront de mieux cerner la situation financière réelle de la société dont il acquiert les parts sociales ou actions<sup>1</sup>. De telles investigations ne permettent cependant généralement pas de déceler toutes les inexactitudes que peuvent contenir les comptes sociaux<sup>2</sup>. Il n'est en outre pas toujours possible d'imposer au cédant des audits sur l'ensemble des éléments intéressant le cessionnaire<sup>3</sup>, ou de les réaliser dans les délais que permet le calendrier défini par les parties pour le déroulement des opérations de cession<sup>4</sup>. En tout état de cause, le risque lié à l'apparition d'un passif indécelable lors de la cession subsiste.

Or la valeur d'échange des droits dépend notamment de la consistance du patrimoine de la société dont les titres sont cédés<sup>5</sup>. Aussi les modifications de ce patrimoine exposent-elles les parties au risque de voir le prix initialement convenu différer dans une proportion qu'elles jugent inacceptable de la valeur d'échange qu'elles attribuent au bien<sup>6</sup>. Elles sont alors tentées d'obtenir de leur cocontractant qu'il rétablisse l'équilibre disparu. Les recours légaux dont elles disposent ne sont toutefois qu'insuffisamment efficaces (Section 1), ce qui les contraint à insérer dans leurs conventions des clauses permettant la réadaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux (Section 2)<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> BASDEVANT (D.) et LE BOLZER (J.-M.), Audit juridique et conventions de garantie dans les acquisitions d'entreprises, *DPCI* 1992, t. 18, n° 1, p. 6s., spéc. p. 6 ; PAILLUSSEAU (J.), Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, art. préc., n° 2, p. 291.

<sup>2</sup> BASDEVANT (D.) et LE BOLZER (J.-M.), art. préc., p. 7 et, p. 25 ; PAILLUSSEAU (J.), Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, art. préc., n° 2, p. 291 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 1, p. 1.

<sup>3</sup> BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, *Droit et patrimoine*, mai 1993, p. 50s., spéc. p. 50.

<sup>4</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1715, p. 295 ; V. également PAILLUSSEAU (J.), Les garanties de conformité dans les cessions de contrôle, *JCP* 2007.I.136, n° 3, p. 14.

<sup>5</sup> *Supra* n° 6.

<sup>6</sup> Toute modification du patrimoine n'aboutit pas nécessairement à rendre la discordance entre le prix et la valeur d'échange inacceptable. Plus qu'une valeur déterminée, chacune des parties est en effet prête à accepter une gamme de valeurs d'échange, ainsi qu'une gamme de prix, ce qui permet leur accord lorsque les deux « gammes » se recoupent partiellement. Si le prix fixé demeure compris dans la gamme des valeurs d'échange attribuées par chacune des parties aux titres après modification du patrimoine de la société, cette évolution ne remettra pas forcément en cause la réalité de leur consentement.

<sup>7</sup> V. notamment parmi les très nombreux travaux portant sur les recours légaux et les garanties de passif : BESSIS (M.-H.), *Cession de droits sociaux et passif social*, thèse Paris I, 1984 ; COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *La maîtrise des risques dans les cessions d'actions*, GLN Joly, 1994 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.* ; LANGLES (T.), thèse préc. ; MOUSSERON (P.), thèse préc. ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1712s., p. 294s. ; BASDEVANT (D.) et LE BOLZER (J.-M.), art. préc. ; BERTREL (J.-

### **SECTION 1: L'EFFICACITE LIMITEE DES RECOURS LEGAUX**

**203.** Les recours dont dispose, en l'absence de clause spécifique, le cessionnaire déçu par la consistance du patrimoine de la société dont il a acquis les parts, soit que les éléments sur lesquels il s'est basé aient été inexacts, soit que de nouveaux passifs soient apparus<sup>8</sup>, ne sont pas totalement et systématiquement voués à l'échec. Il pourra parfois obtenir la nullité de la cession, sa résolution, ou la condamnation de son cocontractant à réparer directement ou indirectement le préjudice qu'il subi et qui résulte de la perte de valeur de l'actif net de la société<sup>9</sup>. Ni les actions tendant à l'anéantissement de la cession (§ 1), ni celles tendant à la condamnation du cédant ou de tiers au paiement d'une indemnité compensant la perte de la valeur de la société (§ 2), ne permettent toutefois de garantir absolument le cessionnaire de ce que le prix convenu sur la base d'une capacité présumée de la société à atteindre l'objectif pour lequel elle a été constituée correspondra à son état réel<sup>10</sup>.

---

P.), La garantie de passif social dans les acquisitions de contrôle, *RJDA* 4/91, p. 243 ; CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc. ; CAUSSAIN (J.-J.) ET VIANDIER (A.), art. préc. ; COURET (A.), L'exécution des clauses de garantie du passif, *Bull. Joly* 1987, p. 73 ; FREYRIA (C.), Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, *JCP* 1992.I.3600 ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc. ; GERMAIN (M.), Cession de contrôle des sociétés non cotées, questions de principe, art. préc. ; NOTTE (G.), Les clauses dites "de garantie de passif" dans les cessions de droits sociaux, *JCP* 1985.I.3193 ; PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, art. préc. ; plus spécialement sur les recours légaux : BERTREL (J.-P.), Les recours offerts par la loi à un « cessionnaire déçu », *Droit et patrimoine*, avril 1993, p. 53, et sur les clauses de garantie de passif : BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, *Droit et patrimoine*, mai 1993, p. 50 ; COURET (A.), L'exécution des clauses de garantie du passif, *Bull. Joly* 1987, p. 73 ; DANA (A.), Les garanties dites de passif, *Revue française de comptabilité*, janv. 1990, p. 32. ; LAMBERT (TH.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, *RJC* 1999, p. 45 ; MONDIANO (J.), La garantie de passif dans les cessions de sociétés, *Jour. notaires* 1991, n° 10, p. 718 ; PAILLUSSEAU (J.), Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, *JCP* 2002.I.112 ; PAILLUSSEAU (J.), Les garanties de conformité dans les cessions de contrôle, art. préc. ; POUSTIS (J.) ET MONNOT (J.-L.), La garantie dans les cessions de droits sociaux (Panorama de jurisprudence), *JCP éd. E* 1985.II.14464 ; POUSTIS (J.) ET MONNOT (J.-L.), La garantie dans les cessions de droits sociaux (Etude d'actualité), *JCP éd. E* 1989.II.15479 ; BALESTRIERO (V.), *La stipulation pour autrui tacite*, thèse Nancy 2, 1994, spéc. n° 100s., p. 78s. Notre étude ne portant pas sur ces mécanismes en eux-mêmes, mais uniquement sur l'effet qu'ils peuvent avoir sur le prix de cession des parts sociales ou des actions, nous ne procéderons pas, dans les développements qui suivent, à une présentation détaillée de toutes les clauses et garanties envisageables, mais nous bornerons à fournir les éléments nécessaires à la compréhension des mécanismes mis en œuvre et à l'appréhension de leur effet sur le prix.

<sup>8</sup> Dans la suite de nos développements, nous désignerons ce « cessionnaire déçu par la consistance du patrimoine de la société dont il a acquis les parts, soit que les éléments sur lesquels il s'est basé aient été inexacts, soit que de nouveaux passifs soient apparus » par la simple expression « cessionnaire déçu », empruntée à Monsieur Viandier (v. VIANDIER (A.), *Le cessionnaire déçu*, *RFC* 1981, p. 88).

<sup>9</sup> Cf. infra n° 204s.

<sup>10</sup> Notre objectif n'est donc pas de démontrer que ces recours sont systématiquement voués à l'échec, ce qui n'est pas le cas, mais de montrer qu'en revanche, aucun des recours légaux ne permet au cessionnaire d'être assuré que le prix payé correspondra à la valeur d'échange des droits, risque qui le conduira à insérer dans les conventions de cession de droits sociaux les clauses que nous étudierons dans la Section 2.

### **§ 1 – L'efficacité limitée des actions tendant à l'anéantissement de la cession**

**204.** Les différences constatées entre l'état présumé de la société et sa situation financière réelle ne permettent que rarement au cessionnaire de demander utilement l'annulation de la cession (A), ou sa résolution (B).

#### **A – Les actions tendant à l'annulation de la cession**

**205.** Le cessionnaire découvrant l'état réel de la société dont il a acquis des droits sociaux ne peut guère invoquer le défaut d'équivalence entre le prix et la valeur vénale des droits (1), ou le vice dont son consentement aurait été affecté à raison de cette différence (2).

#### **1 – Les limites des actions fondées sur le défaut d'équivalence entre le prix et la valeur vénale des droits sociaux**

**206.** La différence entre la situation financière de la société, sur la base de laquelle le prix des droits sociaux a été déterminé, et sa situation réelle n'a pas uniquement pour conséquence de modifier la valeur d'échange que chacune des parties attribue aux droits sociaux. Il est en effet parfois possible de soutenir que cette différence affecte également la valeur vénale des droits sociaux, c'est-à-dire leur valeur de marché<sup>11</sup>. Aussi le cessionnaire déçu se prévaut-il parfois du décalage entre le prix des droits sociaux et leur valeur vénale pour demander l'annulation de la cession.

Les recours tendant à faire sanctionner cette différence –qu'il s'agisse de la rescision pour lésion (a), ou de l'annulation pour absence de cause (b)- ne présentent toutefois que des chances très limitées de succès.

##### *a) La rescision pour lésion*

**207.** Aucun texte n'impose que le prix de vente des biens meubles corresponde à leur valeur objective lors de la formation du contrat. Au contraire, l'article 1118 du Code civil dispose que la lésion, dont il est admis qu'elle constitue le préjudice pécuniaire qui résulte d'un défaut d'équivalence entre les prestations contractuelles<sup>12</sup>, « *ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la*

---

<sup>11</sup> Sur la définition de la valeur vénale, cf. supra n° 2.

<sup>12</sup> V notamment GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 760, p. 762 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, Armand Colin, 12<sup>ème</sup> éd., par Jean-Luc Aubert et Eric Savaux, 2006, n° 241, p. 191 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 288, p. 282.



*même section* ». Or aucune disposition ne prévoit que les ventes de meubles moyennant un prix inférieur ou supérieur à la valeur réelle de la chose peuvent de ce seul fait être rescindées pour lésion. En particulier, l'article 1658 du Code civil qui permet la rescision de la vente pour vileté du prix<sup>13</sup> n'est pas considéré comme ayant d'autre objet que d'annoncer les dispositions relatives à la rescision pour lésion dans les ventes d'immeubles<sup>14</sup>. Aucune disposition postérieure au Code civil ne remet par ailleurs en cause de manière générale ce principe.

**208.** Appliquant strictement ces règles, la jurisprudence rejette systématiquement la rescision pour lésion en matière de vente de meubles<sup>15</sup>. Les juges du fond ont ainsi explicitement décidé que la rescision ne s'appliquait pas à une vente de meubles<sup>16</sup> et, en particulier, à une cession de créance<sup>17</sup>. La Cour de cassation a de même jugé dans un arrêt ancien, mais non remis en cause depuis, que l'article 1658 du Code civil « *n'est relatif qu'à la vente d'immeuble* », et a en conséquence rejeté le moyen reprochant à une cour d'appel de ne pas avoir étendu aux ventes mobilières la rescision pour lésion<sup>18</sup>.

Or les cessions de droits sociaux figurent, en application de l'article 529 du Code civil<sup>19</sup>, parmi les ventes de meubles. Aussi la Cour de cassation juge-t-elle constamment que la lésion ne constitue pas une cause de nullité des cessions de droits sociaux<sup>20</sup>.

**209.** La modification du patrimoine de la société ne prive pas davantage de cause l'obligation du cessionnaire de payer le prix des droits sociaux.

---

<sup>13</sup> Il dispose : « *Indépendamment des causes de nullité ou de résolution déjà expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les conventions, le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix* »

<sup>14</sup> CAUCHY-PSAUME (M.-C.), note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 avr. 1998 et Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 déc. 1998, D. 2000.504.

<sup>15</sup> GHESTIN (J.) ET DESCHE (J.), *op. cit.*, n° 432, p. 494.

<sup>16</sup> Lyon, 10 juin 1875, S. 1876.2.119.

<sup>17</sup> Orléans, 15 juin 1895, S. 1895.1.488, D.P. 1900.1.489.

<sup>18</sup> Req., 17 mai 1832, S. 1832.1.849.

<sup>19</sup> Il dispose, en son alinéa premier : « *Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce, ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputées meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société* ». Et la Cour de cassation juge constamment que les actions ou parts sociales ont un caractère mobilier (v. par exemple Req., 29 mai 1865, D.P. 1865.1.380 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 23 oct. 1974, Bull. civ. III, n° 375, p. 285 ; *adde* CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 713, p. 1605).

<sup>20</sup> Com., 4 fév. 1958, Bull. Joly 1958.73 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 avr. 1970, Bull. civ. III, n° 234, p. 172, JCP 1971.II.16925, note PETOT-FONTAINE (M.), D. 1970.726 ; *adde* MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 59, p. 47 ; BERTREL (J.-P.), La garantie de passif social dans les acquisitions de contrôle, art. préc., p. 243 ; BERTREL (J.-P.), Les recours offerts par la loi à un « cessionnaire déçu », art. préc., p. 55 ; COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 35, p. 1053.

b) *L'annulation pour défaut de cause*

**210.** Des cessionnaires découvrant, après que le transfert de propriété des droits est intervenu, que la valeur du patrimoine de la société est très inférieur à ce qu'ils avaient estimé, peuvent être tentés d'invoquer l'absence de contrepartie à leur engagement de payer le prix convenu pour obtenir l'annulation de la cession<sup>21</sup>.

La Cour de cassation a accueilli cette argumentation dans un arrêt du 16 avril 1996<sup>22</sup>. Elle a approuvé la cour d'appel ayant annulé la cession des parts sociales d'une société au motif que l'autorisation d'exploitation d'un bar bibliothèque accordée par la municipalité, et qui constituait l'actif de cette société, était devenue caduque en raison de l'absence de création du bar bibliothèque dans le délai convenu avec la municipalité. La cour d'appel était bien fondée à déduire de la caducité du contrat, intervenue de plein droit avant la cession, que cette dernière était dépourvue de cause.

**211.** Ce type d'argumentation ne présente toutefois que des chances limitées de succès. Doctrine<sup>23</sup> et jurisprudence<sup>24</sup> s'accordent à considérer que la cause de l'obligation de payer le prix réside dans le transfert de propriété et la livraison de l'objet de la vente. Or cet objet n'est pas, dans les cessions de droits sociaux, le patrimoine de la société, mais des parts sociales ou des actions<sup>25</sup>, qui confèrent aux associés un droit sur les bénéfices ainsi qu'un certain pouvoir au sein de la société<sup>26</sup>, mais non un droit sur les éléments composant l'actif social. Aussi l'obligation du cédant n'est-elle pas dépourvue d'objet, et l'obligation du

---

<sup>21</sup> COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 37, p. 1053.

<sup>22</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 avril 1996, pourvoi n° 94-15.342.

<sup>23</sup> V. notamment CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1927, n° 8, p. 31 et n° 91, p. 196 ; MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, p. 105 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, PUF, 2004, n° 141, p. 362 ; MALINVAUD (P.), *Droit des obligations*, Litec, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 306, p. 192 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 256, p. 203 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 340, p. 349 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 180, p. 141 ; STARK (B.), ROLAND (H), BOYER (L), *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6<sup>ème</sup> éd., 1998, n° 821, p. 297 ; V. déjà DEMOLOMBE (C.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, Lahure, 1878-1887, n° 346, p. 330 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. I, 1897, n° 298, p. 280 ; v. également les références citées infra n° 405.

<sup>24</sup> V. par exemple Com., 25 mars 1991, pourvoi n° 89-17.580 ; V. également les références citées infra n° 408.

<sup>25</sup> GUYON (Y.), note sous Com., 23 janv. 1990, *Rev. soc.* 90.248 ; PETIT (B.) et REINHARD (Y.), obs. sous Com., 4 juin 1996, *RTD com.* 1997.111 ; GUYON (Y.), note sous Com., 12 déc. 1995, *JCP éd. E*, 1996.II.798 ; v. également HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 16, p. 12, qui exposent que, dans le cas d'une cession de contrôle, l'objet de la cession est constitué par les droits sociaux et non par le fonds de commerce qu'exploite la société dont les droits sont cédés.

<sup>26</sup> En ce sens VIRASSAMY (G.), note sous Com., 23 janv. 1990, *D.* 1990.333, qui souligne que l'usage comprend tous les attributs de la qualité d'associé : droit de vote, droit aux bénéfices, droit d'orienter la vie sociale et l'activité commerciale de l'entreprise....

cessionnaire de cause, dès lors que les parts ou actions et les droits qu'ils confèrent lui sont transmis<sup>27</sup>. La Cour de cassation a ainsi estimé, dans une espèce où une société avait été déclarée nulle en raison du non respect des exigences relatives à la libération du capital, que la cession des actions de cette société opérée avant que la nullité de la société ne soit prononcée n'était pas dépourvue d'objet<sup>28</sup>. Selon la Cour de cassation, la nullité de la société n'empêchait pas qu'elle ait existé en fait dans le passé et qu'elle doive être liquidée comme en cas de dissolution. L'arrêt en déduit que « *les actions de cette société gardent donc leur caractère essentiel, qui est de donner à leur propriétaire le droit de conserver les bénéfices qu'il aurait légitimement perçus avant l'instance en nullité et celui de réclamer dans l'actif actuellement subsistant une part proportionnelle au nombre de ses actions* ». Elle a plus récemment considéré que la perte de valeur des droits sociaux, en raison de l'état de cessation des paiements de la société dont les parts avaient été cédées et d'un déficit important, ne permettait pas de considérer que l'accord aux termes duquel les cessionnaires des droits sociaux s'étaient engagés à verser aux cédants une certaine somme pour prix de ces droits était dépourvu de cause<sup>29</sup>.

**212.** Les chances de succès d'une action fondée sur l'absence d'objet de l'obligation du cédant ou de cause de celle du cessionnaire apparaissent d'autant plus limitées que la Cour de cassation a décidé à plusieurs reprises que le cessionnaire de droits sociaux ne pouvait demander l'annulation de la cession pour absence de cause dans la mesure où les fonctions qu'il occupait avant la cession – administrateur ou gérant de la société- lui permettaient de connaître lors de la cession la situation exacte de la société cédée<sup>30</sup>.

**213.** Les chances de succès d'une demande en nullité fondée sur l'absence de cause de

---

<sup>27</sup> BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 32s., p. 40s. ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 420, p. 331.

<sup>28</sup> Civ., 3 juin 1885, *D.P.* 1886.1.2(1<sup>ère</sup> espèce).

<sup>29</sup> Com., 27 juin 1995, pourvoi n° 93-13.166. Pour statuer de la sorte, la Cour de cassation a observé que la cour d'appel avait relevé, d'une part, que le versement avait pour contrepartie non seulement la valeur des parts, mais également l'extinction de plusieurs instances en cours, d'autre part que « *rien n'établissait que le passif de la société obérait la valeur des parts sociales au point de priver ce versement de cause* ». Contrairement à ce que soutenait le pourvoi, la cour d'appel n'avait donc pas privé sa décision, par laquelle elle avait refusé d'annuler la cession pour défaut de cause, de base légale. La solution retenue par la cour d'appel et la Cour de cassation ne repose donc pas uniquement sur le fait que la perte de valeur des droits sociaux ne suffirait pas à caractériser l'absence de cause. La cession avait en effet également pour contrepartie l'extinction de certaines instances en cours. En approuvant la cour d'appel de s'être fondée sur la circonstance que « *rien n'établissait que le passif de la société obérait la valeur des parts sociales au point de priver ce versement de cause* », la Cour de cassation semble cependant bien admettre que la simple perte de valeur des parts en raison de l'apparition d'un passif ne suffit pas à priver de cause l'obligation de payer le prix.

<sup>30</sup> Com., 19 juil. 1971, *Bull. civ.* IV, n° 217, p. 201 ; Com., 20 janv. 1987, pourvoi n° 85-15.514 ; *adde* MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 57, p. 46.

l'obligation de payer le prix apparaissent dès lors doublement limitées. Il semble non seulement nécessaire que la diminution de l'actif ou l'augmentation du passif interdisent à la société d'exercer son activité, mais encore que le cessionnaire n'ait pas connu cette situation lors de la cession.

Ces difficultés expliquent probablement le faible nombre d'arrêts rendus sur cette question, ainsi que la rareté, dans les ouvrages ou articles traitant des difficultés rencontrées par le cessionnaire de droits sociaux, de mention de l'action fondée sur l'absence de cause<sup>31</sup>.

**214.** Les actions fondées sur l'existence d'un vice du consentement ne permettent pas davantage de garantir efficacement le cessionnaire contre tout risque de dépréciation du patrimoine de la société.

## 2 – Les limites des actions fondées sur les vices affectant le consentement du cessionnaire

**215.** Le cessionnaire de droits sociaux qui, après le transfert de propriété des droits, découvre que la société ne dégage pas les résultats escomptés, où auquel est révélé une dette qui trouve son origine dans la période antérieure à la cession, peut être tenté de soutenir qu'il n'a pas valablement consenti à cette cession<sup>32</sup>. Le consentement des parties étant, aux termes de l'article 1108 du Code civil, une condition essentielle pour la validité d'une convention, le contrat de cession de droits sociaux auquel une partie aurait consenti par erreur, ou en conséquence du dol ou de la violence de son cocontractant, serait nul.

**216.** Certaines des actions que le cessionnaire pourrait engager peuvent cependant, d'emblée, être écartées –et le sont d'ailleurs par les cessionnaires déçus ainsi que le révèle l'absence de contentieux introduit sur ces bases.

Tel est, en premier lieu, le cas de l'erreur sur la personne qui constitue, avec l'erreur sur la substance, l'un des deux types d'erreurs visés par l'article 1110 du Code civil<sup>33</sup>. L'apparition de nouvelles dettes ou l'incapacité de la société à dégage les résultats espérés ne remet pas en cause la personne du cédant. Indépendamment même du caractère déterminant de la personne

---

<sup>31</sup> V. notamment, ne mentionnant pas ce recours, GALIA BEAUCHESNE (A.), art. préc. ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1716s., p. 296s. ; CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc. ; V. cependant MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 53s., p. 45s. ; BESSIS (M.-H.), thèse préc., p. 40.

<sup>32</sup> BERTREL (J.-P.), Les recours offerts par la loi à un « cessionnaire déçu », art. préc., p. 54.

<sup>33</sup> En ce sens, TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 205 p.198 ; GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, *op. cit.*, n° 374, p. 408.

du cocontractant, l'erreur sur cette personne ne peut être invoquée à l'appui d'une demande fondée sur les caractéristiques de la société.

Tel est, en deuxième lieu, le cas de l'erreur « obstacle », dont l'importance est telle qu'elle exclut totalement que les volontés se soient rencontrées. Il y a ainsi erreur obstacle lorsque les parties se sont trompées sur la nature du contrat – l'une pensant donner à bail, et l'autre acheter- ou sur son objet – une partie pensant vendre telle parcelle de terrain, et l'autre pensant acheter telle autre<sup>34</sup>. L'erreur sur les caractéristiques réelles de la société ne peut dès lors constituer une telle erreur : la nature du contrat – un contrat de vente- n'est pas contestée, non plus que son objet - les parts sociales ou actions d'une société déterminée<sup>35</sup>.

Tel est, en troisième lieu, le cas de la violence. Si elle a en effet parfois été invoquée – d'ailleurs sans succès- par le cédant qui estimait avoir cédé ses parts à vil prix<sup>36</sup>, elle ne peut par hypothèse constituer un moyen, pour le cessionnaire découvrant certains défauts affectant la société dont les parts ont été cédées, d'obtenir l'annulation de la cession<sup>37</sup>. La violence vicie en effet le consentement non dans sa dimension réflexive mais dans sa dimension volitive<sup>38</sup>. Le contractant victime de la violence est conscient du caractère désavantageux du contrat lorsqu'il l'accepte, ce qui interdit au cessionnaire déçu par la consistance réelle du patrimoine de la société précisément parce qu'il avait mal appréhendé la réalité de ce patrimoine d'invoquer une quelconque violence. Aussi ne trouve-t-on pas d'exemple de violence subie par le cessionnaire<sup>39</sup>.

**217.** L'erreur sur la substance ou le dol ne peuvent en revanche être totalement exclus *a priori*, et sont d'ailleurs invoqués par les plaideurs. Il apparaît toutefois qu'aucune de ces actions ne s'avère pleinement satisfaisante du point de vue du cessionnaire.

---

<sup>34</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 202, p. 196 ; GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 373, p. 405s.

<sup>35</sup> L'erreur obstacle pourrait être invoquée si les parties avaient commis une erreur sur la société dont les parts sociales ou actions faisaient l'objet de la cession. Elle pourrait l'être également, - et l'a effectivement été- dans une hypothèse où l'acquéreur entendait acheter un immeuble, et le vendeur vendre des parts sociales de la société possédant cet immeuble (CA Paris, 8 juillet 1966, *Gaz. Pal.* 1967.1.33).

<sup>36</sup> CA Versailles, 2 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, § 283, p. 691, *JCP* éd. E, 1988.II.15168, n° 6, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; CA Paris, 26 sept. 1989, *Bull. Joly* 1989, § 333, p. 963.

<sup>37</sup> PAILLUSSEAU (J.), L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle, *Droit et patrimoine*, fév. 1994, p. 32, spéc. p. 39.

<sup>38</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 241, p. 246

<sup>39</sup> BERTREL (J.-P.), Les recours offerts par la loi à un « cessionnaire déçu », art. préc., p. 55 ; CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 7, p. 207 ; VIANDIER (A.), note sous Com., 1<sup>er</sup> oct. 1991, *JCP* 1992.II.21860 ; COURET (A.), Garantie de passif, *Dict. Joly, Droits des sociétés, série A*, n° 33, p. 12.

a) *L'erreur sur la substance*

**218.** Le cessionnaire déçu par l'état réel du patrimoine de la société ou par sa capacité à dégager les résultats escomptés peut être tenté de soutenir qu'il s'est représenté inexactement l'objet de l'obligation du vendeur, c'est-à-dire que son consentement a été vicié par une erreur<sup>40</sup>, et demander l'annulation de la cession en application de l'article 1109 du Code civil. Les conditions qui doivent être remplies pour que soit accueillie la demande d'annulation de la cession fondée sur l'erreur commise par le cessionnaire limitent cependant fortement les chances de succès d'une telle action.

**219.** Le demandeur à l'action en nullité doit en premier lieu prouver qu'il a commis une erreur, c'est-à-dire qu'il n'a effectivement pas eu connaissance de la caractéristique litigieuse<sup>41</sup>. Or cette preuve peut être difficile à apporter lorsque le cessionnaire a participé, avant la cession, à la gestion de la société ou à son administration. Est ainsi fondée à refuser d'annuler pour erreur une cession de parts la cour d'appel qui retient que le cessionnaire était associé majoritaire de la société depuis sa création, qu'il avait participé aux dernières assemblées générales qui avaient eu lieu avant la cession, et qu'il avait approuvé les comptes du dernier exercice avant la cession. La cour pouvait déduire de ces circonstances que le cessionnaire connaissait la situation comptable de la société dont il entendait acquérir les parts<sup>42</sup>.

**220.** Toute erreur n'entraîne pas, en second lieu, la nullité du contrat. Aux termes de l'article 1110 du Code civil, « *l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsque qu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet* ». Certes jurisprudence et doctrine, entendant largement la notion de substance, l'assimilent aux qualités substantielles de la chose, définies comme celles sans lesquelles l'une des parties n'aurait pas contracté<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1720, p. 298 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 63, p. 51 ; V. par ailleurs pour une telle définition de l'erreur : MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 497, p. 243.

<sup>41</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1720, p. 298 ; VIRASSAMY (G.), note sous Com., 1<sup>er</sup> oct. 1991, *D.* 1992.190 ; MALINVAUD (P.), *De l'erreur sur la substance*, *D.* 1973, chr. 43, p. 43.

<sup>42</sup> Com., 10 déc. 2003, pourvoi n° 02-13.449 ; V. également, Com., 6 jan. 1987, *Rev. soc.* 1987.597, obs. Randoux (D.), *Bull. Joly* 1987, § 4, p. 25, *JCP* éd. E, 1987.II.16342, n° 16, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.).

<sup>43</sup> En ce sens VIVIEN (G.), *De l'erreur substantielle et déterminante*, *RTD civ.* 1992.305, spéc. n° 39, p. 322 ; MALINVAUD (P.), *De l'erreur sur la substance*, art. préc., p. 43s. ; V. également FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 197, p. 149 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 500, p. 256 ; FAGES (B.), *op. cit.*, n° 117, p. 100 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 214, p. 219 ;

La portée de cette interprétation subjective de la notion de substance est toutefois restreinte par les modalités d'appréciation, en matière de cession de droits sociaux, du caractère substantiel de la qualité. En effet, alors que la Cour de cassation semble, de manière générale, considérer qu'il y a lieu d'apprécier concrètement le caractère substantiel d'une qualité, c'est-à-dire de rechercher si cette qualité a effectivement conduit l'errans à contracter<sup>44</sup>, elle adopte une approche plus abstraite des qualités substantielles des droits sociaux.

La Cour de cassation a ainsi admis que constituaient des qualités substantielles des droits sociaux la capacité de la société à remplir son objet social, à poursuivre une activité économique et à avoir une rentabilité. Elle a approuvé l'arrêt ayant annulé la cession des parts d'une société qui avait, quelques semaines avant la cession, cédé son fonds de commerce. L'arrêt, ayant retenu que les cessionnaires ne connaissaient pas, lorsqu'ils avaient acquis la société, l'existence de la convention aux termes de laquelle celle-ci avait vendu la quasi-totalité de ses actifs, et ayant estimé que les acheteurs « *ne pouvaient raisonnablement acquérir en connaissance de cause une société privée non seulement de l'essentiel de son actif mais surtout de la possibilité de réaliser l'objet social, d'avoir une activité économique et donc de toute rentabilité* », avait pu décider que le consentement des acheteurs avait été vicié par une erreur portant sur les qualités substantielles de la chose<sup>45</sup>. Est de même entaché d'erreur le consentement d'acquéreurs d'une société dont le matériel, sans lequel la société ne pouvait avoir aucune activité et à défaut duquel l'acquisition était privée de toute substance, avait été vendu<sup>46</sup>, ou le consentement des acquéreurs d'une société exploitant un hôtel restaurant alors qu'un arrêté de fermeture administrative de l'hôtel avait été pris

---

BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 78, p. 64 ; MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n° 158, p. 99 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd. par F. Chabas, 1998, n° 163, p. 163 ; et pour la jurisprudence Civ. 28 janv. 1913, S. 1913.1.487 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Bull. civ. I*, n° 56, p. 37.

<sup>44</sup> En ce sens MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 501, p. 257 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 198, p. 150 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. et loc. cit.* ; MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n° 160, p. 100. Certains auteurs font cependant valoir que la portée de l'appréciation concrète doit être nuancée par l'exigence du caractère commun de l'erreur (BENABENT (A.), *op. et loc. cit.*) ou, plus précisément, de l'intention commune des parties de considérer telle qualité de la chose comme substantielle (TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 217, p. 222). Les qualités tenues par l'opinion commune comme essentielles seront considérées comme substantielles pour les parties. Il incombera en revanche à l'errans qui invoque une erreur sur une qualité qui n'est pas communément tenue pour essentielle de prouver que son cocontractant était informé du caractère essentiel de l'élément (BENABENT (A.), *op. et loc. cit.* ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *op. cit.*, n° 173, p. 163 ; v. également STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 459s., p. 169s.). De nombreux auteurs soulignent toutefois que les arrêts sont difficiles à interpréter, dans la mesure où l'identification de la qualité substantielle est une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond (en ce sens : TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 216, p. 220 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. et loc. cit.*)

<sup>45</sup> Com., 1<sup>er</sup> octobre 1991, *Bull. civ. IV*, n° 277, p. 192, D. 1992.190, note VIRASSAMY (G.), *JCP* 1992.II.21860, note VIANDIER (A.).

<sup>46</sup> Com., 17 oct. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 244, p. 225.

préalablement à la cession<sup>47</sup>. La Cour de cassation a encore admis que viciait le consentement des acquéreurs l'existence d'un passif caché rendant illusoire toute possibilité de poursuite de l'activité du fonds de commerce exploité par la société, et empêchant ainsi la société de poursuivre une activité économique constituant son objet social<sup>48</sup>.

Mais elle retient en revanche, de manière abstraite, que ne constitue pas une qualité substantielle des droits sociaux la consistance de l'actif et du passif de la société dès lors que celle-ci demeure capable de poursuivre son activité et que le cessionnaire peut exercer son droit de vote<sup>49</sup>. Les modifications de l'actif ou du passif intervenant postérieurement à la cession mais trouvant leur cause antérieurement ne peuvent entraîner qu'une erreur sur la valeur qui ne remet pas en cause la validité du contrat<sup>50</sup>. La Cour de cassation a ainsi approuvé l'arrêt ayant rejeté la demande d'annulation formée par des cessionnaires qui avaient cru acquérir une entreprise saine, alors qu'il s'agissait en réalité d'une entreprise « malade ». La société dont les titres avaient été achetés était capable, bien que déficitaire, de remplir son objet social, de telle sorte que l'erreur ne portait que sur la valeur des titres<sup>51</sup>. N'est pas davantage entachée d'erreur l'acquisition d'une société exerçant une activité d'intermédiaire pour la vente ou la location d'immeubles, alors même que le chiffre d'affaires en considération duquel le prix avait été déterminé avait été calculé en prenant en considération des mandats qui avaient en fait été résiliés. Dans la mesure où d'autres mandats

---

<sup>47</sup> Com., 4 déc. 2001, pourvoi n° 00-10.926.

<sup>48</sup> Com., 21 nov. 2000, pourvoi 97-13.891 ; V. dans le même sens Com., 21 oct. 1997, pourvoi n° 95-10.267 ; Com., 29 oct. 2003, *Bull. Joly* 2004, § 19, p. 113, obs. MASSART (T.) ; Com., 10 déc. 2003, *Bull. Joly* 2004, § 99, p. 523.

<sup>49</sup> CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 5, p. 44 ;

<sup>50</sup> Affirmant l'indifférence de l'erreur sur la valeur au regard de la validité du contrat : en premier lieu : Req., 17 mai 1832, *S.* 1832.1.850 ; v. également notamment Req., 1<sup>er</sup> mars 1876, *S.* 1876.1.318, qui approuve la cour d'appel ayant rejeté une action en nullité au motif que l'erreur ne tombait « *que sur la valeur de l'objet du contrat* » ; Com., 18 fév. 1963, *Bull. civ.* III, n° 107, p. 90 ; Com., 28 juin 1994, pourvoi n° 92-19.202 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juil. 1996, *Bull. civ.* I, n° 287, p. 200. Ce refus a parfois été justifié par l'idée qu'une telle erreur ne tomberait pas sur la substance même de la chose qui en est l'objet (En ce sens : Req., 17 mai 1832, *S.* 1832.1.850, préc., qui rejette le moyen tiré de l'existence d'une erreur sur la valeur d'un office d'huissier au motif que l'erreur ne justifie la nullité du contrat que lorsqu'elle tombe « *sur la substance même de la chose qui en fait l'objet* » ; V. également Com., 18 fév. 1963, *Bull. civ.* III, n° 107, p. 90, préc. ; v. également JOUARY (P.), thèse préc., n° 262s., p. 246s.). La très grande majorité des auteurs considère toutefois qu'il est fondé sur le rejet de la rescision pour lésion (En ce sens : GHESTIN (J.), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, L. G. D. J. 1962, n° 69, p. 74 ; GOUBEUX (G.), A propos de l'erreur sur la valeur, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 389, n° 1, p. 389 ; V. notamment parmi les auteurs justifiant de la sorte l'indifférence de l'erreur sur la valeur : CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 956, p. 1992 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 203, p. 156 ; GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 511, p. 474 ; FAGES (B.), *op. cit.*, n° 120, p. 103 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 505, p. 260 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale, op. cit.*, n° 165, p. 163 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 474, p. 175 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 220, p. 228 ; RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> éd., 1949, n° 43, p. 81.)

<sup>51</sup> Com., 26 mars 1974, *Bull. civ.* IV, n° 108, p. 86 ; V. également 26 mars 2002, pourvoi n° 99-17.716 ; Com., 2 mai 2007, pourvoi n° 05-21.295, *Dr. soc.* fév. 2007, comm. 148, p. 14.



avaient été confiés à cette société, plus nombreux que les mandats résiliés, et où l'erreur alléguée n'avait pas empêché la société de poursuivre son activité, elle n'affectait que la valeur des parts<sup>52</sup>.

**221.** L'erreur doit, en troisième lieu, être excusable. L'*errans* qui avait en sa possession, ou pouvait facilement obtenir, tous les éléments nécessaires à la connaissance de la réalité a commis une faute en ne procédant pas aux recherches nécessaires à la connaissance de la réalité, faute sanctionnée par la déchéance du droit de demander la nullité<sup>53</sup>. L'annulation ne saurait ainsi être encourue lorsque le cessionnaire était en mesure, compte tenu des éléments dont il disposait ou pouvait aisément disposer, de se représenter exactement l'état de la société dont il acquerrait les parts. La Cour de cassation a ainsi approuvé la cour d'appel qui, pour rejeter l'action en nullité du cessionnaire d'une société mise par la suite en liquidation judiciaire, avait notamment retenu qu'il ne s'était pas livré à un degré convenable à l'analyse des derniers éléments comptables qui lui avait été communiqués<sup>54</sup>. Elle a approuvé par ailleurs la cour d'appel qui avait jugé qu'était inexcusable l'erreur commise par un ostréiculteur sur le volume des stocks d'huîtres de la société dont il acquerrait les droits sociaux, dans la mesure où, professionnel rompu aux affaires, il s'était abstenu de faire procéder à un examen sérieux de la situation de la société, et notamment de la consistance de ces stocks qui constituaient pourtant l'élément essentiel de valorisation des actions<sup>55</sup>.

**222.** L'action en nullité fondée sur l'erreur commise par le cessionnaire qui découvre que le patrimoine de la société n'est pas tel qu'il l'avait imaginé lors de la conclusion de la cession, ou que les résultats de la société ne sont pas ceux escomptés, ne présente ainsi que des chances limitées de succès. Elle ne peut en effet prospérer que dans les cas où ces différences remettent en cause la capacité de la société à poursuivre une activité économique et à réaliser son objet social. Sont en revanche exclus ceux, nombreux, où cette distorsion entre la situation financière réelle de la société et la représentation de cette situation sur laquelle le cessionnaire s'est fondé entraîne uniquement une modification de la valeur des

---

<sup>52</sup> Com., 18 fév. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 55, p. 49 ; V. également Com., 26 mars 1996, pourvoi n° 94-10.204 ; Com., 4 fév. 1997, pourvoi n° 95-12.9625 ; Com., 30 juin 1998, pourvoi n° 96-15.898 ;

<sup>53</sup> BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 83, p. 68 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 215, p. 209 ; GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 398, p. 431.

<sup>54</sup> Com., 26 mars 1996, pourvoi n° 94-10.204

<sup>55</sup> Com., 19 déc. 2000, pourvoi n° 97-22.002 ; v. également Com., 13 janv. 1998, pourvoi n° 95-14.809. Elle fait ainsi peser sur le cessionnaire des droits un devoir de se renseigner sur la situation de la société dont il acquiert les parts (LAMBERT (T.), thèse préc., n° 428s., p. 336s. ; v. également MASSART (T.), obs. sous Com., 29 oct. 2003, *Bull. Joly* 2004, § 19, p. 113)

parts sociales ou actions. Dans tous ces cas, l'action fondée sur l'existence d'une erreur ne garantit pas le cessionnaire que le prix qu'il paiera pour les droits sociaux correspondra à la valeur d'échange qu'il leur attribue.

*b) Le dol*

**223.** L'action en nullité fondée sur le dol dont aurait été victime le cessionnaire présente davantage de chances de succès que l'action fondée sur l'erreur.

D'une part le dol, constituant un comportement malhonnête<sup>56</sup> ou déloyal<sup>57</sup>, est sanctionné plus systématiquement que l'erreur<sup>58</sup>. La représentation inexacte de la réalité sur la base de laquelle l'une des parties contracte n'est plus spontanée, mais est provoquée par les agissements de son cocontractant<sup>59</sup>. Ceci justifie que la loi se montre plus protectrice à l'égard de la victime du dol que de celle de l'erreur<sup>60</sup>. Le but poursuivi est ici davantage de sanctionner une faute -la volonté de tromper- qu'un vice du consentement<sup>61</sup>. La volonté de ne pas sacrifier un contractant de bonne foi ne trouve plus à s'appliquer dès lors que le contractant qui pourrait bénéficier de cette protection est à l'origine du préjudice qui résultera pour lui de l'annulation<sup>62</sup>. Aussi le dol peut-il entraîner l'annulation du contrat qu'il entache dès lors que l'erreur qu'il a provoquée a été déterminante du consentement de la victime de ce dol<sup>63</sup> et qu'il émane de l'une des parties au contrat<sup>64</sup>. Il n'est en revanche plus nécessaire que la qualité sur laquelle a porté l'erreur ait été considérée comme substantielle par les deux parties<sup>65</sup>. Le dol ayant provoqué une simple erreur sur la valeur ou sur les motifs du

---

<sup>56</sup> MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 508, p. 262 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 85, p. 69 ; CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 957, p. 1992.

<sup>57</sup> JAMIN (C.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2000, *JCP* 2001.II.10510.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> CARBONNIER (J.), *op. et loc. cit.* ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 514, p. 189.

<sup>60</sup> *Ibid.* ; adde GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, *op. cit.*, n° 554, p. 522.

<sup>61</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 211, p. 163 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 514, p. 189 ;

<sup>62</sup> STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 547, p. 201.

<sup>63</sup> En ce sens, FAGES (B.), *op. cit.*, n° 121, p. 103 ; GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, *op. cit.*, n° 556, p. 523 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 512, p. 265 ; TERRE (F.), SIMLER (P.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 230., p. 220 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 214, p. 168 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 537s., p. 197s. ; V. également BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 85, p. 69.

<sup>64</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 215, p. 170 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 540, p. 199 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 227, p. 218 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 513, p. 266 ; FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 114, p. 294 ; CARBONNIER (J.), *op. et loc. cit.*

<sup>65</sup> COURET (A.), obs. sous CA Paris, 10 sept. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 15. MM. Flour, Aubert, et Savaux, (FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 214, p. 168) font remarquer, de manière générale, qu'il ne semble pas parfaitement exact d'affirmer que le dol est cause de nullité alors même qu'il n'a pas porté sur les

cocontractant peut ainsi entraîner la nullité du contrat<sup>66</sup>. Il peut en particulier entraîner la nullité d'une cession de droits sociaux lorsqu'il a porté sur la situation financière de la société dont les parts sociales ou actions sont cédées. La Cour de cassation a par exemple admis qu'étaient constitutifs de dol, et justifiaient l'annulation de la cession, le fait pour le cédant d'omettre de comptabiliser une part importante des factures des fournisseurs de la société<sup>67</sup>, de masquer aux acheteurs les difficultés de la société dont les titres ont été cédés<sup>68</sup>, ou de surévaluer volontairement ses stocks<sup>69</sup>.

D'autre part, la Cour de cassation, appliquant l'idée que la sanction du dol est davantage celle de l'intention de tromper et du but malhonnête que des manœuvres, qui ne sont ainsi considérées que comme un effet de cette intention<sup>70</sup>, assimile désormais aux manœuvres dolosives la réticence<sup>71</sup>, c'est-à-dire le silence du contractant sur des éléments qui, s'ils avaient été connus de son partenaire, l'auraient empêché de contracter<sup>72</sup>. La Cour de

---

qualités substantielles de la chose. Compte-tenu en effet de la définition subjective qui a été retenue par la Cour de cassation de la notion de substance (V. supra n° 220, spéc. note n° 44), toute qualité est substantielle dès lors qu'elle a été déterminante (FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. et loc. cit.*). Dans la mesure toutefois où la Cour de cassation semble, en matière de cession de droits sociaux, apprécier plus objectivement la notion de qualité substantielle (Supra n° 220), l'affirmation selon laquelle la nullité pour dol d'une cession de droits sociaux peut être prononcée alors même que l'erreur n'a pas porté sur une qualité substantielle nous semble, dans ce domaine précis, demeurer exacte.

<sup>66</sup> GHESTIN (J.), La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, art. préc., n° 21, p. 250 ; FAGES (B.), *op. cit.*, n° 121, p. 103 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 237, p. 242 ; CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 6, p. 207 ; V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 juin 1987, pourvoi n° 86-10.033, annulant le partage de la communauté existant entre deux époux en raison du silence gardé par le mari sur la valeur d'un immeuble qu'il s'était fait attribuer ; v. également Com., 14 juin 2005, *Bull. civ. IV*, n° 130, p. 140, *JCP* 2005.I.194, n° 12s., obs. WINTGEN (R.), qui approuve l'arrêt ayant annulé pour dol une cession de droits sociaux en raison des manœuvres opérées par le dirigeant de la société cessionnaire, destinées à masquer la véritable valeur des actions cédées.

<sup>67</sup> Com., 10 juil. 1989, pourvoi n° 87-19.426, *Bull. Joly* 1989, § 308, p. 884.

<sup>68</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 1983, *Bull. Joly* 1983, § 210, p. 506 ; V. également Com., 13 nov. 2003, *Bull. Joly* 2004, § 39, p. 249, obs. COURET (A.).

<sup>69</sup> Com., 16 janv. 2001, pourvoi n° 98-15.663.

<sup>70</sup> JAMIN (C.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2000, *JCP* 2001.II.10510, spéc. p. 759.

<sup>71</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, *op. cit.*, n° 568, p. 541 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 225, p. 216 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 510, p. 263 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 531, p. 195 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 213, p. 165 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, *op. cit.*, n° 113, p. 191 ; V. sur l'évolution de la jurisprudence : GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, *op. cit.*, n° 566s., p. 535s. ; GHESTIN (J.), La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, *D.* 1971, chr. 247, n° 21, p. 250.

<sup>72</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, *op. cit.*, n° 567, p. 537 ; V. notamment Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janv. 1971, *Bull. civ. III*, n° 38, p. 25, qui décide : « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant au cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter » ; v. plus récemment, en matière de cession de fonds de commerce : Com., 4 mai 1993, *Bull. civ. IV*, n° 163, p. 113. La sanction de la réticence dolosive constitue ainsi une sanction de la violation intentionnelle d'une obligation précontractuelle de renseignement (FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, *Bibl. dr. priv.*, t. 221, L.G.D.J., 1992, n° 354s., p. 285s., spéc. n° 354, p. 285, et n° 370, p. 297 ; JOURDAIN (P.), Le devoir de « se » renseigner, (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement), *D.* 1983, chr. 139, spéc. p. 139 ; adde. MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 510, p. 263 ;

cassation a en conséquence approuvé à de nombreuses reprises les arrêts qui avaient annulé une cession de droits sociaux au motif que les cédants avaient volontairement dissimulé l'état de la société au cessionnaire<sup>73</sup>. Elle a ainsi approuvé, par exemple, l'annulation de la cession des parts d'une société dont les cédants avaient volontairement dissimulé l'état de cessation des paiements en ne communiquant pas certains documents comptables et certaines informations<sup>74</sup>, ou de celle dont les cédants avaient préalablement cédé les logiciels et le droit de les utiliser, de telle sorte que les parts, payées 970 050 francs par les cessionnaires qui avaient cru obtenir la propriété des logiciels, avaient une valeur négative<sup>75</sup>. Elle approuve de même l'arrêt ayant annulé la cession des parts d'une société exploitant un fonds de commerce de pizzeria-restaurant au motif que les cédants avaient dissimulé aux cessionnaires la nécessité de réaliser d'importants travaux d'amélioration des systèmes d'évacuation des fumées et de ventilation<sup>76</sup>. Elle censure réciproquement les arrêts qui refusent de prononcer la nullité d'une cession de parts tout en constatant que les cédants avaient dissimulé aux cessionnaires des éléments importants<sup>77</sup>.

**224.** Les conditions qui doivent être remplies pour que soit caractérisé le dol limitent néanmoins les cas dans lesquels une action peut être utilement intentée sur ce fondement<sup>78</sup>.

L'efficacité de l'action en nullité fondée sur l'existence d'un dol se heurte en premier lieu à la définition même du dol qui implique l'existence de manœuvres, de mensonges, ou de réticences<sup>79</sup>. Or les manœuvres, mensonges ou le silence conservé par le cessionnaire sur des éléments déterminants du consentement de son cocontractant, ne sont nullement systématiques<sup>80</sup>. Spécialement, le silence conservé par le cessionnaire sur des éléments déterminants ne constitue une réticence dolosive que s'il est démontré que le cédant avait

---

TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 225, p. 217 ; FAGES (B.), *op. cit.*, n° 122, p. 106, et les précisions apportées par cet auteur sur la distinction entre le dol et la violation de l'obligation d'information).

<sup>73</sup> V. notamment les exemples fournis par M. Paillusseau in PAILLUSSEAU (J.), *Garanties de l'acquéreur du contrôle*, art. préc., note n° 14, p. 54.

<sup>74</sup> Com., 17 juin 2003, pourvoi n° 99-12.492 ; V. dans le même sens Com., 5 nov. 2002, pourvoi n° 99-12.334 ;

<sup>75</sup> Com., 4 juil. 2000, *Bull. Joly* 2000, § 269, p. 1081.

<sup>76</sup> Com., 28 janv. 2003, pourvoi n° 99-11.765

<sup>77</sup> V. par exemple Com., 3 juil. 2001, pourvoi n° 98-17.274, censurant l'arrêt qui, tout en constatant que les cédants avaient dissimulé aux cessionnaires que l'autorisation d'exploiter le bar -discothèque qui constituait l'activité de la société cédée était attribuée nominativement aux cédants, refuse d'annuler pour dol la cession.

<sup>78</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 23, p. 18.

<sup>79</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, *op. cit.*, n° 113, p. 290 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 508, p. 262 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 521s., p. 192s.

<sup>80</sup> Les nombreux recours intentés sur d'autres fondements par les cessionnaires déçus souhaitant obtenir l'annulation de la cession le démontre : sauf exception, on imagine mal que le demandeur à l'annulation renonce à un moyen efficace de l'obtenir.

connaissance des informations en cause<sup>81</sup>, connaissance qui, en matière de cession de droits sociaux, n'est pas aisée à établir<sup>82</sup>. De nombreuses actions fondées sur le dol échouent ainsi en raison de l'incapacité du cessionnaire à établir le caractère déterminant de l'information<sup>83</sup>. Il est en outre nécessaire, pour que soit constituée la réticence dolosive, que le contractant silencieux ait été tenu de communiquer ces informations, c'est-à-dire qu'ait pesé sur lui une obligation précontractuelle de renseignement<sup>84</sup>. La Cour de cassation a ainsi récemment retenu que le cessionnaire de parts sociales n'était tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société, ni de celles qu'il avait conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession<sup>85</sup>. Elle a en conséquence approuvé la décision ayant rejeté la demande des cédants qui reprochaient au cessionnaire de ne pas les avoir averti des négociations qu'il avait entreprises pour revendre les titres. Les manœuvres, mensonges ou réticences doivent enfin être destinés à tromper le cessionnaire<sup>86</sup>. La Cour de cassation a ainsi jugé que le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement<sup>87</sup>. Elle a par ailleurs approuvé la cour d'appel qui avait rejeté une demande d'annulation pour dol au motif que les erreurs affectant les comptes sur la base desquels la cession avait été conclue étaient imputables à l'expert comptable et au commissaire aux comptes. La Cour de cassation a considéré en effet qu'il résultait des constatations des juges du fond que les cédants n'avaient pas sciemment dissimulé aux cessionnaires la situation réelle de la société cible<sup>88</sup>. Or si l'intention de tromper peut être relativement aisément établie lorsque le dol résulte de manœuvres ou de mensonges, dans la mesure où il est difficile d'expliquer de tels comportements autrement que par la volonté

---

<sup>81</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 69, p. 54 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 427, p. 336.

<sup>82</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 25, p. 19.

<sup>83</sup> MOUSSERON (P.), L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle, *JCP* éd. E, 1994.I.362, spéc. n° 11, p. 263

<sup>84</sup> En ce sens : MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 510, p. 264 MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n° 182, p. 115 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 233, p. 239 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, *op. cit.*, n° 113, p. 293 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 213, p. 165 ; V. également MOUSSERON (P.), *eod. loc.*

<sup>85</sup> Com., 12 mai 2004, *Bull. civ.* IV, n° 131, p. 88, *JCP* 2004.I.173, n° 1, obs. CONSTANTIN (A.).

<sup>86</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 114, p. 293 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 524 p ; 192 et n° 535, p. 197 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 234, p. 239 ; ROCA (M.-C.), note sous CA Versailles, 17 juin 1987, *JCP* éd. E, 1988.II.15109.

<sup>87</sup> Com., 28 juin 2005, *Bull. civ.* IV, n° 140, p. 151 ; adde sur cet arrêt FAGES (B.), *op. cit.*, n° 122, p. 106. L'arrêt ajoute que le dol doit avoir provoqué une erreur déterminante.

<sup>88</sup> Com., 2 mai 2007, pourvoi n° 05-21.295, *Dr. soc.* fév. 2007, comm. 148, p. 14.

d'induire le partenaire en erreur<sup>89</sup>, la démonstration du caractère intentionnel est plus délicate à apporter en cas de silence<sup>90</sup>. Celui-ci peut en effet résulter de l'oubli ou de la négligence<sup>91</sup>. Ainsi, les demandeurs à la nullité d'une cession de droits sociaux ont vu leur action rejetée au motif, par exemple, qu'ils n'apportaient pas la preuve de la dissimulation de document<sup>92</sup>, de la réticence dolosive<sup>93</sup>, des manœuvres frauduleuses<sup>94</sup>, ou des erreurs ou omissions volontaires affectant les documents sociaux<sup>95</sup>.

Les agissements doivent, en deuxième lieu, avoir déterminé la victime du dol à contracter<sup>96</sup>. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion d'approuver des cours d'appel qui, pour rejeter une action en nullité d'une cession de droits sociaux, avaient souverainement estimé que le demandeur ne prouvait pas que les manœuvres avaient déterminé son consentement<sup>97</sup>, notamment lorsque le cessionnaire connaissait avant la cession les difficultés de la société ou l'état supposé de son passif<sup>98</sup>.

L'ignorance du cessionnaire semble, en troisième et dernier lieu, devoir être légitime, à tout le moins lorsque le litige entre dans le champ de compétence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, c'est-à-dire dans la très grande majorité des litiges relatifs à des cessions de droits sociaux<sup>99</sup>. Si la première et la troisième chambre civile de la Cour de cassation décident désormais que « *la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée* »<sup>100</sup>, la chambre commerciale semble en effet attachée au principe,

---

<sup>89</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 234, p. 239.

<sup>90</sup> *Ibid.* ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 25, p. 19.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> Com., 26 mars 2002, pourvoi n° 99-17.716.

<sup>93</sup> V. par exemple ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 déc. 1993, pourvoi n° 91-18.500 ;

<sup>94</sup> Com., 16 décembre 1970, *Bull. civ.* IV, n° 346, p. 306.

<sup>95</sup> Com., 25 mars 1991, pourvoi n° 89-20.849.

<sup>96</sup> *Supra* n° 223.

<sup>97</sup> Com., 17 avr. 1972, *Bull. civ.* IV, n° 109 p. 109 ; Com., 17 novembre 1992, pourvoi n° 90-19.862.

<sup>98</sup> Com., 22 fév. 2005, pourvoi n° 02-10.498 ; Com., 4 juin 1985, *Bull. Joly* 1985, § 259, p. 787 ; Com., 19 mars 1985, *Bull. Joly* 1985, § 168, p. 533

<sup>99</sup> Celle-ci est en effet compétente pour juger les pourvois en matière de sociétés commerciales, ainsi que de sociétés civiles, à l'exclusion des pourvois en matière de sociétés civiles immobilières, de sociétés civiles professionnelles et de coopératives agricoles (En ce sens *supra* n° 93). La très grande majorité des pourvois formés en matière de cession de droits sociaux relèvent donc de la compétence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, ainsi que l'atteste d'ailleurs la rareté des arrêts rendus par d'autres formations de cette juridiction en cette matière.

<sup>100</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 21 fév. 2001, *Bull. civ.* I, n° 20, p. 17, *JCP* 2002.II.10027, note JAMIN (C.), *D.* 2001.2702, note MAZEAUD (D.), *D.* 2001, somm. 3236, obs. AYNES (L.), *D.* 2002, somm. 927, obs. CARON (C.), *R. T. D. civ.* 2001.353, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.), Defrénois 2001.703, obs. LIBCHABER (R.), *JCP* éd. E, 2002.I.764, note CHAUVEL (P.), *JCP* 2001.I.330, n° 10 et *JCP* éd. E, 2001.1633, note CONSTATIN (A) ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 jan. 2005, pourvoi n° 03-15.115 ; v. également MOULY (J.), Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur excusable (l'opinion dissidente d'un travailleur), *D.* 2003, chr. 2023.

classique<sup>101</sup>, selon lequel la réticence suppose le silence gardé par le cocontractant sur une circonstance ou un fait que la victime « *était excusable de ne pas connaître* »<sup>102</sup>. Elle a ainsi récemment approuvé la cour d'appel qui avait rejeté la demande d'annulation d'une cession de droits sociaux fondée notamment sur le dol dont aurait été victime le cessionnaire au motif que le cessionnaire n'avait pas procédé à un examen sérieux de la situation de la société et de la consistance de ses stocks<sup>103</sup>. Elle a par ailleurs, dans plusieurs arrêts postérieurs à celui de la troisième chambre civile précité, rejeté les moyens soutenant que la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée et a en conséquence approuvé des décisions qui s'étaient fondées, pour rejeter une demande d'annulation pour dol, sur le fait que le cessionnaire aurait pu par ses diligences avoir connaissance des éléments qu'il reprochait à son cocontractant de lui avoir cachés. Elle a ainsi, par exemple, approuvé la cour d'appel qui, pour rejeter la demande en nullité des cessionnaires d'un cabinet d'expertise comptable, avait notamment relevé que les demandeurs ne pouvaient ignorer, en leur qualité de professionnels des comptes d'entreprises, que certains des bilans qui leur avaient été présentés étaient faux<sup>104</sup>. Le cessionnaire déçu ne peut ainsi invoquer utilement la réticence dolosive dont il aurait été victime lorsque l'erreur commise résulte non du silence gardé par son cocontractant, mais de sa propre imprudence<sup>105</sup>.

**225.** Le cessionnaire déçu ne peut donc finalement invoquer utilement l'existence d'un vice du consentement que rarement. Les recours fondés sur l'existence d'un vice du consentement ne le protègent donc pas efficacement contre le risque de discordance entre le prix convenu et la valeur d'échange attribuée aux droits sociaux, en raison d'une diminution de la valeur du patrimoine de la société dont les droits ont été cédés.

---

<sup>101</sup> Sur lequel v. par exemple LE TOURNEAU (P.), De l'allègement de l'obligation de renseignement et de conseil, *D.* 1987, chr. 101, spéc. p. 102.

<sup>102</sup> JOURDAIN (P.), art. préc., p. 140. ; v. en particulier Soc., 4 avr. 1962, *Bull. civ.* IV, n° 357.

<sup>103</sup> Com., 19 déc. 2000, pourvoi n° 97-22.002. Notons que cet arrêt a déjà été cité afin d'illustrer la nécessité du caractère inexcusable de l'erreur (supra n° 219). Nous le citons toutefois à nouveau dans la mesure où le cessionnaire avait demandé la nullité à la fois pour erreur et pour dol, et où il faisait notamment grief à la cour d'appel d'avoir rejeté sa demande d'annulation pour dol.

<sup>104</sup> Com., 5 oct. 2004, pourvoi n° 03-12.006 ; V. également Com., 9 juin 2004, pourvoi n° 03-11.534 ; Versailles, 17 juin 1987, *JCP* éd. E, 1988.II.15109, note ROCA (M.-C.), *Bull. Joly* 1987, § 318, p. 779, note FAUGEROLAS (L.), qui annule une cession pour dol en raison de la présentation par le cédant d'une situation financière inexacte, mais qui refuse d'octroyer au cessionnaire les dommages et intérêts qu'il sollicitait au motif qu'il avait commis une imprudence ayant largement contribué à sa déconvenue en achetant les actions d'une société n'ayant pas un an d'existence, qui ne produisait aucun compte d'exploitation, et sans recueillir l'avis du commissaire aux comptes.

<sup>105</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 21, p. 16 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 72, p. 56.

**226.** Ces recours constituent d'autant moins la panacée que les nullités suscitent des difficultés pratiques considérables<sup>106</sup>. Conformément au droit commun, le contrat de vente annulé est supposé n'avoir jamais existé<sup>107</sup>. La décision d'annulation entraîne donc l'anéantissement rétroactif du contrat, les parties devant être replacées dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant d'avoir contracté<sup>108</sup>. Elles doivent, le cas échéant, et sauf exception<sup>109</sup>, procéder à la restitution des prestations reçues, créant, selon la formule de Carbonnier, un « *contrat synallagmatique renversé* »<sup>110</sup>. Ces restitutions doivent se faire en nature<sup>111</sup> ou, lorsqu'une telle restitution en nature est impossible, en valeur<sup>112</sup>. Se pose alors le problème de l'évaluation des actions ou des parts sociales<sup>113</sup>.

<sup>106</sup> COURET (A.), L'annulation d'une vente de titres pour indétermination du prix : régime et conséquences de la nullité, *Dr. soc.*, oct. 1992, p. 1

<sup>107</sup> MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 964, p. 461, et, de manière générale SCHMIDT –SZALEWSKI (J.), Les conséquences de l'annulation d'un contrat, *JCP* 1989.I.3397, n° 1 ; CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 1021, p. 2098 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 398, p. 387.

<sup>108</sup> CARBONNIER (J.), *op. et loc. cit.* ; POISSON-DROCOURT (E.), Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat, *D.* 1983, chr. 85, n° 1 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 183, p. 137 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 1999, *Bull. civ. I*, n° 95, p. 62 ; HONORAT (J.), obs. sous Com., 29 mars 1994, *Deffrénois* 1994, p. 1018.

<sup>109</sup> Il s'agit essentiellement de l'application de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, interdisant au contractant qui se prévaut de son immoralité d'obtenir restitution de la prestation qu'il a fournie (V. notamment : ROLAND (H.) ET BOYER (L.), *Adages du droit français*, 4<sup>ème</sup> éd., 1999, n° 246, p. 483). D'autres situations font obstacle aux restitutions, telle l'incapacité de l'un des contractants lorsque le contrat est annulé pour incapacité (en ce sens, V. par exemple TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 402, p. 390). Mais cette exception n'est, par hypothèse, pas applicable en cas d'annulation du contrat pour vice du consentement ou défaut de cause.

<sup>110</sup> CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 1022, p. 2100.

<sup>111</sup> SCHMIDT –SZALEWSKI (J.), art. préc., n° 15 ; COIRET (N.), thèse préc., n° 151, p. 136 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 399, p. 388 ; FAGES (B.), *op. cit.*, n° 246, p. 190.

<sup>112</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup> 11 juin 2002, *Bull. civ. I*, n° 163, p. 125 ; Com., 11 mai 1976, *Bull. civ. IV*, n° 162, p. 137 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), n° 1071, p. 378. La Cour de cassation est, ce faisant, revenue sur sa jurisprudence antérieure qui décidait que l'action en nullité était irrecevable si l'impossibilité de restitution était imputable au demandeur (Civ., 17 déc. 1928, *D. H.* 1929.52 ; v. également Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 fév. 1970, *Bull. civ. I*, n° 66, p. 52, qui décide que « *la nullité de la vente peut être prononcée dès lors que la chose vendue a conservé son individualité avec ses qualités spécifiques* », semblant ainsi exclure la recevabilité de l'action en nullité quand la chose a été détruite, Com., 27 avr. 1971, *Bull. civ. IV*, n° 108, p. 101). La Cour de cassation a semblé, pendant un temps, distinguer selon les causes de la destruction, et appliquer la théorie des risques lorsque la destruction résultait d'un cas fortuit. Le vendeur retrouvant rétroactivement sa qualité de propriétaire, il doit supporter les conséquences de la perte de la chose, ce qui lui interdit d'obtenir restitution du bien ou de sa valeur (Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 déc. 1967, *Bull. civ. I*, n° 358 ; V. également SCHMIDT –SZALEWSKI (J.), art. préc., n° 22 ; POISSON-DROCOURT (E.), art. préc., n° 9, qui limite la portée de cette solution, en relevant que la question dont avait à connaître la Cour de cassation était celle de la charge de la preuve de la cause de la destruction). Mais cette distinction semble avoir été abandonnée par l'arrêt précité de la première chambre civile du 2 juin 1987 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 183, p. 137 ; v. également en ce sens : TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 399, p. 388, spéc. note n° 5 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), n° 1072, p. 378 ; GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, *op. cit.*, n° 926-1, p. 1072).

<sup>113</sup> Il semble que les sommes dues doivent être déterminées en fonction de la valeur des parts sociales ou actions non lors de la vente annulée, mais au moment de son annulation. Un arrêt du 29 mars 1994 a retenu que l'annulation d'une cession d'actions d'une société confère au vendeur le droit d'obtenir la remise des actions en nature ou en valeur, sans qu'aucune réduction ne puisse affecter le montant de cette restitution, à l'exception des dépenses nécessaires ou utiles faites par l'acquéreur pour la conservation des titres (Com., 29 mars 1994, *Bull.*



L'annulation soulève une deuxième série de difficultés, peut-être plus graves pour la société, liées à l'exercice des droits afférents aux parts sociales ou actions cédées. La transmission des droits sociaux intervient en effet fréquemment dans des conditions telles qu'elle est irréversible<sup>114</sup>. D'une part, l'annulation entraîne le retour dans la société du cédant, et le départ du cessionnaire. Dans les cas où la cession avait porté sur le contrôle de la société, l'annulation entraîne à nouveau changement des contrôleurs. Or le transfert effectif du contrôle d'une société est, au-delà de la question du transfert des droits sociaux, une opération complexe, qui nécessite souvent du temps, et une certaine collaboration des anciens dirigeants. Le caractère contentieux du transfert consécutif à l'annulation de la cession risque alors d'interdire le bon déroulement de ce transfert, au détriment du fonctionnement de la société. En outre, dans un certain nombre de cas, le cédant n'aura aucune envie d'assumer à nouveau le contrôle de la société cible. D'autre part, la nullité doit rejaillir sur les décisions adoptées par une assemblée à laquelle le cessionnaire a participé<sup>115</sup>. La Cour de cassation en a déduit que ces décisions étaient nulles<sup>116</sup>. Se pose alors la question du sort de tous les actes effectués par la société en application de ces décisions.

**227.** Les actions tendant à l'annulation du contrat ne sont donc guère satisfaisantes. Les recours fondés sur la mauvaise exécution du contrat ne sont pas plus efficaces.

## **B – Les actions tendant à la résolution du contrat**

**228.** Différentes dispositions permettent théoriquement au cessionnaire déçu de demander la résolution du contrat (1). Les conditions qui doivent être remplies pour que ces dispositions s'appliquent effectivement limitent toutefois fortement l'efficacité réelle des actions correspondantes (2).

### 1 – Les dispositions applicables

**229.** Les droits sociaux sont généralement considérés pour l'essentiel comme des créances sur la société<sup>117</sup>, de telle sorte que les cessions de droits sociaux sont considérées comme

---

*civ.* IV, n° 137, *D.* 1995.520, note MOURY (J.), *RTD civ.* 1994.858, obs. MESTRE (J.), *Defrénois* 1994, p. 1018, obs. HONORAT (J.), *JCP éd. E* 1994.II.650, note GUYON (Y.). Il en résulte bien que la valeur restituée des actions est leur valeur actuelle (en ce sens MESTRE (J.), obs. sous *Com.*, 29 mars 1994, *RTD civ.* 1994.858).

<sup>114</sup> FREYRIA (C.), *Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux*, *JCP* 1992.I.3600, n° 1, p. 323.

<sup>115</sup> MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 965, p. 462.

<sup>116</sup> *Civ.* 3<sup>ème</sup>, 21 oct. 1998, n° 96-16.537.

<sup>117</sup> *Supra* n° 10.

soumises aux dispositions applicables aux cessions de créance<sup>118</sup>.

**230.** Certains auteurs ont considéré que l'application des dispositions relatives aux cessions de créance excluait celle de certaines dispositions du droit commun de la vente, et en particulier des articles 1625 et suivants du Code civil relatifs aux garanties dues par le vendeur à l'acquéreur<sup>119</sup>. Cette solution, qui constituerait une application de l'adage « *Specialia generalibus derogant* »<sup>120</sup>, semble parfois avoir été adoptée par la Cour de cassation. En effet, après que la Cour de cassation a admis que les garanties prévues par les articles 1625 et suivants du Code civil pouvaient jouer en matière de cession de droits sociaux<sup>121</sup>, la troisième chambre civile a jugé que le cédant n'était tenu que de garantir l'existence des parts<sup>122</sup>. La troisième chambre civile n'a certes pas explicitement décidé que le cédant des parts n'était pas tenu des garanties dues par le vendeur sur les parts elles-mêmes. La question qui lui était posée était en effet celle de l'application de la garantie des vices cachés aux immeubles constituant l'actif des sociétés dont les parts avaient été cédées, mais non celle de l'application de cette garantie aux parts elles-mêmes<sup>123</sup>. Néanmoins, en affirmant que le cédant n'était tenu que de garantir l'existence des parts, elle semble bien avoir exclu les garanties dues par le vendeur, et considéré que les parts sociales ou les actions constituaient des créances sur la société, soumises uniquement aux dispositions des articles 1690 et suivants du Code civil<sup>124</sup>.

---

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> V. par exemple : HEMARD (J.), TERRE (F.), MABILLAT (P.), *op. et loc. cit.* ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., n° 2, p. 30 ; MASSART (T.) *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse Paris, 1995, p. 79.

<sup>120</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 139, p. 100.

<sup>121</sup> V. pour l'application de l'article 1641 du Code civil : Civ., 30 juil. 1912, *D. P.* 1913.1.495. La Cour de cassation approuve dans cet arrêt la cour d'appel qui avait décidé que la nullité d'une société résultant de l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait de réaliser son objet constituait un vice caché rendant la chose vendue –les parts de la société– impropre à l'usage auquel elle était destinée. Si la question posée n'était pas, dans cet arrêt, celle de savoir si une dette nouvelle constituait un vice caché, il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation admet que la cession de parts sociales est soumise aux dispositions de l'article 1641 du Code civil. V. également en ce sens les conclusions de M. l'Avocat général Desjardins lues dans une affaire jugée le 3 juin 1885 (reproduites sous Civ. 3 juin 1885, *D. P.* 1886.1.25, spéc. p. 28) ; v. aussi Req., 8 août 1882, *D. P.* 1883.1.241, qui exclut l'application de la garantie des vices cachés à des actions au motif que le vice était apparent et que l'article 1642 du Code civil s'appliquait, ce qui implique, implicitement mais nécessairement, que les articles 1641 et suivants du Code civil puissent s'appliquer en matière de cession d'actions. V. par ailleurs pour l'application de l'article 1628 du Code civil : Com., 18 juin 1963, *Bull. civ.* IV, n° 310 ; v. également Req., 12 avr. 1942, *JCP* 1942.II.1913, note BASTIAN (D.).

<sup>122</sup> V. notamment Civ. 3<sup>ème</sup>, 21 mai 1979, *Bull. civ.* III, n° 111 ; v. également, quoique moins explicitement Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 mai 1970, *Bull. civ.* III, n° 340, p. 248 ; Civ. ; 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1973, *Bull. civ.* III, n° 169, p. 122 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 mai 1977, *Bull. civ.* III, n° 206, p. 157.

<sup>123</sup> Les garanties dues par le vendeur sur les parts et sur les immeubles sont, en théorie du moins, distinctes. On peut imaginer que les parts soient affectées d'un vice caché n'ayant pas pour source l'immeuble.

<sup>124</sup> COURET (A.), note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, § 86, p. 422.

**231.** Doctrine et jurisprudence semblent toutefois être revenues sur cette solution, et considérer désormais que les cessions de droits sociaux sont soumises aux dispositions des articles 1625 et suivants du Code civil<sup>125</sup>. La Cour de cassation a ainsi admis à plusieurs reprises le jeu de la garantie d'éviction en matière de cession de droits sociaux. Elle a notamment jugé qu'il pouvait y avoir éviction totale, ouvrant droit à garantie, du cessionnaire des parts d'une société exploitant un hôtel fermé par une décision judiciaire<sup>126</sup>. Dans cette espèce, le cédant des parts d'une SARL exploitant un hôtel avait, après la cession, été condamné pour proxénétisme, et la fermeture de l'hôtel avait été ordonnée par une décision judiciaire. La Cour de cassation approuva la cour d'appel d'avoir considéré d'une part que les vendeurs des parts devaient garantir contre l'éviction conformément à l'article 1626 du Code civil « *les cessionnaires des parts cédées d'une société ayant pour objet l'exploitation d'un fonds de commerce d'hôtel* » et, d'autre part, que les cessionnaires avaient en l'espèce souffert d'une éviction totale « *puisque la privation de la possibilité d'exploiter le fonds de commerce que représentaient ces parts a enlevé à celles-ci toute valeur* »<sup>127</sup>. A l'inverse, elle a censuré la décision qui avait écarté le jeu de la garantie d'éviction sans rechercher si le comportement litigieux n'était pas de nature à empêcher la société cible de poursuivre son activité économique et de réaliser son objet social<sup>128</sup>.

**232.** La Cour de cassation semble par ailleurs avoir admis le principe du jeu de l'article 1641 du Code civil en matière de cession de droits sociaux<sup>129</sup>. Elle s'est en effet à plusieurs reprises fondée, pour décider que le défaut dont se prévalait l'acquéreur ne constituait pas un vice caché, non sur le fait que les articles 1641 et suivants du Code civil ne seraient pas applicables en matière de cession de droits sociaux, mais sur la nature du défaut.

---

<sup>125</sup> V. par exemple MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 141s., p. 102s. ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1721, p. 299 ; GERMAIN (M.), art. préc., p. 70 ; CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 8s., p. 45s. ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 1225, p. 762 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 737, p. 332.

<sup>126</sup> Com., 12 déc. 1972, *Rev. soc.* 1973.306, note OPPETIT (B.).

<sup>127</sup> V. également Com., 25 janv. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 34, *JCP* 1984.II.20180, note VIANDIER (A.) ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n° 32, p. 31, *Rev. soc.* 2006.561, obs. LECOURT (B.) ; V. par ailleurs Com., 21 janv. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 25, p. 22, qui considère que « *la garantie légale d'éviction du fait personnel du vendeur n'entraîne pour celui-ci, s'agissant de la cession des actions d'une société, l'interdiction de se rétablir, que si ce rétablissement est de nature à empêcher les acquéreurs de ces actions de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social* », ce dont il résulte que la garantie d'éviction peut jouer en matière de cession d'action (V. sur cet arrêt également infra n° 242).

<sup>128</sup> Com., 20 février 2007, pourvoi n° 04-19.932, *Dr. soc.* mai 2007, comm. 88 p. 19, obs. LECUYER (H.).

<sup>129</sup> COURET (A.), note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, § 86, p. 422, préc..

Elle a ainsi jugé, dans un arrêt du 23 janvier 1990<sup>130</sup>, que « *la garantie prescrite par l'article 1641 du Code civil ne s'applique qu'à raison des défauts de la chose vendue elle-même* », ce dont elle a déduit que la révélation d'un passif fiscal, qui « *n'affectait pas l'usage des parts sociales elles-mêmes mais seulement leur valeur* », ne constituait pas un vice caché ouvrant droit à garantie. Elle a de même considéré, dans un arrêt du 12 décembre 1995<sup>131</sup>, que « *la non-conformité des locaux aux normes de sécurité ne constituait pas un vice affectant les actions cédées dès lors que la société Hôtel de L'Esplanade a pu, en engageant des dépenses supplémentaires, continuer à exercer l'activité économique constituant son objet social* ». Elle a encore approuvé, dans un arrêt du 16 novembre 2004<sup>132</sup>, la cour d'appel qui avait considéré que la perte comptable enregistrée au titre d'un exercice antérieur à la cession, mais qui n'avait été révélée qu'après celle-ci, ne constituait pas un vice caché, dans la mesure où « *la perte invoquée n'avait pas mis la société dans l'impossibilité de poursuivre l'activité économique constituant son objet et ne constituait donc pas un vice affectant l'usage des actions cédées* ».

En rejetant dans tous ces arrêts<sup>133</sup> la qualification de vice caché au motif que le défaut n'affectait pas l'usage des parts mais leur valeur, ou n'interdisait pas à la société de

<sup>130</sup> Com., 23 janv. 1990, *Bull. civ. IV*, n° 23, p. 15, *D.* 1991.333, note VIRASSAMY (G.), *Bull. Joly* 1990, § 76, p. 275, *Bull. Joly* 1990, § 115, p. 370, note JEANTIN (M.), *Rev. soc.* 1990.248, note GUYON (Y.), *Defrénois* 1991, p. 612, art 35041, spéc. n° 3, obs. HONORAT (J.), *RTD com.* 1990.591, obs. REINHARD (Y.). Certains auteurs ont estimé que cette solution, consacrée pour la première fois par la chambre commerciale dans cet arrêt du 23 janvier 1990, l'avait déjà été par la troisième chambre civile dans un arrêt du 25 mars 1987 (Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 1987, *Bull. civ. III*, n° 62, p. 36), rendu « *dans des circonstances de fait plus ambiguës* » (GUYON (Y.), note sous Com., 23 janv. 1990, *Rev. soc.* 1990.248). Les raisons qui ont conduit la troisième chambre civile de la Cour de cassation à rejeter la garantie des vices cachés dans cet arrêt nous semblent toutefois interdire d'en tirer des conclusions relatives au jeu de la garantie en matière de cession de droits sociaux. La Cour de cassation avait en effet, dans cet arrêt, approuvé la cour d'appel ayant rejeté le jeu de la garantie de l'article 1641 du Code civil « *relative au contrat de vente* » dans la mesure où l'acte constituait un partage. La garantie est donc exclue parce que l'acte ne constitue pas une vente. Mais rien ne permet de déduire de cet arrêt que la troisième chambre civile a entendu admettre le jeu de la garantie lorsque le contrat est un contrat de vente.

<sup>131</sup> Com., 12 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 302, p. 277, *Bull. Joly* 1996, § 65, p. 200, note COURET (A.), *D.* 1996.277, note PAILLUSSEAU (J.), *JCP éd. E*, 1996.II.798, note GUYON (Y.), *RTD com.* 1996.294, obs. PETIT (B) et REINHARD (Y.), *Rev. soc.* 1996.55, note BUREAU (D.), *JCP éd. E*, 1996.I.541, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), n° 5, *Dr. soc.* 1996, comm. n° 86, obs. VIDAL (D.), *Quot. Jur.*, 7-9 mai 1996, p. 5, *RJDA* 1996/3, n° 356, p. 253, *Dr. soc.* 1996, comm. n° 54, obs. BONNEAU (T.), *JCP éd. N*, 1996.II.1513, note GUYON (Y.).

<sup>132</sup> Com., 16 nov. 2004, pourvoi n° 02-12.636 ; *Bull. Joly* 2005, § 9, p. 68.

<sup>133</sup> V. également Com., 4 juin 1996, *Bull. civ. IV*, n° 154, p. 135, *Bull. Joly* 1996, § 334, note COURET (A.), *RTD com.* 1996.680, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), *RTD com.* 1997.111, obs. PETIT (B) et REINHARD (Y.), *JCP éd. E*, 1996.I.589, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), n° 4, *Dr. soc.* 1996, comm. n° 154, *RJDA* 1996/10, n° 1204, p. 865, *BRDA* 1996/17, p. 4, *D. Affaires* 1996.815 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 janv. 2000, *Bull. civ. III*, n° 7, p. 5, *Bull. Joly* 2000, § 86, p. 423, note COURET (A.). Un arrêt en date du 5 mai 1981 avait déjà accueilli l'action en garantie des vices cachés exercée par les cessionnaires des parts d'une société civile immobilière et fondée sur les vices de l'immeuble (Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mai 1981, *Bull. civ. III*, n° 90). Dans cette espèce, la Cour de cassation avait cependant approuvé la cour d'appel d'avoir appliqué la garantie des vices cachés dans la mesure où la société dont les parts avaient été cédées n'était qu'une technique de commercialisation de l'immeuble et où la

poursuivre son activité économique, la Cour de cassation semble, implicitement, admettre que la garantie serait due si se révélait un défaut affectant l'usage des parts ou interdisant à la société de poursuivre son activité. Elle semble donc, plus largement, admettre le jeu de l'article 1641 du Code civil en matière de cession de droits sociaux<sup>134</sup>. Une telle interprétation paraît d'autant plus probable que la Cour de cassation admet le jeu de la garantie d'éviction. Or il paraît difficile de justifier que les deux garanties dues par le vendeur fassent l'objet d'un traitement différent.

**233.** La Cour de cassation refuse donc de considérer la cession de droits sociaux comme une simple cession de créance, soumise aux dispositions des articles 1693 et 1694 du Code civil<sup>135</sup>. Dès lors qu'elle admet l'application des dispositions relatives aux garanties dues par le vendeur, rien ne semble interdire, plus largement, l'application de l'ensemble des dispositions applicables aux droits de la vente de meubles<sup>136</sup>. Devraient en particulier être applicables les dispositions relatives à l'obligation de délivrance incombant au cédant, et spécialement l'article 1610 du Code civil<sup>137</sup>, qui permet à l'acheteur de demander la résolution de la vente si le vendeur manque à son obligation de délivrance dans le temps convenu.

Il résulte enfin de l'article 1107 du Code civil que le droit commun des obligations s'applique lorsque aucune règle particulière plus précise ne s'applique<sup>138</sup>. Rien ne semble dès lors interdire l'application aux cessions de droits sociaux de l'article 1184 du Code civil<sup>139</sup>, à tout le moins dans les cas ne relevant pas de l'obligation de délivrance conforme ou des garanties dues par le vendeur.

---

cession des parts « *n'a été qu'une forme juridique dénuée d'effets réels* ». La solution retenue par l'arrêt, fondée sur le caractère fictif de la société, ne semble donc pas pouvoir constituer un exemple d'application de la garantie des vices cachés aux cessions de droits sociaux.

<sup>134</sup> En ce sens, à propos de l'arrêt du 23 janvier 1990, v. par exemple PETIT (B) et REINHARD (Y.), obs. sous Com., 12 déc. 1995, *RTD com.* 1996.294 ; à propos de l'arrêt du 12 décembre 1995: COURET (A.), note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, § 86, p. 422, préc., COURET (A.), note sous Com., 12 déc. 1995, *Bull. Joly* 1996, § 65, p. 200, PETIT (B) et REINHARD (Y.), obs. sous Com., 12 déc. 1995, *RTD com.* 1996.294, qui soulignent qu'une telle interprétation semble possible quelque méfiance qu'inspire ordinairement l'interprétation a contrario, GUYON (Y.), note sous Com., 12 déc. 1995, *JCP éd. E*, 1996.II.798 ;

<sup>135</sup> REMOND BIED (C.) ET VERCHEYRE GRARD (C.), Cession de droits sociaux : la nouvelle jurisprudence favorable au cessionnaire déçu, *RJDA*, 10/96, p. 831

<sup>136</sup> La Cour de cassation l'admet d'ailleurs elle-même puisqu'elle annule, on le verra, certaines cessions sur le fondement des articles 1583, 1591, ou 1592 du Code civil.

<sup>137</sup> En ce sens, v. par exemple PAILLUSSEAU (J.), L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle, art. préc., p. 35 ; PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 52, p. 195 ; PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, art. préc., n° 37, p. 53.

<sup>138</sup> BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, op. cit.*, n° 1, p. 1 ; HUET (J.), *op. cit.*, n° 7, p. 13.

<sup>139</sup> MASSART (T.), note sous Com., 30 nov. 1999, *Bull. Joly* 2000, § 59, p. 306.

Les principes qui conduisent la Cour de cassation à rejeter l'annulation de la cession des parts en raison de défauts affectant le patrimoine de la société ou sa capacité à poursuivre son activité la conduisent toutefois à limiter les hypothèses dans lesquelles le cessionnaire peut obtenir la résolution du contrat.

## 2 – L'efficacité limitée des recours tendant à la résolution de la vente

**234.** Ni les dispositions applicables aux cessions de créance, ni celles applicables à la vente, ni le droit commun des contrats, ne fournissent au cessionnaire déçu un recours efficace<sup>140</sup>.

### *a) L'efficacité limitée des recours fondés sur le droit de la cession de créance*

**235.** Celui qui vend une créance doit, aux termes de l'article 1693 du Code civil, en garantir l'existence. Il ne répond toutefois de la solvabilité du débiteur, en application de l'article 1694 du Code civil, que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance. Sauf stipulation contraire, les cédants d'actions ou de parts sociales ne garantissent ainsi pas la solvabilité de la société à l'encontre de laquelle les parts ou actions cédées leur donnent un droit de créance<sup>141</sup>.

**236.** Les dispositions applicables aux cessions de créance n'offrent dès lors pas de recours utile au cessionnaire déçu par les capacités ou le patrimoine de la société dont il a acquis les parts ou actions<sup>142</sup>. La perte de valeur des droits cédés ne suffit pas à considérer que la créance n'existe pas<sup>143</sup>. Dès lors, la révélation d'éléments réduisant la solvabilité de la société –nouveaux passifs, ou revalorisation des actifs- n'est pas couverte par la garantie légale du cédant de créance<sup>144</sup>. Aussi cette garantie n'offre-t-elle que peu d'intérêt pour le cessionnaire<sup>145</sup>. Elle ne semble d'ailleurs guère avoir été invoquée<sup>146</sup>.

---

<sup>140</sup> BERTREL (J.-P.), La garantie de passif social dans les acquisitions de contrôle, art. préc., p. 244.

<sup>141</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1717, p. 296 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 12, p. 10.

<sup>142</sup> BERTREL (J.-P.), Les recours offerts par la loi à un « cessionnaire déçu », art. préc., p. 57.

<sup>143</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 150, p. 105.

<sup>144</sup> *Ibid.* ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., n° 2, p. 30

<sup>145</sup> MOUSSERON (P.), *op. et loc. cit.* ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. et loc. cit.* ; CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 11, p. 47 ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), *eod. loc.*

<sup>146</sup> La Cour de cassation a eu l'occasion de décider que les cessions de droits sociaux étaient soumises aux articles 1690 et suivants du Code civil (Supra n° 229), mais aucun arrêt de la Cour de cassation ne semble s'être prononcé sur la question de l'application de la garantie prévue par l'article 1693 du Code civil à un passif révélé postérieurement à la cession.

*b) L'efficacité limitée des recours fondés sur le droit commun de la vente*

**237.** La Cour de cassation applique en matière de vice caché un principe analogue à celui appliqué en matière d'erreur<sup>147</sup>. Refusant d'assimiler cession des parts ou actions d'une société et cession de l'entreprise, elle considère que la cession ne porte pas sur le patrimoine de la société, mais uniquement sur les droits sociaux. Elle a en conséquence limité les situations dans lesquelles la garantie des vices cachés ou la garantie d'éviction pouvaient jouer. Aucun autre recours fondé sur le droit de la vente ne semble enfin permettre la résolution du contrat.

*α) L'efficacité limitée des actions fondées sur la garantie des vices cachés due par le cédant de droits sociaux*

**238.** Des dettes dont l'existence est révélée postérieurement à la cession peuvent obérer la situation de la société et sa capacité à poursuivre son activité. Aussi le cessionnaire qui découvre que la valeur de l'actif de la société est moindre que ce qu'il avait escompté, ou que le montant de son passif est supérieur, est-il parfois tenté d'invoquer les articles 1641 et suivant du Code civil, qui obligent le vendeur à garantir l'acquéreur des « *vices rendant la chose impropre à l'usage auquel on la destine* ». Les dettes apparues, en diminuant la capacité financière de la société ou sa rentabilité, la rendrait impropre à l'usage auquel on la destine. En application de l'article 1644 du Code civil<sup>148</sup>, l'acheteur peut, si cette argumentation est accueillie, obtenir la résolution de la vente.

Une telle action ne présente toutefois que des chances limitées de succès. Si des juges du fond ont parfois semblé l'admettre<sup>149</sup>, la Cour de cassation lui semble en revanche, malgré un certain assouplissement de ses solutions, globalement hostile.

**239.** Elle a ainsi, dans un premier temps, considéré que la révélation d'un passif ne constituait pas un vice caché, sans autre précision. Elle a jugé, on l'a dit, que la révélation

---

<sup>147</sup> En ce sens, v. par exemple VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), obs. sous Com., 12 déc. 1995, *JCP* éd. E, 1996.I.541, n° 5 ; GUYON (Y.), note sous Com., 12 déc. 1995, *JCP* éd. E, 1996.II.798.

<sup>148</sup> Il dispose : « *Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts* »

<sup>149</sup> V. par exemple CA Bordeaux, 11 juil. 1986, *Rev. soc.* 1986.593, note LE CANNU (P.), *JCP* éd. E 1987.I.16122, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), n° 5 ; CA Versailles, 17 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, § 252, p. 619, note LE CANNU (P.), *JCP* éd. E 1987.I.16959, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), n° 12, qui a estimé que « *le vice caché réside, s'agissant de parts de société, dans la disparition du pouvoir de gestion attaché à l'entité économique et à l'outil de production qu'elles représentent et qui n'a pu s'exercer par suite du dépôt de bilan de la société* ».

d'un passif fiscal, qui « *n'affectait pas l'usage des parts sociales elles-mêmes mais seulement leur valeur* », ne constituait pas un vice caché ouvrant droit à garantie<sup>150</sup>. Elle a en conséquence rejeté le pourvoi formé par les cessionnaires des parts qui avaient demandé, sur le fondement de l'article 1641 du Code civil, le remboursement du prix payé en raison de la dette fiscale résultant d'un redressement dont la société avait fait l'objet. Elle a de même jugé, dans un arrêt du 4 juin 1996<sup>151</sup>, que « *la révélation d'un passif ne [constitue] pas un vice caché des droits sociaux cédés* », et approuvé en conséquence l'arrêt ayant débouté les cessionnaires de leur demande tendant à la mise en jeu de la garantie de l'article 1641 du Code civil.

La Cour de cassation a cependant semblé parallèlement admettre que des défauts matériels affectant l'actif de la société pouvaient, s'ils interdisaient à la société de poursuivre son activité, constituer un vice caché. Elle a jugé dans son arrêt du 12 décembre 1995<sup>152</sup> précité que « *la non-conformité des locaux aux normes de sécurité ne constituait pas un vice affectant les actions cédées dès lors que la société Hôtel de L'Esplanade a pu, en engageant des dépenses supplémentaires, continuer à exercer l'activité économique constituant son objet social* ». Tout en rejetant la qualification de vice caché, elle semble admettre que le défaut affectant l'hôtel aurait pu constituer un vice caché s'il avait interdit à la société de poursuivre son activité<sup>153</sup>. Elle a confirmé cette solution dans un arrêt du 12 janvier 2000. Elle a censuré dans cet arrêt la décision ayant considéré que des travaux de remise en état d'un immeuble appartenant à une société immobilière dont les parts avaient été cédées constituaient un vice caché ouvrant droit à garantie. La cour d'appel, en statuant ainsi sans

---

<sup>150</sup> Com., 23 janv. 1990, *Bull. civ.* IV, n° 23, p. 15, *D.* 1991.333, note VIRASSAMY (G.), *Bull. Joly* 1990, § 76, p. 275, *Bull. Joly* 1990, § 115, p. 370, note JEANTIN (M.), *Rev. soc.* 1990.248, note GUYON (Y.), *Defrénois* 1991, p. 612, art 35041, spéc. n° 3, obs. HONORAT (J.), *RTD com.* 1990.591, obs. REINHARD (Y.) ; v. également REIGNE (P.), *La révélation d'un passif ignoré lors de la cession de droits sociaux ne constitue pas un vice caché des droits cédés*, *RFC*, mai 1990, p. 52.

<sup>151</sup> Com., 4 juin 1996, *Bull. civ.* IV, n° 154, p. 135, *Bull. Joly* 1996, § 334, note COURET (A.), *RTD com.* 1996.680, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), *RTD com.* 1997.111, obs. PETIT (B) et REINHARD (Y.), *JCP* éd. E, 1996.I.589, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), n° 4, *Dr. soc.* 1996, comm. n° 154, *RJDA* 1996/10, n° 1204, p. 865, *BRDA* 1996/17, p. 4, *D. Affaires* 1996.815.

<sup>152</sup> Com., 12 déc. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 302, p. 277, *Bull. Joly* 1996, § 65, p. 200, note COURET (A.), *D.* 1996.277, note PAILLUSSEAU (J.), *JCP* éd. E, 1996.II.798, note GUYON (Y.), *RTD com.* 1996.294, obs. PETIT (B) et REINHARD (Y.), *Rev. soc.* 1996.55, note BUREAU (D.), *JCP* éd. E, 1996.I.541, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), n° 5, *Dr. soc.* 1996, comm. n° 86, obs. VIDAL (D.), *Quot. Jur.*, 7-9 mai 1996, p. 5, *RJDA* 1996/3, n° 356, p. 253, *Dr. soc.* 1996, comm. n° 54, obs. BONNEAU (T.), *JCP* éd. N, 1996.II.1513, note GUYON (Y.).

<sup>153</sup> COURET (A.), note sous *Civ.* 3<sup>ème</sup>, 12 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, § 86, p. 422, préc. ; COURET (A.), note sous *Com.*, 12 déc. 1995, *Bull. Joly* 1996, § 65, p. 200 ; PETIT (B) et REINHARD (Y.), obs. sous *Com.*, 12 déc. 1995, *RTD com.* 1996.294, qui, on l'a dit, soulignent qu'une telle interprétation semble possible quelque méfiance qu'inspire ordinairement l'interprétation a contrario ; GUYON (Y.), note sous *Com.*, 12 déc. 1995, *JCP* éd. E, 1996.II.798.



constater que le vice affectant l'immeuble était de nature à rendre les parts sociales cédées impropres à leur destination, a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 1641 du Code civil<sup>154</sup>. En censurant pour défaut de base légale et non pour violation de la loi la décision ayant appliqué l'article 1641 du Code civil à une cession de parts sociales, elle admet, implicitement mais nécessairement, que le défaut affectant l'immeuble peut constituer un vice caché s'il rend les parts impropres à leur destination.

Appliquant ce principe non plus au défaut affectant un élément de l'actif de la société, mais à l'apparition d'un passif supplémentaire, la Cour de cassation a dans un deuxième temps semblé admettre qu'un passif pouvait constituer un vice caché s'il empêchait la société de poursuivre son activité. Elle a approuvé, dans son arrêt du 16 novembre 2004 précité<sup>155</sup>, la cour d'appel qui avait considéré que la perte comptable enregistrée au titre d'un exercice antérieur à la cession mais qui n'avait été révélée qu'après celle-ci ne constituait pas un vice caché, dans la mesure où « *la perte invoquée n'avait pas mis la société dans l'impossibilité de poursuivre l'activité économique constituant son objet et ne constituait donc pas un vice affectant l'usage des actions cédées* ». La Cour de cassation a ainsi jugé que ne constituait pas un vice affectant les actions cédées celui qui n'interdisait pas à la société d'exercer l'activité économique qui constitue son objet social.

La Cour de cassation semble avoir adopté dans ce dernier arrêt une solution plus souple encore que dans les arrêts de du 23 janvier 1990 et du 4 juin 1996 précités, qui avaient retenus qu'un passif ne constituait pas un vice caché, sans autre précision. Il semble en effet résulter *a contrario* de cette formulation que pourrait constituer un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil le défaut interdisant à la société de poursuivre son activité.

**240.** La portée de cet assouplissement est cependant limitée<sup>156</sup>. D'une part en effet, la Cour de cassation a, dans tous les arrêts dans lesquels elle a été amenée à se prononcer sur l'application de l'article 1641 du Code civil à une cession de droits sociaux, et sous réserve de l'hypothèse de la fictivité de la société<sup>157</sup>, exclu une telle application. D'autre part, et plus

---

<sup>154</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 janv. 2000, *Bull. civ.* III, n° 7, p. 5, *Bull. Joly* 2000, § 86, p. 423, note COURET (A.).

<sup>155</sup> Com., 16 nov. 2004, pourvoi n° 02-12.636.

<sup>156</sup> COURET (A.), note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, § 86, p. 422, préc.

<sup>157</sup> La troisième chambre civile de la Cour de cassation a approuvé, dans un arrêt du 5 mai 1981 (Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mai 1981, *Bull. civ.* III, n° 90), la décision ayant décidé que les vendeurs des parts d'une société civile immobilière étaient tenus de la garantie des vices cachés édictée par l'article 1641 du Code civil du fait des défauts de l'immeuble. Mais elle a pris soin de relever que la cour d'appel avait souverainement énoncé que la société « *n'avait été qu'une technique de commercialisation, que la cession de parts sociales n'a été qu'une forme juridique dénuée d'effets réels, les cessionnaires n'ayant jamais été effectivement associés puisque l'acte de cession entraînait immédiatement partage et attribution à l'acquéreur d'un lot privatif et de tantièmes de parties* ».

théoriquement, le principe demeure que la révélation d'un passif ne constitue pas un vice caché affectant les droits sociaux cédés au sens de l'article 1641 du Code civil. La Cour de cassation adopte donc une solution respectueuse de la personnalité morale de la société, qui fait écran entre les associés et la société<sup>158</sup>. L'objet de la vente n'est pas le patrimoine de la société, mais des parts sociales ou des actions<sup>159</sup>, qui confèrent aux associés un droit sur les bénéfices ainsi qu'un certain pouvoir au sein de la société<sup>160</sup>, mais non un droit sur les éléments composant l'actif social. Or la garantie des vices cachés ne joue que pour les vices « *de la chose vendue* »<sup>161</sup>. Le cédant ne garantit donc pas la solvabilité de la société dont il cède les parts<sup>162</sup>. Un nouveau passif, qui diminue la valeur du patrimoine de la société mais n'affecte pas les droits sociaux, ne constitue donc pas un vice de la chose susceptible d'ouvrir droit à garantie<sup>163</sup>. La garantie ne pouvant jouer que si le défaut rend les droits impropres à l'usage auquel on les destine, un simple passif qui n'empêche pas la société d'exercer son activité et n'interdit aux associés ni de percevoir des bénéfices, ni d'exercer leur pouvoir politique, ne peut en tout état de cause constituer un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil<sup>164</sup>. Il ne pourrait, semble-t-il, en être autrement que si l'importance du passif rendait impossible l'exploitation, et privait les associés de tout droit aux bénéfices et de toute possibilité d'exercer leur pouvoir politique<sup>165</sup>.

---

*communes, et que par le biais d'une société civile d'attribution et sous la forme d'une cession de parts, les conjoints Nahon avaient procédé à des ventes d'immeuble achevé* ». La solution repose donc sur le fait que sous la forme d'une société, c'était en fait un immeuble qui avait été cédé.

<sup>158</sup> GUYON (Y.), note sous Com., 23 janv. 1990, *Rev. soc.* 90.248 ; PETIT (B.) et REINHARD (Y.), obs. sous Com., 4 juin 1996, *RTD com.* 1997.111.

<sup>159</sup> *Ibid.* ; v. également GUYON (Y.), note sous Com., 12 déc. 1995, *JCP éd. E*, 1996.II.798.

<sup>160</sup> En ce sens VIRASSAMY (G.), note sous Com., 23 janv. 1990, *D.* 1990.333, qui souligne que l'usage comprend tous les attributs de la qualité d'associé : droit de vote, droit aux bénéfices, droit d'orienter la vie sociale et l'activité commerciale de l'entreprise....

<sup>161</sup> PETIT (B.) et REINHARD (Y.), obs. sous Com., 4 juin 1996, *RTD com.* 1997.111.

<sup>162</sup> PONTAVICE (E. du), note sous Com., 3 avr. 1979, *Rev. soc.* 1980.723

<sup>163</sup> En ce sens, v. par exemple PETIT (B.) et REINHARD (Y.), obs. sous Com., 12 déc. 1995, *RTD com.* 1996.294. L'arrêt du 12 décembre 1995 précité (Com., 12 déc. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 302, p. 277), et qui a jugé que ne constituait pas un vice caché la non-conformité de locaux à des normes de sécurité, a ainsi été rendu au visa de l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966, et non au visa de l'article 1641 du Code civil.

<sup>164</sup> v. cependant GUYON (Y.), note sous Com., 12 déc. 1995, *JCP éd. E*, 1996.II.798, qui estime que l'usage des droits sociaux consiste fondamentalement à en percevoir les dividendes, et se demande en conséquence s'il ne conviendrait pas de considérer comme un vice caché la révélation d'un passif tellement important que la société ne pourra pas, au moins à terme prévisible, partager des bénéfices.

<sup>165</sup> La Cour de cassation, si elle confirmait cette interprétation, devrait être considérée comme contractant en une seule la condition d'un vice de la chose et celle d'un vice rendant la chose impropre à l'usage auquel on la destine (PETIT (B.) et REINHARD (Y.), obs. sous Com., 4 juin 1996, *RTD com.* 1997.111). Le passif constituerait un vice de la chose parce qu'il la rend impropre à l'usage auquel on la destine. Rien ne justifierait sinon qu'un passif, qui n'affecte que le patrimoine de la société, puisse être considéré comme un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil (v. pour une appréciation critique de cette assimilation : PETIT (B.) et REINHARD (Y.), obs. sous Com., 12 déc. 1995, *RTD com.* 1996.294 ; PETIT (B.) et REINHARD (Y.), obs. sous Com., 4 juin 1996, *RTD com.* 1997.111).

Or, ainsi que l'atteste l'absence d'arrêt de la Cour de cassation admettant l'existence d'un vice caché, cette hypothèse est rare. Ainsi, dans la plupart des cas, le cessionnaire qui découvre après la cession un passif ou des vices de la société ne pourra invoquer l'article 1641 du Code civil pour obtenir une quelconque indemnisation.

*β) L'efficacité limitée des actions fondées sur la garantie d'éviction due par le cédant de droits sociaux*

**241.** Des cessionnaires déçus par la situation ou les capacités de la société dont ils avaient acquis les parts ont encore pensé à invoquer l'article 1626 du Code civil, aux termes duquel le vendeur doit garantir l'acquéreur « *de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente* ». Cette action est parfois accueillie. La garantie que doit le vendeur en raison des charges non déclarées semble en particulier, de prime abord, pouvoir s'appliquer à un passif non déclaré<sup>166</sup>. Le cessionnaire peut, si l'éviction est totale, ou, lorsqu'elle n'est que partielle, s'il démontre qu'il « *n'eut point acheté sans la partie dont il a été évincé* »<sup>167</sup>, obtenir la résolution de la vente<sup>168</sup>. La Cour de cassation, quoique ayant parfois admis le jeu de la garantie d'éviction en matière de cession de droits sociaux, l'a toutefois soumise à des conditions qui interdisent qu'elle constitue un recours véritablement efficace pour le cessionnaire déçu.

**242.** Contrairement à la garantie des vices cachés, dont le jeu n'a jamais été effectivement admis par la Cour de cassation en matière de cession de droits sociaux, la garantie d'éviction a, on l'a vu<sup>169</sup>, parfois trouvé à s'appliquer à ces opérations. La spécificité de l'objet de la vente, qui ne porte pas sur un fonds de commerce, ou sur le patrimoine de la société, mais sur des parts sociales ou des actions, a toutefois conduit la Cour de cassation à limiter le champ d'application de cette garantie en matière de cession de droits sociaux<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., n° 1, p. 30.

<sup>167</sup> L'article 1636 du Code civil dispose : « *Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente* ».

<sup>168</sup> HUET (J.), *op. cit.*, n° 11290, p. 256.

<sup>169</sup> *Supra* n° 231.

<sup>170</sup> En ce sens LECOURT (B.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janv. 2006, *Rev. soc.* 2006.561.

La Cour de cassation a ainsi approuvé, le 21 janvier 1997<sup>171</sup>, la cour d'appel ayant décidé que la garantie du fait personnel n'était pas applicable dans la mesure où les actes litigieux n'avaient pas eu pour conséquence d'aboutir à un détournement de la clientèle attachée aux produits fabriqués par la société dont les actions avaient été cédées. Dans cette espèce, les consorts Ducros avaient cédé la totalité des droits sociaux qu'ils détenaient assurant le contrôle des sociétés du groupe Ducros, spécialisées dans la production et la commercialisation d'épices et d'aromates. Ils avaient ensuite recréé une société qui avait repris une activité de fabrication et de commercialisation d'herbes aromatiques surgelées. L'acquéreur, estimant que les consorts Ducros avaient violé par ce rétablissement la garantie d'éviction à laquelle ils étaient tenus, les assigna aux fins d'interdiction de leur activité et subsidiairement de restitution d'une partie du prix de cession<sup>172</sup>. La cour d'appel les ayant débouté de leur demande, les cessionnaires formèrent un pourvoi, à l'appui duquel ils soutinrent notamment que la garantie d'éviction due par le vendeur justifiait une obligation de non-concurrence qui est de droit. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, au motif que « *la garantie légale d'éviction du fait personnel du vendeur n'entraîne pour celui-ci, s'agissant de la cession des actions d'une société, l'interdiction de se rétablir, que si ce rétablissement est de nature à empêcher les acquéreurs de ces actions de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social* ».

Elle a, par la suite, étendu le principe ainsi posé à la garantie d'éviction, sans autre précision. Elle a en effet jugé, dans un arrêt du 9 juillet 2002<sup>173</sup>, que « *s'agissant de la cession d'actions d'une société, la cour d'appel a relevé à bon droit que la mise en œuvre de la garantie d'éviction est subordonnée à l'existence d'actes de nature à constituer des reprises ou des tentatives de reprises du bien vendu ou d'atteintes aux activités telles qu'elles empêchent l'acquéreur de poursuivre l'activité économique de la société ainsi que de réaliser l'objet social* ». La Cour de cassation ne vise pas seulement, dans cet attendu, la garantie du fait personnel, mais de manière générale « *la garantie d'éviction* ». Elle semble ainsi étendre le principe initialement posé pour la garantie du fait personnel non seulement à la garantie du fait d'un tiers, mais également à la garantie pour charge non déclarée. Si l'article 1626 du Code civil distingue en effet la garantie due du fait de l'éviction proprement dite de celle due

---

<sup>171</sup> Com., 21 janv. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 25, p. 22, *JCP* éd. E 1997.II.936, note GUYON (Y.), *Droit et Patrimoine* 1997, n° 49, p. 64, note COURET (A.).

<sup>172</sup> La demande ne tendait donc pas à la résolution de la vente. Cet arrêt trouve toutefois sa place dans ce paragraphe, relatif à la résolution, dans la mesure où la solution dégagée par la Cour de cassation est générale.

<sup>173</sup> Com., 9 juil. 2002, *Bull. Joly* 2002, § 277, p. 1311.

en raison des charges non déclarées, les deux types de garantie demeurent envisagés dans le cadre du paragraphe « *De la garantie en cas d'éviction* ». Et il semble d'autant moins probable que la restriction ne s'applique qu'à l'éviction proprement dite que l'attendu précité vise notamment des « *atteintes aux activités* », formulation qui s'applique aussi bien à des actes qu'à des charges.

Elle a encore appliqué à plusieurs reprises le principe ainsi posé, et considéré que la garantie d'éviction ne pouvait jouer s'il n'était pas démontré que les actes litigieux avaient empêché la société de poursuivre son activité et de réaliser son objet social<sup>174</sup>. Elle a notamment jugé, dans un arrêt du 18 février 2004<sup>175</sup>, que « *la garantie d'éviction ne peut jouer que dans les cas où l'éviction trouble l'objet même de la vente rendant impossible la poursuite de l'activité sociale ou la réalisation de l'objet social* ». Elle a en conséquence approuvé la cour d'appel qui avait estimé que le fait que la valeur de la clientèle de la société cédée soit inférieure à celle portée dans l'acte de cession -et sur la base de laquelle avait été calculé le prix- était insusceptible de justifier le jeu de la garantie dans la mesure où il n'était pas établi que la réalisation de l'objet social s'avérait impossible<sup>176</sup>.

**243.** La Cour de cassation a donc, dans ces arrêts, limité à deux hypothèses le jeu de la garantie d'éviction en matière de cession de droits sociaux.

Elle peut être mise en œuvre, d'une part, lorsque les actes en cause constituent des tentatives de reprise du bien vendu. Quoique aucun arrêt ne le précise, l'hypothèse semble être celle où le trouble, de droit ou de fait, remet en cause le droit dont le cessionnaire est titulaire sur les droits sociaux cédés. L'éviction pourra par exemple être invoquée si le cédant a vendu des parts ou des actions ne lui appartenant pas ou qui n'étaient pas libres de tout droit réel portant sur elles<sup>177</sup>. Dès lors que le transfert de titularité des droits sociaux n'est pas remis en cause, ce cas ne permet pas au cessionnaire déçu par l'activité ou le patrimoine de la société dont il a acquis les parts, d'obtenir la résolution de la vente.

La garantie d'éviction peut aussi être mise en œuvre, d'autre part, lorsque les actes du cédant ou de tiers ont une influence sur le patrimoine de la société, ou sur sa capacité à poursuivre

---

<sup>174</sup> V. pour un exemple récent Com., 20 février 2007, pourvoi n° 04-19.932, *Dr. soc.* mai 2007, comm. 88 p. 19, obs. LECUYER (H.).

<sup>175</sup> Com., 18 fév. 2004, pourvoi n° 00-10.512.

<sup>176</sup> Elle a encore censuré dans un arrêt du 17 décembre 2002 (Com., 17 déc. 2002, *Bull. Joly* 2003, § 63, p. 302, obs. COURET (A.)), la cour d'appel ayant accueillie la demande de mise en œuvre de la garantie d'éviction sans constater que les actes litigieux « *avaient empêché la société SNEF [l'acquéreur] de poursuivre l'activité économique de la société AGECE en diminuant l'achalandage ou en détournant la clientèle de son fonds de commerce* ».

<sup>177</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., n° 1, p. 30.

son activité. Les actes en cause doivent cependant dans ce cas, pour que la garantie puisse être mise en jeu, empêcher l'acquéreur de poursuivre cette activité et de réaliser l'objet social de la société<sup>178</sup>. Des actes par lesquels le cédant concurrencerait l'activité de la société cédée, mais qui n'empêcheraient pas celle-ci d'exercer son activité, ne permettent ainsi pas le jeu de la garantie. De même, la différence de valeur entre le patrimoine réel de la société et celui sur la base duquel la cession avait été conclue ne permet pas le jeu de la garantie dès lors qu'elle n'empêche pas la société de poursuivre son activité, alors même que cette différence pourrait être considérée comme constituant une éviction au sens de l'article 1626 du Code civil.

L'efficacité de la garantie d'éviction se retrouve ainsi limitée, comme l'est celle de la garantie des vices cachés.

*γ) L'absence d'autre recours utile fondé sur le droit de la vente*

**244.** Aucun autre fondement tiré du droit de la vente ne semble enfin pouvoir être invoqué à l'appui d'une demande de résiliation du contrat de cession de droits sociaux<sup>179</sup>.

**245.** Quoique aucun arrêt de la Cour de cassation ne l'ait décidé, le cessionnaire ne devrait en particulier pas pouvoir invoquer l'inexécution de l'obligation de délivrance incombant au vendeur. La Cour de cassation considère en effet, après certaines hésitations, que l'obligation de délivrance est satisfaite dès lors que l'objet délivré correspond aux stipulations contractuelles<sup>180</sup>. La non conformité se distingue ainsi du vice caché, qui résulte d'un défaut de la chose la rendant impropre à l'usage auquel on la destine et qui peut notamment résulter du défaut de conformité de la chose à sa destination normale<sup>181</sup>. La non-conformité du patrimoine de la société à celui sur la base duquel la cession a été conclue ne saurait ainsi

---

<sup>178</sup> COURET (A.), note sous Com., 21 jan. 1997, *Droit et Patrimoine* 1997, n° 49, p. 64, préc..

<sup>179</sup> La plupart des articles et travaux traitant de la question n'envisagent aucun autre moyen susceptible de justifier la résolution du contrat. Messieurs Viandier et Caussain (CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 8s., p. 45s.) estiment que le cessionnaire déçu peut se fonder sur le droit de la vente et invoquer –uniquement– la garantie du fait personnel ou celle des vices cachés. Madame Galia-Beauchesne (GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 27s.), ou Monsieur Mousseron (MOUSSERON (P.), thèse préc.) n'envisagent de même, au titre des recours offerts par le droit de la vente et susceptibles de justifier la résolution du contrat, que la garantie d'éviction et la garantie des vices cachés.

<sup>180</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 224, p. 155, *D.* 1994.115, note BENABENT (A.) ; Civ ; 1<sup>ère</sup>, 5 nov. 1996, *Bull. civ. I*, n° 385, p. 269 ; *JCP* 1997.II.22872, note RADE (C.) ; v. également sur la définition de l'obligation de délivrance conforme et son évolution : BENABENT (A.), Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie, *D.* 1994, chr. 115 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, Civils et commerciaux*, op. cit., n° 188, p. 123 ; MAINGUY (D.), op. cit., n° 165, p. 156 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), op. cit., n° 233, p. 212 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), op. cit., n° 285, p. 175 ; HUET (J.), op. cit., n° 11254, p. 225.

<sup>181</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 déc. 1993, *Bull. civ. I*, n° 362, p. 252.

permettre, en l'absence de toute précision relative à la consistance de ce patrimoine dans l'acte de cession<sup>182</sup>, de caractériser un manquement du vendeur à son obligation de délivrance.

*c) L'absence d'autre recours utile*

**246.** L'applicabilité aux cessions de droits sociaux des dispositions de l'article 1184 du Code civil ne semble pas offrir au cessionnaire déçu d'autre recours que ceux résultant du droit de la vente. En l'absence de clause mettant à la charge du cédant certaines obligations spécifiques, on voit mal en effet de la violation de quelle obligation le cessionnaire pourrait se prévaloir qui ne relève pas de la délivrance ou de la garantie des vices<sup>183</sup>, et ce d'autant plus que la mise en œuvre de l'article 1184 suppose notamment que l'inexécution ait une importance suffisante<sup>184</sup>.

**247.** Les actions tendant à la résolution de la vente présentent d'autant moins d'intérêt qu'elles auraient pour effet, si elles étaient accueillies, un anéantissement rétroactif du contrat<sup>185</sup>. Les problèmes posés seraient alors similaires à ceux que peut faire naître l'annulation de la cession<sup>186</sup>. Ni le droit commun de la vente ni celui applicable aux cessions de créance, ni le droit commun des obligations, n'offrent ainsi finalement au cessionnaire qui découvre que l'actif ou le passif de la société ne sont pas tels qu'il les croyait être de moyen efficace d'obtenir la résolution du contrat. Le cessionnaire déçu ne peut donc espérer obtenir que soit prononcé un tel anéantissement, pas plus qu'il ne peut espérer faire annuler la cession.

Compte-tenu des conséquences de l'anéantissement de la cession, le cessionnaire déçu préfère en outre parfois être indemnisé du préjudice résultant de l'apparition d'un passif ou de la

---

<sup>182</sup> Les cas où l'acte contient des précisions relatives à la consistance du patrimoine de la société dont les droits sociaux ont été cédés relèvent non pas des recours en l'absence de clause, mais constitue l'une des formes d'aménagement par les parties de ces recours (sur lesquels infra n° 271s.).

<sup>183</sup> Les travaux précités note n° 179 ne mentionnent ainsi, au titre des dispositions permettant d'obtenir la résolution du contrat, que le droit de la vente et de la cession de créance. On notera en particulier que le droit commun de la vente « absorbe » une éventuelle action fondée sur l'article 1184 du Code civil dans la mesure où le non respect des obligations incombant au cédant et dont la violation pourrait constituer une cause de résolution –en l'absence de clause spécifique– est sanctionné par les dispositions relatives au contrat de vente.

<sup>184</sup> V. sur cette question : GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 449s., p. 508s.

<sup>185</sup> V. sur les effets de la résolution en général GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 477, p. 540 et n° 502s., p. 564s. ; V. en particulier Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1996, *Bull. civ. I*, n° 139, p. 98, *Rev. soc.* 1997.117, obs. Randoux (D.), qui affirme plus précisément, dans le cadre de la résolution d'une cession d'actions, que « *la résolution a pour effet d'anéantir rétroactivement le contrat et de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement* ».

<sup>186</sup> Sur lesquels Supra n° 226 ; *adde* Randoux (D.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1996, *Rev. soc.* 1997.117.

baisse de valeur de l'actif. Les actions tendant à une telle indemnisation ne présentent toutefois guère plus d'intérêt que celles tendant à l'anéantissement du contrat.

### **§ 2 – L'efficacité limitée des actions tendant à l'indemnisation du préjudice subi par le cessionnaire**

**248.** Le cessionnaire déçu par la consistance du patrimoine de la société dont il a acquis les parts ou actions et conscient de la difficulté de faire anéantir le contrat peut souhaiter être à tout le moins indemnisé du préjudice que la différence de consistance entre le patrimoine estimé et le patrimoine réel de la société lui cause. Il peut par ailleurs estimer qu'il est de son intérêt, malgré cette différence de consistance, d'acquiescer les droits, mais à un prix moindre que celui fixé sur la base du patrimoine estimé.

Ses chances d'obtenir des dommages et intérêts ou le remboursement d'une partie du prix payé sont toutefois limitées, que les demandes soient formulées à l'encontre du cédant agissant es qualité (A), ou à l'encontre de tiers à la cession (B).

#### **A – Les actions dirigées contre le cédant agissant es qualité**

**249.** Le cessionnaire peut invoquer, pour demander au cédant agissant es qualité des dommages et intérêts ou le remboursement d'une partie du prix payé, le droit de la vente d'une part (1), le droit commun des obligations d'autre part (2). Ni l'un ni l'autre de ces fondements n'est toutefois réellement efficace.

##### **1 - Le droit de la vente**

**250.** Le cessionnaire peut en premier lieu solliciter le paiement de sommes en exécution des différentes garanties incombant au cédant. L'action en garantie permet en effet d'obtenir la résolution de la cession ou des dommages et intérêts<sup>187</sup>. L'article 1644 du Code civil prévoit ainsi que l'acheteur qui a acquis un bien affecté d'un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil « a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix ». L'article 1645 ajoute que le vendeur, s'il connaissait les vices de la chose, « est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur ». Il doit ainsi réparer les conséquences

---

<sup>187</sup> PONTAVICE (E. DU), note sous Com., 3 avr. 1979, *Rev. soc.* 1980.723



dommageables du dommage causé par le vice<sup>188</sup>. L'acheteur peut ainsi choisir entre l'action estimatoire et l'action rédhibitoire<sup>189</sup>. Tel est également le cas lorsque le cessionnaire a été victime d'éviction partielle<sup>190</sup>. En application de l'article 1637 du Code civil, il peut, lorsqu'il n'a été évincé que d'une partie de la chose et qu'il n'a pas voulu ou pu faire résilier la vente, obtenir remboursement de la valeur de la partie dont il se trouve évincé, en tenant compte de la plus ou moins value subie par le bien depuis la vente<sup>191</sup>. Il peut en outre obtenir des dommages et intérêts s'il justifie du préjudice que lui a causé l'éviction<sup>192</sup>.

**251.** Les actions tendant au remboursement d'une partie du prix et à l'allocation de dommages et intérêts ne peuvent toutefois aboutir que si les conditions de mise en œuvre de ces garanties sont réunies. Dès lors, les limites imposées par la Cour de cassation au jeu des garanties des vices cachés et d'éviction<sup>193</sup> rendent le succès de telles actions aussi incertain que le succès de l'action rédhibitoire.

## 2 - Le droit commun des obligations

**252.** Pas plus que pour obtenir la résolution de la vente, le cessionnaire ne peut, en l'absence de toute précision dans l'acte relative à la consistance du patrimoine de la société, invoquer une prétendue inexécution de l'obligation de délivrance incombant au vendeur, résultant de la différence entre le patrimoine réel de la société et le patrimoine estimé<sup>194</sup> pour obtenir la condamnation du cédant à lui verser des dommages et intérêts. Dès lors que la titularité des actions ou des parts sociales a effectivement été transmise au cessionnaire, le cédant doit être considéré comme ayant correctement exécuté son obligation de délivrance, dans la mesure où le contrat porte uniquement sur des droits sociaux.

**253.** La démonstration du dol peut en revanche parfois justifier l'allocation de dommages et intérêts. La Cour de cassation admet en effet que la victime d'un dol demande des

---

<sup>188</sup> HUET (J.), *op. cit.*, n° 11376, p. 324.

<sup>189</sup> MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 409, p. 2 »ç.

<sup>190</sup> La question ne se pose pas lorsque l'éviction est totale : dans cette hypothèse en effet, on l'a vu, le cessionnaire ne peut conserver la chose puisqu'il en a été évincé, de telle sorte que la seule action envisageable tend à la restitution du prix.

<sup>191</sup> COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 261, p. 231.

<sup>192</sup> COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. et loc. cit.*

<sup>193</sup> *Supra* n° 234s.

<sup>194</sup> *Supra* n° 245.

dommages et intérêts en réparation du préjudice subi plutôt que l'annulation du contrat<sup>195</sup>. Elle a ainsi jugé que les acquéreurs d'un fond de commerce pouvaient « invoquer le dol pour conclure seulement à une réduction de prix », et a censuré en conséquence l'arrêt qui avait déclaré irrecevable une telle action au motif que les acquéreurs n'avaient pas sollicité l'annulation de la vente<sup>196</sup>. La Cour de cassation a en outre parfois admis que les manœuvres qui, sans avoir déterminé la victime à contracter, l'ont conduite à contracter à des conditions moins favorables, justifiaient l'octroi de dommages et intérêts<sup>197</sup>, c'est-à-dire en fait une diminution du prix<sup>198</sup>. Elle a par ailleurs approuvé une cour d'appel qui, pour condamner les cessionnaires de droits sociaux à verser au cédant des dommages et intérêts, avait relevé que ces derniers n'auraient pas consenti, sans les manœuvres du cédant, une réduction du prix tel qu'il avait été fixé à l'origine<sup>199</sup>.

Certaines des conditions qui limitent l'efficacité de la demande en annulation pour dol<sup>200</sup> limitent toutefois également celle de l'action tendant à l'octroi de dommages et intérêts. Si le dol ne semble plus devoir être déterminant du consentement, il suppose encore que soient établies soit des manœuvres, soit le silence gardé sur des informations dont le cédant avait connaissance et qu'il était tenu de communiquer. Il suppose en outre que ces agissements aient été destinés à tromper son cocontractant. Aussi le dol ne peut-il que rarement fonder efficacement une demande en dommages et intérêts.

**254.** La Cour de cassation a jugé, dans un arrêt récent, que l'omission de communiquer certaines informations constituait un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi

---

<sup>195</sup> MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 512, p. 265; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 214, p. 169 ; STARK (B.), ROLAND (H), BOYER (L), *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat, op. cit.*, n° 539, p. 198.

<sup>196</sup> Com., 14 mars 1972, *Bull. civ. IV*, n° 90, p. 86, *D.* 1972.653, note GHESTIN (J.); v. également Com., 18 oct. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 293, p. 235, qui a jugé que « le droit de demander la nullité par application des articles 1116 et 1117 du Code civil n'exclut pas l'exercice, par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi », et censuré en conséquence l'arrêt qui avait débouté les victimes de leur demande de dommages et intérêts au motif qu'elles avaient renoncé à demander l'annulation de la vente.

<sup>197</sup> V. par exemple Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 avr. 1968, *Bull. civ. III*, n° 156, p. 124 ; Com., 11 juil. 1977, *D.* 1978.155, note LARROUMET (C.). Un arrêt récent semble revenir sur cette solution (en ce sens, FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 214, p. 168). Dans cet arrêt, le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir annulé une promesse de vente tout en constatant que l'acquéreur aurait contracté à un prix moindre même s'il avait connu la situation exacte. En d'autres termes, le dol, qui n'était qu'incident, ne pouvait justifier l'annulation. La troisième chambre civile rejeta ce moyen (Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 juin 2005, *Bull. civ. III*, n° 137, p. 126). Elle semble donc refuser la distinction entre dol principal et incident. Les termes de l'arrêt laissent toutefois subsister un doute. Le pourvoi est rejeté dans la mesure où la cour d'appel avait souverainement relevé que les éléments cachés étaient déterminants. Or l'annulation était possible sur la base de cette constatation.

<sup>198</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 230, p. 220.

<sup>199</sup> Com., 2 mai 1984, *Bull. Joly* 1984, § 360.

<sup>200</sup> *Supra* n° 224.

pesant sur le cessionnaire des droits sociaux<sup>201</sup>. Dans cette affaire, la cour d'appel avait débouté l'acquéreur de droits sociaux de sa demande en dommages et intérêts au motif, notamment, qu'aucune manœuvre dolosive n'était démontrée ni même alléguée. La Cour de cassation censura l'arrêt au visa de l'article 1382 du Code civil. La cour d'appel devait rechercher si le cédant, en omettant d'informer le cessionnaire des conséquences probables d'un accident du travail engageant la responsabilité de la société cédée, n'avait pas manqué à son obligation de contracter de bonne foi.

La portée de cet arrêt est incertaine<sup>202</sup>. On a fait valoir en effet qu'il en résulterait un principe général suivant lequel tout débiteur est tenu de fournir, avant le contrat, certains renseignements à son créancier<sup>203</sup>. L'abandon de la référence au dol assouplirait ainsi considérablement les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du débiteur<sup>204</sup>. La portée de cet assouplissement apparaît cependant limitée. Comme la sanction du dol incident, la sanction de l'obligation de contracter de bonne foi n'a de sens que si le cédant disposait des informations qu'il lui est reproché de ne pas avoir communiquées, s'il était tenu de les communiquer, et s'il les a volontairement tues. On voit mal en effet comment pourrait être caractérisée la mauvaise foi si le cédant ne connaissait pas les informations en cause, s'il n'était pas tenu de les communiquer, ou s'il a omis de le faire par négligence<sup>205</sup>. Le dol incident ne suppose par ailleurs pas que les informations non révélées aient été déterminantes. L'assouplissement résiderait ainsi dans le fait que l'obligation de communiquer certains renseignements ne serait plus tempérée par le devoir de s'informer à la charge de l'autre partie, et ne dépendrait plus de la qualité des parties<sup>206</sup>. Mais là encore ces éléments, alors même qu'ils n'affecteraient plus l'obligation d'information du cédant, vont souvent permettre, précisément, de caractériser la bonne foi du cédant : compte-tenu de la qualité des parties ou de l'obligation de s'informer, le cédant a, de bonne foi, conservé le silence sur certains éléments.

Il n'est ainsi finalement pas certain que la Cour de cassation ne se borne pas à sanctionner, sur le fondement de cette obligation de contracter de bonne foi, le silence qu'elle sanctionnait

---

<sup>201</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 136, p. 177, *Rev. soc.* 2005.587, obs. MATHEY (N.), *D.* 2005.1462, note CATHIARD (A.).

<sup>202</sup> En ce sens MATHEY (N.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 2005, *Rev. soc.* 2005.587.

<sup>203</sup> CATHIARD (A.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 2005, *D.* 2005.1462.

<sup>204</sup> *Ibid.*.

<sup>205</sup> V. sur la sanction d'une telle omission infra n° 255.

<sup>206</sup> V. en ce sens, implicitement, CATHIARD (A.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 2005, *D.* 2005.1462., p. 1463, qui, après avoir énoncé les exigences auxquelles la sanction du dol est soumise, se borne à estimer que l'arrêt les assouplit considérablement, mais sans préciser en quoi.

préalablement sur le fondement du dol incident. L'hypothèse peut d'autant plus être envisagée que la cour d'appel avait certes écarté toute manœuvre dolosive, mais n'avait rien indiqué sur la possibilité de caractériser un dol par réticence<sup>207</sup>.

**255.** La cédant semble encore pouvoir invoquer un manquement involontaire à cette obligation d'information, et demander sur le fondement de l'article 1382 du Code civil des dommages et intérêts en réparation du préjudice en résultant. Le cessionnaire n'a alors pas à démontrer que le cédant a intentionnellement dissimulé l'information<sup>208</sup>. Aussi un tel recours semble-il présenter davantage de chances de succès que celui tendant à faire sanctionner la communication volontaire d'une information erronée ou incomplète<sup>209</sup>. Le succès d'une telle action suppose toutefois que soient établis la faute, consistant en la communication d'une information inexacte ou incomplète<sup>210</sup>, le préjudice, qui correspondra à la partie du prix que l'acheteur n'aurait pas payé s'il avait été correctement informé, et le lien de causalité<sup>211</sup>. Le cessionnaire doit à cet égard prouver qu'il n'aurait pas payé le même prix s'il avait été correctement informé<sup>212</sup>. Cette action ne permet donc pas au cessionnaire d'obtenir une indemnisation systématique dans les cas où le patrimoine réel ou les résultats de la société se révèlent différents de ce qui lui a été présenté, et en particulier dans l'hypothèse d'apparition d'un passif inconnu lors de la cession.

**256.** Le cessionnaire peut enfin parfois introduire une action pénale pour escroquerie à l'encontre du cédant, et, en se constituant partie civile, obtenir sa condamnation à l'indemniser du préjudice que lui a causé l'infraction<sup>213</sup>. La Cour de cassation a en effet eu l'occasion d'admettre que s'était rendu coupable d'escroquerie le cédant qui avait extorqué le consentement du cessionnaire au moyen de manœuvres et de falsifications des documents

---

<sup>207</sup> MATHEY (N.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 2005, *Rev. soc.* 2005.587.

<sup>208</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 26, p. 20 ; MOUSSERON (P.), L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle, art. préc., n° 13, p. 263.

<sup>209</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 25s., p. 19s.

<sup>210</sup> MOUSSERON (P.), L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle, art. préc., n° 14, p. 263

<sup>211</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. et loc. cit.* ; BERTREL (J.-P.), La garantie de passif social dans les acquisitions de contrôle, art. préc., p. 245.

<sup>212</sup> MOUSSERON (P.), L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle, art. préc., n° 13, p. 263.

<sup>213</sup> LANGLES (T.), thèse préc., n° 105, p. 105 ; BERTREL (J.-P.), Les recours offerts par la loi à un « cessionnaire déçu », art. préc., p. 58 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1723, p. 301. Dans la mesure où la condamnation du cédant vis-à-vis du cessionnaire intervient sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil (V. VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1995, n° 99, p. 177), les actions fondées sur la condamnation pénale du cédant ne nous semblent pas devoir faire l'objet d'un paragraphe autonome.

sociaux<sup>214</sup>. Les juges du fond sont en outre fondés, lorsque le délit d'escroquerie est caractérisé, à allouer au cessionnaire qui a exercé l'action civile des dommages et intérêts réparant le préjudice résultant de l'escroquerie<sup>215</sup>.

La recevabilité de l'action civile suppose toutefois que soit caractérisé le délit d'escroquerie<sup>216</sup>. Doivent ainsi être établis l'intention coupable, qui ne peut résulter de la seule négligence ou imprudence<sup>217</sup>, et l'élément matériel, à savoir l'existence de manœuvres frauduleuses<sup>218</sup>. Ces manœuvres doivent en outre avoir déterminé le cessionnaire à contracter<sup>219</sup>. La constitution de partie civile dans le cadre de poursuites du chef d'escroquerie à l'encontre du cédant ne constitue ainsi un recours efficace –indépendamment de la question du montant des dommages et intérêts perçus- que dans certaines circonstances précises. Il ne permet notamment pas au cessionnaire d'être indemnisé dans l'hypothèse, fréquente, où apparaissent après la cession de nouveaux passifs, par exemple fiscaux ou résultant de la condamnation de la société.

**257.** Les actions que le cessionnaire peut engager à l'encontre du cédant et qui tendent à la condamnation de celui-ci à des dommages et intérêts ne permettent finalement pas à celui-ci d'être assuré que le prix qu'il a payé pour les parts sociales ou les actions correspond à la valeur d'échange qu'il entend leur attribuer. S'il arrive que le cessionnaire soit effectivement indemnisé du préjudice résultant de la différence entre la valeur du patrimoine réel et celle du patrimoine estimé, les cas dans lesquels le recours contre le cédant échouent en rendent très incertain le résultat. Ces recours ne diminuent ainsi que très partiellement les risques encourus par le cessionnaire.

Les recours contre les tiers ne constituent pas davantage un moyen réellement efficace pour le cessionnaire d'obtenir paiement d'une indemnité compensant le préjudice résultant de la différence entre le patrimoine réel et le patrimoine estimé de la société dont les parts ou actions ont été cédées.

---

<sup>214</sup> V. Crim., 16 mars 1970, *Bull. crim.* n° 107, p. 245 ; Crim., 8 nov. 1976, *Bull. crim.* n° 317, p. 810 ; plus récemment Crim., 17 nov. 2004, pourvoi n° 04-80.637 ; Crim., 24 mars 2004, pourvoi n° 03-81.126. ; Crim., 29 nov. 2000, pourvoi n° 99-85.058.

<sup>215</sup> V. par exemple Crim., 24 mars 2004, pourvoi n° 03-81.126, préc..

<sup>216</sup> Crim., 11 déc. 2002, *Bull. crim.*, n° 224, p. 825.

<sup>217</sup> LARGUIER (J.) ET COMTE (P.), *Droit pénal des affaires*, 11ème éd., Armand Colin, 2004, n° 143, p. 125.

<sup>218</sup> LANGLES (T.), thèse préc., n° 106, p. 106 ; v. par exemple Crim., 10 mars 1999, pourvoi n° 97-86.447

<sup>219</sup> LANGLES (T.), *op. et loc. cit* ; V. par exemple Crim., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-85.717 ; v. également Crim., 24 oct. 1996, pourvoi n° 95-84.837.

## **B – Les actions dirigées contre les tiers à la cession**

**258.** Deux types d'actions peuvent encore être engagées par le cessionnaire déçu. Les premières tendent à la condamnation des dirigeants de la société<sup>220</sup> (1), les secondes à la condamnation d'autres tiers intervenus au cours des opérations de cession (2).

### 1 – Les recours contre les dirigeants

**259.** Le dirigeant de la société peut être condamné à réparer le préjudice subi par le cessionnaire du fait de la perte de valeur du patrimoine de la société d'une part indirectement, en réparant le préjudice subi par la société et qui se trouve à l'origine de la perte de valeur (a), d'autre part en étant directement condamné à indemniser les cessionnaires lorsque leur préjudice est distinct de celui de la société (b).

#### *a) La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants à l'égard de la société*

**260.** Le cessionnaire peut obtenir une réparation indirecte de son préjudice, en exerçant à l'encontre des dirigeants l'action *ut singuli*, qui conduira, si elle est fondée, à la condamnation du dirigeant à réparer le préjudice subi par la société. Administrateurs, directeurs généraux ou gérants peuvent en effet être tenus de verser à la société des dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de fautes qu'ils ont commises à raison de leurs fonctions<sup>221</sup>, notion qui regroupe non seulement les fautes de gestion proprement dites, mais également toute violation de la loi et des statuts, et, plus largement, tout comportement contraire à l'intérêt social<sup>222</sup>. Le cessionnaire, en sa qualité d'associé ou d'actionnaire, peut donc obtenir la condamnation du dirigeant –qu'il s'agisse ou non du cédant des parts ou actions- à verser à la société une somme égale au montant des dettes nées durant leur gérance ou leur administration et qui se découvrent après la cession, lorsque cette perte est imputable à une faute commise par ledit dirigeant à raison de ses fonctions<sup>223</sup>. Il obtiendra, indirectement,

---

<sup>220</sup> Il est fréquent que les dirigeants de la société ne soient pas de véritables tiers à la cession, mais les cédants des parts sociales ou actions. Les recours contre les dirigeants sont toutefois envisagés dans les développements consacrés aux tiers, sans qu'il soit opéré de distinction entre les dirigeants qui sont également cédants des droits et les autres, dans la mesure où leur responsabilité est mise en cause en leur qualité de dirigeant, et non de partie à la cession, et où les conditions de mise en cause de la responsabilité des dirigeants ne varient pas selon leur qualité de cédant ou de véritable tiers à la cession.

<sup>221</sup> LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 477, p. 284

<sup>222</sup> LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 477, p. 284 ; comp. COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 282, p. 139, qui considèrent que le critère de la faute de gestion réside dans l'intérêt social, tout comportement non conforme à cet intérêt devant être jugé fautif.

<sup>223</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 33 ; V. par exemple Com., 11 oct. 1988, pourvoi n° 87-10.529

réparation de son propre préjudice, résultant de la perte de valeur du patrimoine de la société<sup>224</sup>.

**261.** L'exercice de l'action *ut singuli* ne peut toutefois constituer un recours efficace que lorsque la perte la valeur du patrimoine de la société trouve sa source dans une faute du dirigeant. Le succès de l'action *ut singuli* est en effet subordonné, conformément au droit commun, à la preuve de la faute du dirigeant et à celle du lien de causalité entre cette faute et le préjudice<sup>225</sup>. L'apparition d'un passif nouveau n'engage donc pas la responsabilité des dirigeants en l'absence de faute dont les cessionnaires puissent faire la preuve<sup>226</sup>. Or la faute du dirigeant, lorsqu'elle est avérée, est souvent malaisée à prouver, et le lien de causalité difficile à établir<sup>227</sup>. Aussi l'efficacité d'une telle action est-elle limitée.

**262.** L'action *ut singuli* présentant finalement un intérêt pratique limité, le cessionnaire peut encore essayer d'obtenir l'indemnisation du préjudice qu'il a personnellement subi.

*b) La mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant à l'égard du cessionnaire*

**263.** Le cessionnaire déçu peut tenter de mettre en œuvre la responsabilité du dirigeant soit dans le cadre d'une action civile isolée, soit dans le cadre d'une action pénale avec constitution de partie civile.

**264.** Les articles L. 223-22 et L. 225-252 du Code de commerce permettent en effet à la société, mais également aux tiers d'obtenir réparation du préjudice subi du fait « *soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables (...), soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* »<sup>228</sup>. Les cessionnaires peuvent donc théoriquement, en application de ces dispositions, obtenir réparation du préjudice qu'ils ont subi à titre personnel en raison des fautes commises par le dirigeant<sup>229</sup>.

---

<sup>224</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1723, p. 302.

<sup>225</sup> BERTREL (J.-P.), Les recours offerts par la loi à un « cessionnaire déçu », art. préc., p. 58 ; MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 8485, p. 549 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 96, p. 67 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 27, p. 21.

<sup>226</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 33.

<sup>227</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 33.

<sup>228</sup> V. Supra n° 260.

<sup>229</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 33 ; LANGLES (T.), thèse préc., n° 117, p. 116 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1723, p. 301 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 450, p. 350.

Les chances de succès d'une telle action demeurent cependant limitées. Le préjudice dont les associés demandent réparation ne doit en effet pas découler de celui subi par la société<sup>230</sup>. Les tiers à la société doivent de même invoquer un préjudice personnel<sup>231</sup>. La faute commise par le dirigeant doit par ailleurs, lorsque le cessionnaire n'était pas associé de la société au moment où elle a été commise, être détachable de ses fonctions. La Cour de cassation considère en effet que les dirigeants de société anonyme ou de SARL n'engagent leur responsabilité vis-à-vis des tiers à la société que lorsqu'ils commettent une faute détachable de leurs fonctions<sup>232</sup>. Les fautes que le cessionnaire peut reprocher au dirigeant étant par hypothèse antérieures à la cession<sup>233</sup>, le succès de sa demande reste subordonné à cette condition. Compte-tenu de l'existence d'un préjudice distinct de celui de la société, la seule faute que le cessionnaire semble pouvoir invoquer consiste en la communication d'informations erronées au futur cessionnaire. Les autres fautes auront en effet d'abord des répercussions sur le patrimoine de la société, de telle sorte que le préjudice ne pourra être considéré comme individuel<sup>234</sup>.

**265.** Le cessionnaire déçu peut encore demander réparation du préjudice subi du fait d'un certain nombre d'infractions pénales commises par le dirigeant. Il peut, par exemple se

---

<sup>230</sup> VATINET (R.), La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles, *Rev. soc.* 2003.247, n° 16, p. 252 ; MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 8510, p. 550 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 365, p. 130 ; GUYON (Y.), *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et Sociétés*, préc., n° 462 p ; 505. La Cour de cassation a ainsi par exemple jugé que devait être déclarée irrecevable l'action individuelle intentée par un actionnaire contre le président d'une société dès lors que le préjudice subi par l'intéressé –consistant en une diminution de sa participation dans le capital social– n'était que la conséquence de celui supporté par la société en raison des fautes commises par le président (Com., 4 mars 1986, *Bull. civ. IV*, n° 42, p. 36 ; V. dans le même sens par exemple Com., 15 jan. 2002, pourvoi n° 97-10.886.). V. pour une critique du faible nombre d'hypothèses dans lesquelles la responsabilité des dirigeants peut être engagée : DESCORPS DECLERE (F.), Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, *RTD com.* 2003.25.

<sup>231</sup> MERLE (P.), *op. cit.*, n° 199, p. 220 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 2163, p. 365.

<sup>232</sup> DESCORPS DECLERE (F.), art. préc., p. 29 ; V. notamment Com., 20 mai 2003, *Bull. civ. IV*, n° 84, p. 94 ; Com., 18 déc. 2001, pourvoi n° 97-22.024 ; Com., 22 mai 2001, pourvoi n° 98-16.379 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1999, *Bull. civ. III*, n° 72, p. 50 ; Com., 28 avr. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 139, p. 110. Cette exigence ne semble en revanche pas s'appliquer au cessionnaire qui était préalablement associé (VATINET (R.), art. préc., n° 25, p. 256 ; v. également COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 365s., p. 130s., LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 481s., p. 287s., qui distinguent la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des associés et vis-à-vis des tiers, et ne mentionnent l'exigence d'une faute détachable que pour ces derniers). On peut toutefois se demander si le cessionnaire n'est pas toujours, es-qualité, tiers à la société.

<sup>233</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1723, p. 202. Le cessionnaire, une fois associé, peut également demander au dirigeant réparation du préjudice personnel qu'il aurait subi du fait d'une faute postérieure à la cession. Mais une telle action, et ses risques d'échec, n'a pas d'influence sur le prix des droits sociaux, question qui nous préoccupe. Dès lors en effet que les fautes sont commises après que le cessionnaire est devenu associé, rien ne justifie, sauf exception, que soit inséré dans le contrat une clause adaptant le prix à la valeur d'échange des droits sociaux lors de la cession.

<sup>234</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 453, p. 352.



constituer partie civile au soutien de poursuites intentées sur le fondement des articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce, qui punissent le fait, respectivement pour les gérants de SARL et les présidents, administrateurs, ou directeurs généraux d'une société anonyme, de présenter aux associés des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine de la société<sup>235</sup>. Toutefois, là encore, les conditions de succès d'une telle action en limitent l'efficacité pratique<sup>236</sup>. Le préjudice dont il est demandé réparation doit en particulier, et une fois encore, être distinct du préjudice que l'infraction a causé à la société<sup>237</sup>. La simple perte de valeur des droits sociaux ne devrait ainsi pas constituer un préjudice réparable, dès lors que cette perte résulte de la diminution de la valeur du patrimoine de la société.

**266.** Celui-ci peut par ailleurs envisager d'exercer des recours contre d'autres tiers intervenus dans le cadre des opérations de cession.

## 2 – Les recours contre les autres tiers

**267.** Cédant et cessionnaire sont fréquemment assistés au cours des opérations de cession de professionnels –avocat, notaire, banquier- qui participent ou procèdent à la rédaction des actes, conseillent leur client sur l'opportunité de l'achat, sur les modalités qu'il est de son intérêt d'accepter ou de refuser... Aussi le cessionnaire découvrant la consistance réelle du patrimoine de la société dont il a acheté les parts est-il parfois tenté de soutenir que son préjudice résulte d'un manquement de ces tiers à leur devoir de conseil et d'assistance, afin d'obtenir leur condamnation à lui verser des dommages et intérêts en réparation de ce préjudice.

**268.** Une telle argumentation est parfois accueillie par les juges du fond, qui retiennent la responsabilité du notaire, du banquier, du conseil juridique qui n'a pas attiré l'attention de son client sur les risques que comportait l'acquisition ou sur la situation de la société cédée<sup>238</sup> ou

---

<sup>235</sup> BERTREL (J.-P.), Les recours offerts par la loi à un « cessionnaire déçu », art. préc., p. 58 ; LANGLES (T.), thèse préc., n° 110s., p. 109s. ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 33 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 98, p. 70.

<sup>236</sup> LANGLES (T.), thèse préc., n° 112, p. 111 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 458, p. 355 ; BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 53, p. 57.

<sup>237</sup> MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 8573, p. 559 ; LARGUIER (J.) ET COMTE (P.), *Droit pénal des affaires*, 11ème éd., Armand Colin, 2004., n° 342, p. 310.

<sup>238</sup> En ce sens MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 90, p. 64, et les références citées.

celle du commissaire au compte qui a certifié les comptes erronés de la société cédée<sup>239</sup>. La Cour de cassation a de même eu l'occasion d'approuver les arrêts condamnant les tiers à réparer le préjudice subi par les cessionnaires en raison de leur manquement à leur devoir de conseil et d'information<sup>240</sup>.

**269.** Le recours contre le tiers rédacteur de l'acte ne constitue cependant qu'assez rarement un recours efficace. Son succès suppose en effet que le préjudice subi par le cessionnaire ait pour cause une faute du tiers<sup>241</sup>, qui n'aurait par exemple pas attiré l'attention du cessionnaire sur des difficultés de la société dont il aurait eu connaissance, ou qui n'aurait pas perçu de telles difficultés alors qu'il lui incombait de le faire. L'absence de préjudice imputable au tiers fait ainsi échouer de nombreuses actions<sup>242</sup>, par exemple dans les cas, fréquents, où le tiers ne pouvait avoir connaissance de la différence entre le patrimoine réel de la société et son patrimoine estimé, parce que les éléments diminuant la valeur de ce patrimoine étaient inconnus lors de la rédaction des actes.

**270.** Le droit commun des obligations, le droit de la vente ou le droit des sociétés, ne permettent finalement au cessionnaire déçu d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de la minoration de la valeur du patrimoine de la société que dans certains cas précis. Ils ne lui permettent pas davantage d'obtenir l'anéantissement de la cession et s'avèrent ainsi inaptes à garantir de manière générale le cessionnaire contre toute perte de valeur de ce patrimoine. Celui-ci n'est ainsi pas assuré que le prix convenu correspondra, quoiqu'il arrive, à la valeur d'échange qu'il attribue aux parts sociales ou aux actions cédées. Il peut certes, pour limiter les risques, procéder à des investigations poussées à travers un audit de la société dont il envisage d'acquérir les droits<sup>243</sup>. Une telle mesure demeure toutefois insuffisante à le garantir qu'aucun passif nouveau n'apparaîtra, ou que la valeur de l'actif de la société ne sera pas inférieure à ce qu'il escomptait<sup>244</sup>. Aussi les cessionnaires, plus rarement les cédants, obtiennent-ils de leur cocontractant que soient mis en

---

<sup>239</sup> Paris, 24 janvier 1984, *B. R. D. A.* 1986, n° 9, p. 9; v. également Paris 1<sup>er</sup> février 1984, *Rev. soc.* 1984, p. 779, note SCHMIDT (D.).

<sup>240</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juil. 1994, *Bull. civ.* I, n° 260, p. 189 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janv. 1994, pourvoi n° 92-10.801. Différents arrêts approuvent par ailleurs la condamnation du tiers, sur le fondement d'un manquement à son devoir de conseil, à garantir le cédant des sommes dues au cessionnaire (v. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-19.434 ; Com., 30 mai 1989, pourvoi n° 87-10.397).

<sup>241</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 91, p. 66.

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> *Supra* n° 202.

<sup>244</sup> *Ibid.*

place des mécanismes contractuels qui permettent l'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux<sup>245</sup>, et garantissent ainsi les cessionnaires que le prix qu'ils auront payé correspondra à la valeur d'échange qu'ils attribuent aux droits<sup>246</sup>.

## **SECTION 2: LA MISE EN PLACE CONSEQUENTE DE MECANISMES DE REVISION DU PRIX**

**271.** La difficulté essentielle à laquelle sont confrontées les parties –spécialement le cessionnaire- qui attribuent aux droits sociaux une valeur d'échange différente du montant du prix résulte de ce que la vente porte uniquement sur des droits sociaux, et non sur le patrimoine de la société. Aussi considère-t-on parfois qu'un simple aménagement du contenu de l'obligation de délivrance incombant au cédant permettrait de résoudre ces difficultés. La conformité s'apprécie en effet par rapport à la chose promise et à ses spécifications convenues<sup>247</sup>. On en déduit que le cédant de droits sociaux ne satisfait pas à son obligation de délivrance conforme dès lors que les droits sociaux cédés ne correspondent pas à ce qui a été convenu<sup>248</sup>. En particulier, l'obligation de délivrance conforme pourrait être considérée comme non exécutée lorsque les caractéristiques financières ou comptables de la société ne correspondent pas à ce qui a été spécifié dans l'acte de cession, par exemple lorsque le montant réel des capitaux propres est inférieur au montant annoncé dans la convention de cession<sup>249</sup>. Le cessionnaire pourrait alors, lorsque la nature de la non-conformité le permet, demander la mise en conformité des titres, la révision du prix, ou une indemnité compensatrice<sup>250</sup>.

---

<sup>245</sup> BASDEVANT (D.) et LE BOLZER (J.-M.), art. préc., p. 25 ; BERTREL (J.-P.) ET JEANTIN (M.), *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 1991, n° 103, p. 57 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 29, p. 22.

<sup>246</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 27 ; CAUSSAIN (J.-J.) ET VIANDIER (A.), art. préc., n° 1, p. 43 et n° 13, p. 48 ; FREYRIA (C.), *Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux*, art. préc., n° 1, p. 323 ; NOTTE (G.), art. préc., n° 1.

<sup>247</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 224, p. 155, *D.* 1994.115, note BENABENT (A.) ; Civ ; 1<sup>ère</sup>, 5 nov. 1996, *Bull. civ. I*, n° 385, p. 269 ; *JCP* 1997.II.22872, note RADE (C.) ; v. également sur la définition de l'obligation de délivrance conforme : BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, Civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 188, p. 125 ; MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 165 p. 156 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) ET DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 233, p. 212 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 285, p. 174 ; HUET (J.), *op. cit.*, n° 11254, p. 225.

<sup>248</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1727, p. 306.

<sup>249</sup> PAILLUSSEAU (J.), *Garanties de l'acquéreur du contrôle*, art. préc., n° 45, p. 55 ; v. également PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1727-2, p. 307 (les auteurs soulignent (note n° 2, p. 305) que les développements relatifs à la délivrance conforme ont été rédigés par Monsieur Paillusseau).

<sup>250</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1727-5s., p. 308. Cette possibilité n'est pas systématiquement offerte au cessionnaire. S'il lui est possible, lorsque par exemple le montant des capitaux propres est inférieur au montant spécifié, d'exiger du cédant qu'il verse à la société les sommes correspondantes, tel n'est en revanche pas le cas lorsque, par exemple, la non conformité résulte de la

**272.** L'efficacité d'un tel aménagement demeure toutefois incertaine, pour deux raisons. Il n'est en premier lieu pas certain que la Cour de cassation admette une telle argumentation. Elle n'a en effet jamais été appelée à se prononcer sur la question de la conformité de droits sociaux d'une société dont le patrimoine est d'une valeur inférieure à ce qui avait été contractuellement spécifié<sup>251</sup>. Or, dans la mesure où l'objet de la vente demeure les droits sociaux, et non le patrimoine de la société, il n'est pas certain qu'une différence de consistance de ce patrimoine permette de considérer que les droits ne sont pas conformes à ce qui a été convenu<sup>252</sup>.

Sauf à prévoir dans la convention les conséquences d'une exécution défectueuse de l'obligation de délivrance – mais il ne s'agit alors plus d'un simple aménagement de cette obligation, mais déjà d'un mécanisme de garantie-, l'efficacité de l'aménagement de cette obligation demeure, en second lieu, limitée. En l'absence de clause réglant *a priori* les conséquences de la non-conformité, on peut en effet penser que cédant et cessionnaire ne parviennent qu'exceptionnellement à s'entendre sur celles-ci<sup>253</sup>. Aussi le cessionnaire doit-il, pour obtenir une indemnisation, introduire une action judiciaire aux fins de voir le cédant condamné à lui verser des dommages et intérêts, ou à lui rembourser une partie du prix. Les juges du fond apprécient en outre souverainement le montant de la réduction du prix<sup>254</sup>, ou des dommages et intérêts en cas d'inexécution de l'obligation de délivrance<sup>255</sup>, de telle sorte que le cessionnaire ne peut être certain que les sommes qui lui seront allouées compenseront réellement la perte de valeur des droits sociaux.

**273.** Compte tenu, d'une part, des inconvénients que présente une telle solution, d'autre part, de l'incertitude qui pèse sur son efficacité, les parties préfèrent convenir de mécanismes qui prévoient également les modalités de rétablissement de l'équilibre entre le prix et la valeur

---

perte d'un contrat important avec un fournisseur ou un client (PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. et loc. cit.*).

<sup>251</sup> M. Paillusseau souligne que la jurisprudence n'a pas eu encore à se prononcer sur l'application de l'obligation de délivrance conforme à la cession de contrôle (PAILLUSSEAU (J.), *in* PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1727-1, p. 306). La Cour de cassation ne semble pas s'être prononcée depuis sur cette question. Elle ne semble par ailleurs pas s'être prononcée sur l'application de l'obligation de délivrance à la cession de droits sociaux ne représentant pas le contrôle de la société.

<sup>252</sup> Evoquant cette approche : PAILLUSSEAU (J.), *in* PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>253</sup> L'importance du contentieux relatif aux cessions de droit sociaux démontre, à tout le moins, qu'il n'est pas systématique.

<sup>254</sup> Com., 23 mars 1971, *Bull. civ.* IV, n° 89, p. 82, préc..

<sup>255</sup> Sur le pouvoir souverain des juges du fond pour déterminer le quantum des dommages et intérêts alloués en réparation du préjudice résultant de l'exécution défectueuse d'un contrat : BORE (J.) ET BORE (L.), *op. cit.*, n° 67.158, p. 314.

d'échange du bien<sup>256</sup>, c'est-à-dire de mécanismes de garantie<sup>257</sup>.

**274.** Deux moyens se présentent de maintenir un équilibre entre la valeur d'échange et le prix : modifier la première ou le second. La doctrine en déduit parfois une distinction entre deux sortes de conventions de garantie : les garanties de valeur et les garanties dites de passif<sup>258</sup> ou de reconstitution<sup>259</sup>. Les cédants s'obligeraient, aux termes de la première, à indemniser le cessionnaire de la moins value affectant les titres cédés. Il s'agirait donc d'adapter le prix à la valeur d'échange des droits. L'indemnisation résulterait du versement par le cédant au cessionnaire d'une somme compensant le préjudice subi par le cessionnaire et résultant de la perte de valeur des droits. Les sommes devraient dès lors en principe être versées au cessionnaire, seraient proportionnelles au nombre d'actions ou de parts sociales acquises, et limitées au prix de cession<sup>260</sup>. La seconde tendrait à la reconstitution du patrimoine de la société, le préjudice du cessionnaire étant alors réparé indirectement, à travers l'augmentation de la valeur des parts. C'est alors la valeur des droits que l'on adapte au prix. Il n'y aurait ainsi plus de plafond, ni de proportionnalité, et les bénéficiaires du versement seraient la société ou les créanciers sociaux<sup>261</sup>.

**275.** Les juges du fond, tenus de rechercher quelle a été l'intention des parties<sup>262</sup>, se sont parfois fondés sur une telle distinction pour déterminer le bénéficiaire de la garantie de passif ou pour trancher une contestation relative au montant dû<sup>263</sup>. Ces types de garantie, jamais

---

<sup>256</sup> Le simple aménagement du contenu de l'obligation de délivrance ne semble guère trouver d'application pratique. Aucun des travaux traitant de la question, à l'exception de ceux de Monsieur Paillusseau, (PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, art. préc. ; PAILLUSSEAU (J.), L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle, art. préc., ainsi que les développements rédigés par lui *in* PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1727s., p. 305s.), n'envisagent, parmi les mécanismes permettant de pallier l'insuffisance des recours légaux, l'aménagement de l'obligation de délivrance.

<sup>257</sup> En ce sens : MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 117, p. 81 qui définit la garantie comme « *tout mécanisme conventionnel de rééquilibrage souscrit au bénéficiaire, direct ou indirect, du cessionnaire de droits sociaux visant les différents risques issus de la cession* ». Comp. GROSS (B.), *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, L.G.D.J., 1963, n° 106, p. 103, qui définit la garantie comme « *une obligation complexe, d'origine légale ou conventionnelle, qui, dans certains contrats à titre onéreux où le créancier peut craindre d'être trompé sur les droits que son cocontractant lui transmet sur la chose, ou sur l'utilité de celle-ci, vient se superposer à certaines obligations nées du contrat et assure le garanti du résultat pratique de l'exécution normale de la convention, tout en lui promettant une réparation très efficace du dommage causé au cas où ce résultat ne serait pas atteint définitivement* ».

<sup>258</sup> En ce sens : PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1724, p. 303.

<sup>259</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 228, p. 150 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 37, p. 28.

<sup>260</sup> CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 14, p. 48 ; MOUSSERON (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>261</sup> CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 14, p. 48 ; MOUSSERON (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>262</sup> Com., 13 juin 1978, *Bull. civ.* IV, n° 163, p. 139 ; Com., 16 nov. 1999, pourvoi n° 97-14.280.

<sup>263</sup> En ce sens : LAMBERT (T.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., p. 48 ; PAILLUSSEAU (J.), Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, art. préc., n° 7, p. 292 ; v. notamment CA

explicitement consacrés par la Cour de cassation<sup>264</sup>, sont cependant imparfaits<sup>265</sup>. Les conventions que peuvent conclure les parties à une cession de droits sociaux tendant à l'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits, et dont la validité de principe ne

---

Paris, 27 juin 1989, *Bull. Joly* 1989, § 250, p. 695, obs. JEANTIN (M.), *Rev. dr. banc.* 1989, n° 16, p. 213, obs. JEANTIN (M.) et VIANDIER (A.), *JCP* éd. E 1990.II.15677, n° 13, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.), *RTD com.* 1990.39, obs. CHAMPAUD (C.), qui déduit de la qualification de « garantie de valeur » que les sommes dues par le garant ne pouvaient excéder le prix des droits sociaux cédés ; CA Paris, 26 avr. 1990, *Bull. Joly* 1990, § 175, p. 633, note FRECHET (G.), *Rev. dr. banc.* 1991, n° 23, p. 25, obs. JEANTIN (M.) et VIANDIER (A.), qui déduit de l'indication d'un plafond de garantie supérieur au prix que les parties étaient convenues non d'une clause de « révision du prix », c'est-à-dire d'une garantie de valeur, mais d'une clause de garantie de passif, et qui décide en conséquence que le versement des fonds ne pouvait être fait qu'à la société et non aux cessionnaires.

<sup>264</sup> La Cour de cassation a certes rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt du 26 avril 1990 précité (cf. supra note n° 263) dans un arrêt du 28 janvier 1992 (Com., 28 janv. 1992, pourvoi n° 90-15.935, *BRDA* 1992, n° 5, p. 9, *Dr. soc.* 1992, comm. n° 119, *JCP* 1992.I.3612, p. 392, *JCP* éd. E 1992.I.172, p. 404, obs. CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.)), dans lequel elle a notamment jugé que « *c'est par une interprétation rendue nécessaire par les termes ambigus des conventions de cession que la cour d'appel a retenu que la clause litigieuse ne constituait pas une clause de révision du prix, mais une garantie de passif* » (l'arrêt du 27 juin 1989 n'a pas fait l'objet d'un pourvoi). Elle semble, dans cet attendu, avoir approuvé la distinction. Un doute peut néanmoins subsister quant à la signification de cet attendu. La Cour de cassation s'est en effet fondée pour statuer comme elle le fait sur le pouvoir souverain dont dispose les juges du fond pour interpréter les termes ambigus des conventions dont ils ont eu à connaître. Le rejet du pourvoi peut ainsi s'expliquer autant, sinon davantage, par la volonté de la Cour de cassation de renvoyer l'examen des conventions aux seuls juges du fond (sur cette volonté : LAMBERT (T.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., n° 1 p 45), que par l'approbation de la distinction adoptée par lesdits juges. On a soutenu que la Cour de cassation aurait, dans un arrêt récent (Com., 18 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, § 105, p. 486), censuré une cour d'appel qui n'aurait pas tiré les conséquences de la qualification de clause de révision de prix retenue en condamnant le garant à payer des sommes supérieures au prix. Il est vrai que la Cour de cassation a, dans cet arrêt, censuré l'arrêt ayant condamné le garant à payer des sommes supérieures au prix de cession des parts. Il n'est toutefois pas certain qu'elle reproche à la cour d'appel de ne pas avoir tiré les conséquences de la qualification de la clause. Pour censurer l'arrêt, la Cour de cassation a en effet retenu que la cour d'appel avait relevé que la clause litigieuse stipulait que « *en cas de diminution de l'actif net.. cet écart négatif viendra en diminution du prix fixé ci-dessus* », et a ajouté qu'il en « *résultait que cette clause constituait une clause de révision du prix et que les parties n'avaient pas entendu que la garantie puisse excéder le prix de cession* ». La censure semble ainsi moins résulter de la qualification retenue, que des stipulations de la clause : la Cour de cassation ne relève pas que la clause constituait une clause de révision du prix et « donc » que les parties avaient entendu limiter le remboursement, mais que la clause constituait une clause de révision du prix « et » que les parties avaient entendu limiter le montant du remboursement. La limitation ne semble donc pas résulter nécessairement de la qualification. Il est cependant vrai que la Cour de cassation exerce dans cet arrêt, sous couvert de contrôle des conséquences légales, un certain contrôle de l'interprétation retenue par les juges du fond. L'arrêt n'a, toutefois, pas été publié, et semble pouvoir être considéré comme un arrêt d'espèce. Compte-tenu de ces éléments, il nous semble difficile d'affirmer, ainsi que l'a fait récemment un auteur (CHILSTEIN (D.), Les biens à valeur vénale négative, *RTD civ.* 2006.663, spéc. n° 20, p. 674), que la jurisprudence refuse d'admettre le prix négatif en limitant systématiquement le montant des sommes versées, lorsqu'elles peuvent s'analyser en une diminution du prix, au montant du prix. L'auteur ne cite en effet, à l'appui de cette affirmation que l'arrêt précité du 18 décembre 2001, dont l'interprétation suscite des difficultés. En tout état de cause, il paraît excessif d'affirmer que la jurisprudence refuse le prix négatif sur la base d'un unique arrêt de la Cour de cassation, non publié.

<sup>265</sup> GERMAIN (M.), Cession de contrôle des sociétés non cotées, questions de principes, art. préc., p. 74 ; BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, art. préc., p. 51 ; PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, art. préc., n° 22s., p. 48s. ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1725, p. 304 ; V. cependant : LAMBERT (T.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., p. 47.

semble guère faire de doute<sup>266</sup>, sont en effet soumises à la libre volonté des parties<sup>267</sup>. Celles-ci s'accordent sur des stipulations qu'il est parfois difficile de classer dans des catégories préétablies<sup>268</sup>. Les montants dus peuvent ainsi, par exemple, excéder le prix payé alors même que le bénéficiaire du versement est le cessionnaire<sup>269</sup>.

**276.** Une présentation des mécanismes de garantie fondée sur leurs différentes caractéristiques –montant dû, bénéficiaire, période couverte... - semble ainsi devoir être préférée à la présentation de catégories de clauses. Les mécanismes de garantie peuvent ainsi être caractérisés par leur objet, c'est-à-dire en fonction des risques couverts par la garantie (§ 1), et par le mode d'indemnisation choisi (§ 2)<sup>270</sup>.

<sup>266</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 188, p. 127 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 463, p. 359 BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 106, p. 103 ; NOTTE (G.), art. préc., n° 7 ; BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, art. préc., p. 52. Elles ne se heurtent en particulier pas aux dispositions de l'article 1694 du Code civil, qui prévoit que le cessionnaire d'une créance ne répond de la solvabilité de son débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance. Il n'est en effet, d'une part, pas certain que ce texte soit d'ordre public (FREYRIA (C.), Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, art. préc., n° 14, p. 328). La garantie de passif ne constitue, d'autre part, pas une garantie de la solvabilité de la société au sens de l'article 1694 du Code civil (BERTREL (J.-P.), *eod. loc.*) : le garant ne garantit pas la solvabilité de la société vis-à-vis du cessionnaire (MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 485, p. 326) ; il ne garantit pas que ce dernier pourra, lors de la dissolution de la société, récupérer le montant nominal de la créance, c'est-à-dire des titres cédés. Il garantit la valeur des droits sociaux, ce qui n'est pas nécessairement lié : le patrimoine de la société peut parfaitement être suffisant pour permettre le remboursement de la valeur nominale des titres lors de la dissolution de la société, tout en étant inférieur à ce qui était convenu, et ouvrir droit à garantie. La question de la cause de l'obligation de garantie ne se pose en outre guère, à tout le moins de manière autonome. Soit en effet la clause n'a pas d'influence sur le prix. L'obligation de garantie trouve alors sa cause dans l'obligation du vendeur de payer le prix (LAMBERT (T.), thèse préc., n° 472, p. 365). Soit elle remet en cause le prix. Mais il s'agit alors d'une modification du prix, non d'une obligation de garantie devant être causée (LAMBERT (T.), *eod. loc.*). Et c'est en tout état de cause la question du caractère sérieux du prix qui se pose alors (sur laquelle v. infra n° 436s.).

<sup>267</sup> GERMAIN (M.), art. préc., p. 74 ; BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, art. préc., p. 51 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1726, p. 304.

<sup>268</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1725, p. 304 ; v. aussi HOVASSE (H.), note sous Com., 18 déc. 2001, *Defrénois* 2002, n° 37564, p. 821 ; PAILLUSSEAU (J.), Les garanties de conformité dans les cessions de contrôle, art. préc., n° 26, p. 17.

<sup>269</sup> GERMAIN (M.), Cession de contrôle des sociétés non cotées, questions de principes, art. préc., p. 74 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 53, p. 38.

<sup>270</sup> En ce sens : COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *op. cit.*, n° 58s., p. 33s. ; COURET (A.), Garantie de passif, fasc. préc., n° 46, p. 17 ; v. également HONORAT (J.), note sous Com., 23 avr. 1985, *Defrénois* 1986, art. 33713, p. 595, spéc. p. 598, qui expose que l'on peut distinguer les clauses dites de garantie de passif selon la nature du risque couvert et la manière dont elles organisent les compensations dues. Seront ainsi écartés, parmi les caractéristiques de ces clauses, des éléments, parfois retenus (V. par exemple MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 192s., p. 130s.) qui supposent que soit mené un travail de qualification, tels que la distinction selon le mécanisme juridique –révision du prix ou garantie (La qualification de garantie, par opposition à une révision du prix, peut en effet, selon M. Mousseron, être retenue lorsque l'un au moins des trois éléments sera présent : caractère définitif du prix, engagement au bénéfice de la société, indemnisation sans plafonnement). L'objet de ces développements est en effet de présenter exhaustivement les clauses dites de garanties de passif, précisément pour pouvoir ultérieurement les qualifier au regard de leur influence sur le prix. Il n'est dès lors pas utile, à ce stade, d'envisager les qualifications qui pourraient être appliquées à ces mécanismes.

## **§ 1 – Les risques couverts par la garantie**

**277.** Par hypothèse, les mécanismes d'adaptation ultérieure du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux tendent à modifier l'un ou l'autre afin qu'une modification ultérieure des éléments déterminant la valeur d'échange n'induisse pas une discordance entre cette valeur et le montant du prix payé par le cessionnaire. Ils ont globalement pour objet de garantir que l'image de la société qui apparaît à travers l'ensemble des éléments fournis au cessionnaire est conforme à la réalité<sup>271</sup>, c'est-à-dire d'assurer que, quoiqu'il arrive, le prix payé correspondra à la valeur des droits sociaux<sup>272</sup>. Or les éléments comptables et financiers pris en compte par les parties pour fixer la valeur d'échange des droits sociaux peuvent varier, d'une part, dans leur nature, et, d'autre part, relativement à l'époque à laquelle ils sont mesurés. Le contenu des clauses visant à garantir la situation de la société varie dès lors similairement relativement aux éléments dont l'évolution ouvre droit à garantie (A), ainsi que relativement à l'époque à laquelle sont appréhendés les éléments de référence (B).

### **A- La nature des éléments dont l'évolution ouvre droit à garantie**

**278.** La valeur d'échange des droits sociaux cédés est notamment fondée, on a l'a vu, sur une évaluation du patrimoine de la société cible<sup>273</sup>. Aussi les clauses tendant à l'adaptation du prix et de la valeur d'échange vont-elles parfois garantir la consistance du patrimoine de la société, telle qu'elle a été présentée au cessionnaire à travers les documents sociaux. La garantie sera alors déclenchée par une augmentation de passif ou une diminution d'actif, imputable à une cause antérieure à la cession, et qui vient diminuer la valeur de la société cible<sup>274</sup>. Le garant s'oblige ainsi fréquemment à garantir le cessionnaire de la diminution de valeur des droits sociaux résultant de la sous-évaluation du passif de la société dont les parts sociales ou actions ont été cédées<sup>275</sup>. Mais le garant peut également s'obliger à assumer les diminutions de valeur que pourraient connaître certains éléments de l'actif de cette société<sup>276</sup>. Une telle garantie n'est toutefois que rarement stipulée de manière autonome, et complète le

---

<sup>271</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 34 ; BASDEVANT (D.) et LE BOLZER (J.-M.), art. préc., p. 27.

<sup>272</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 27

<sup>273</sup> Supra n° 6s.

<sup>274</sup> DUBOUT (H.), Le fonctionnement des garanties de passif dans le temps, *Bull. Joly* 1999, § 267, p. 1154.

<sup>275</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 200, p. 136, repris par MM. Couret et Ledouble (COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.)), *op. cit.*, n° 61, p. 34 ; COURET (A.), Garantie de passif, art. préc., n° 48, p. 17).

<sup>276</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 199, p. 135 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 42, p. 31 ; COURET (A.), fasc. préc., n° 49, p. 17.



plus souvent une garantie de passif<sup>277</sup>. Les parties conviennent en outre parfois, aux termes de clauses dites d'actif net<sup>278</sup> ou de valeur nette<sup>279</sup>, que les augmentations du passif ou les diminutions de l'actif se compenseront avec d'éventuelles diminutions du passif ou augmentations de l'actif. Ainsi, alors qu'en l'absence d'un tel mécanisme de compensation, le garant assume par exemple l'intégralité des passifs apparus postérieurement à la cession mais trouvant leur cause antérieurement, et ce alors même que ces passifs seraient compensés totalement ou partiellement par une augmentation des valeurs d'actifs, la compensation permet de réduire l'obligation du garant à la différence entre augmentation du passif et de l'actif.

Toutes les conventions de garantie n'adoptent toutefois pas une approche, que l'on qualifie parfois de synthétique<sup>280</sup>, appréhendant globalement, par masses, l'actif ou le passif. Les parties à la convention peuvent également, à la place ou en sus de l'approche synthétique<sup>281</sup>, adopter une approche plus analytique, qui les conduit à préciser les postes du bilan – immobilisations, créances, stocks... - dont le montant est garanti<sup>282</sup>.

**279.** Cependant, la valeur d'échange peut également être fondée sur une analyse de la rentabilité de la société dont les droits sont achetés<sup>283</sup>. Aussi les parties à la cession adoptent-elles parfois un mécanisme de garantie de l'exactitude des résultats présentés par les documents sociaux. L'événement qui déclenche la garantie n'est donc pas, dans cette hypothèse, la modification d'une valeur bilantielle, mais celle d'une capacité bénéficiaire<sup>284</sup> - chiffre d'affaires, bénéfice. A la différence des garanties ayant pour objet le patrimoine de la société, de telles clauses peuvent jouer soit au profit du cessionnaire, soit au profit du cédant, selon l'insuffisance ou l'excédent du résultant par rapport au montant garanti<sup>285</sup>.

---

<sup>277</sup> BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, art. préc., p. 54 ; COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *op. cit.*, n° 62, p. 34 ; comp. MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 203, p. 137, qui estime que de telles clauses sont moins fréquentes en pratique.

<sup>278</sup> BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, art. préc., p. 55 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 43, p. 31.

<sup>279</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 199, p. 135 ; COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *op. cit.*, n° 65, p. 35.

<sup>280</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 433, p. 289.

<sup>281</sup> MOUSSERON (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>282</sup> COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *op. cit.*, n° 70, p. 37 ; COURET (A.), fasc. préc., n° 57s., p. 19s. ; v. également les exemples donnés par Madame Galia-Beauchesne (GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 35) et par MM. Basdevant et Le Bolzer (BASDEVANT (D.) et LE BOLZER (J.-M.), art. préc., p. 31s.) .

<sup>283</sup> Supra n° 8.

<sup>284</sup> COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *op. cit.*, n° 66, p. 35.

<sup>285</sup> COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *op. et loc. cit.*

**280.** Certaines conventions garantissent en outre l'exactitude et la sincérité d'informations extra-comptables<sup>286</sup>. Les cédants peuvent ainsi par exemple garantir que la société a été constituée et a fonctionné depuis sa constitution, et jusqu'à la cession, conformément aux lois en vigueur, que les statuts sont réguliers, que la société ne fait l'objet d'aucune demande en nullité ou en dissolution<sup>287</sup>. La garantie peut encore porter sur l'état des rapports sociaux individuels et collectifs au sein de la société ou sur celui des rapports contractuels qu'entretient la société avec l'ensemble de ces partenaires<sup>288</sup>. La garantie sera alors mise en jeu par l'inexactitude de l'une des informations extra-comptables fournies par le cédant dans le cadre des discussions qui ont précédé la cession<sup>289</sup>.

La convention de garantie peut ainsi finalement viser tout ou partie des éléments qui ont été pris en compte pour la détermination de la valeur d'échange. Il appartient aux juges du fond, lorsque surgit une contestation relative à la portée de la garantie convenue, de déterminer souverainement quelle a été l'intention des parties<sup>290</sup>. L'inexactitude de l'un des éléments présentés et visés par la convention déclenchera le mécanisme de garantie convenu.

**281.** De même que les éléments dont l'évolution ouvre droit à garantie, les dates auxquelles l'évolution doit se produire pour déclencher la garantie peut varier.

### **B - La date à laquelle sont appréhendés les éléments dont l'évolution ouvre droit à garantie**

**282.** Les mécanismes d'adaptation du prix et de la valeur tendent, le plus souvent, à garantir la correspondance entre le prix et la valeur de la société lors de la cession (1). Ils portent cependant également parfois sur des événements devant intervenir après la cession (2).

#### 1 - La garantie de la situation actuelle

**283.** Les événements susceptibles d'affecter les éléments pris en compte par les parties pour la détermination de la valeur d'échange des parts sociales ou actions cédées sont susceptibles de se réaliser à deux moments.

---

<sup>286</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 437s., p. 292s. ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 34 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 45, p. 33.

<sup>287</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 34.

<sup>288</sup> MOUSSERON (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>289</sup> DUBOUT (H.), art. préc., n° 7, p. 1157.

<sup>290</sup> V. par exemple Com., 29 jan. 1973, *Bull. civ.* IV, n° 52, p. 44. L'imprécision de la clause, rendant nécessaire une interprétation de ses termes, est alors exclusive de dénaturation (v. par exemple Com., 23 avr ; 1985, *Bull. Joly* 1985, § 259, p. 791)

L'événement peut en premier lieu être intervenu avant la cession, mais être inconnu du cessionnaire en raison d'une présentation erronée dans les documents sociaux. Tel peut être le cas lorsque lorsqu'une dette a été inscrite au bilan pour un montant erroné, ou lorsque un élément de l'actif a été mal évalué, en raison par exemple de l'emploi d'une méthode d'évaluation inappropriée<sup>291</sup>.

L'événement ouvrant droit à garantie peut en second lieu avoir une cause antérieure à la cession -raison pour laquelle il relève de la garantie de la situation actuelle-, mais ne se réaliser que postérieurement. La garantie vise ainsi très fréquemment les sommes dont le paiement est mis à la charge de la société à la suite de contrôles fiscaux ou de l'URSSAF portant sur les périodes antérieures à la cession mais dont les conséquences ont été notifiées à la société postérieurement. Elle vise également les sommes que la société pourrait être condamnée à payer à l'issue d'un procès et qui ne sont pas prises en charge par les assurances<sup>292</sup> -sommes dues à l'issue d'une procédure de licenciement, en conséquence d'une condamnation pénale.... Elle peut encore viser les conséquences de dommages affectant des éléments de l'actif de la société, existant mais inconnus lors de la cession, et non couverts par les assurances, ou l'impossibilité de recouvrer certaines créances<sup>293</sup>.

## 2 - La garantie de la situation future

**284.** Cédant et cessionnaire pourraient être tentés, théoriquement, de faire porter la garantie sur tout type d'événement survenant après la cession, alors même qu'il ne trouverait pas sa cause antérieurement à la cession. Les garanties de la situation future semblent cependant, en pratique, se limiter aux garanties de rentabilité future<sup>294</sup>. Les parties conviennent parfois que le cédant s'engage à verser au bénéficiaire de la clause certaine somme si la rentabilité de la société sur une période à venir ne correspond pas aux niveaux contractuellement définis<sup>295</sup>. Peuvent par exemple déclencher la garantie le niveau du chiffre d'affaires<sup>296</sup> ou du résultat

---

<sup>291</sup> Tel peut être par exemple le cas si les stocks ont été évalués suivant la méthode « *first in, first out* » -c'est-à-dire en considérant que les premiers éléments acquis du stocks sont les premiers vendus- et non suivant la méthode « *last in, first out* » -c'est-à-dire en considérant que les derniers éléments acquis sont les premiers vendus. (MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 429, p. 284). Lorsqu'en effet le prix d'achat des uns et des autres diffère, la valeur du stock évoluera selon que l'on considère que tel ou tel élément reste en stock.

<sup>292</sup> PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, art. préc., n° 18, p. 47 ; V. également MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 430s., p. 285s.

<sup>293</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 428, p. 283.

<sup>294</sup> Aucun des travaux traitant de la question n'envisagent de garantie déclenchée par l'apparition d'un passif ou une diminution d'actif intervenant et trouvant son origine postérieurement à la cession.

<sup>295</sup> COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *op. cit.*, n° 66, p. 35 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 47, p. 34 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 194, p. 131.

<sup>296</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. et loc. cit.*

d'exploitation<sup>297</sup>, réalisés soit au cours de l'exercice en cours lors de la cession<sup>298</sup>, soit au cours des deux ou trois exercices suivants<sup>299</sup>.

Le vendeur peut cependant être réticent à offrir des garanties en couverture d'une rentabilité future qu'il maîtrise mal, surtout s'il cède le contrôle de la société et n'assure plus la tenue des comptes<sup>300</sup>. Aussi de telles garanties, si elles présentent, à l'instar des clauses de *earn out*, dont elles sont fort proches<sup>301</sup>, certains intérêts<sup>302</sup>, semblent-elles relativement rares en pratique<sup>303</sup>.

**285.** Peuvent ainsi finalement faire l'objet de conventions de garantie l'ensemble des éléments susceptibles d'intervenir dans la détermination de la valeur d'échange des droits sociaux cédés : valeur bilantielle ou capacité bénéficiaire, actuelle et future, éléments extra-comptables....

Différents mécanismes de garantie permettront alors d'adapter le mode d'indemnisation aux besoins exacts des contractants.

## **§ 2 – Le mode d'indemnisation**

**286.** Les parties à la convention de garantie font varier le montant de l'indemnisation (A) et les sujets de la garantie (B).

### **A – Le montant de l'indemnisation**

**287.** Le montant de l'indemnité due s'élève parfois –généralement lorsque les parties ont eu pour objectif de reconstituer la valeur du patrimoine de la société<sup>304</sup>- au montant de l'augmentation de passif ou de la diminution d'actif<sup>305</sup>. Elle est, dans d'autres cas,

---

<sup>297</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1724, p. 303.

<sup>298</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>299</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 47, p. 34.

<sup>300</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. et loc. cit.* ; BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, art. préc., p. 53.

<sup>301</sup> Elles ne se différencient que dans la mesure où les premières permettent la fixation initiale du prix, quand les secondes conduisent à une éventuelle modification du prix initialement fixé.

<sup>302</sup> V. sur ceux-ci supra n° 174.

<sup>303</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. et loc. cit.* ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 197, p. 134.

<sup>304</sup> En ce sens v. par exemple : MOUSSERON (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>305</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 474, p. 320 ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 39 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 50, p. 36 ; v. également Com., 13 juin 1978, *Bull. civ. IV*, n° 163, p. 139, *Rev. soc.* 1979.843, qui censure, pour dénaturation des termes de la clause litigieuse, l'arrêt ayant décidé que le cédant ne garantissait les nouveaux passifs de la société cédée que proportionnellement au nombre des actions possédées par lui dans le capital de la société, dans la mesure où le cédant s'était engagé à régler personnellement « toutes dettes sociales non inscrites au bilan ».

proportionnée au nombre de parts sociales ou actions acquises<sup>306</sup>. Elle variera, dans les garanties de la situation future de l'entreprise, en fonction des résultats futurs de l'entreprise<sup>307</sup>. Elle peut par exemple être égale à la totalité ou à une partie de la différence existant entre le résultat présenté, et qui constitue la référence, et le résultat effectivement enregistré. Mais le montant dû peut également être définitivement fixé dans la convention de garantie. La convention, mettant ainsi à la charge du garant une indemnité évaluée forfaitairement et par avance, constituerait une véritable clause pénale, sur laquelle le juge pourrait, le cas échéant, exercer son pouvoir modérateur<sup>308</sup>.

**288.** Différents aménagements peuvent par ailleurs être opérés sur ce montant de base. La plupart des garanties de bilan prévoient ainsi qu'elles ne se déclencheront qu'au-delà d'un certain seuil d'augmentation de passif ou de diminution d'actif<sup>309</sup>. Elles prévoient également qu'une franchise restera à la charge du garant, qui ne sera ainsi débiteur que des sommes excédant ce plancher<sup>310</sup> –qui peut être égal ou non au seuil de déclenchement<sup>311</sup>. Les parties à la convention de garantie peuvent par ailleurs limiter l'obligation de garantie à un certain montant<sup>312</sup>. Elles peuvent en particulier limiter les sommes dues au prix des titres cédés<sup>313</sup>.

## **B – Les sujets de la garantie**

**289.** La détermination du garant ne soulève guère de difficultés (1), contrairement à celle du garanti (2).

---

<sup>306</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 490, p. 328 ; CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 17, p. 209.

<sup>307</sup> POITRINAL (F.-D.), Cession d'entreprise : Les conventions de *earn out*, art. préc., p. 19 ; KANDE DE BEAUPUY (S.), art. préc., p. 26.

<sup>308</sup> COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *op. cit.*, n° 67, p. 36. M. Mazeaud estime toutefois qu'il convient de distinguer la clause pénale, qui revêt un caractère comminatoire, de la simple clause d'évaluation forfaitaire de la réparation. (MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, Bibl. dr. priv., t. 223, L.G.D.J., 1992, n° 256s., p. 141s.). Or la clause aux termes de laquelle le garant s'engage à verser au garanti une indemnité forfaitaire en cas d'apparition d'un passif nouveau ou de diminution de valeur de l'actif, ne tend pas à contraindre le garant à exécuter une obligation. La clause d'évaluation conventionnelle du préjudice n'en demeure pas moins soumise aux dispositions de l'article 1152 du Code civil, qui accorde au juge un pouvoir de révision du montant des dommages et intérêts mis par la clause à la charge de leur débiteur lorsqu'ils sont manifestement excessifs (MAZEAUD (D.), *op. cit.*, n° 270, p. 148).

<sup>309</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1745, p. 314 ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 45 ; CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 25, p. 52 ; HERVIEU (T.), art. préc., p. 4.

<sup>310</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 481, p. 322 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. et loc. cit.* ; CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 25, p. 52 ; COURET (A.), L'exécution des clauses de garantie du passif, art. préc., n° 8, p. 74.

<sup>311</sup> MOUSSERON (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>312</sup> CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 26, p. 52 ; v. également par exemple Com., 16 juin 1970, D. 1971.52.

<sup>313</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 483, p. 325 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1724, p. 304.

## 1 - Le garant

**290.** Rien ne limite, en principe, le choix du garant, de telle sorte que les qualités de cédant des droits sociaux et de garant peuvent être disjointes<sup>314</sup>. L'obligation de garantie peut ainsi avoir toute sorte de débiteur, tel, dans un réseau de distribution, le concédant acceptant de supporter une fraction de l'obligation de garantie initialement souscrite par le cédant, concessionnaire d'un point de vente<sup>315</sup>. La convention de garantie peut en particulier permettre au garant principal de se substituer un garant second<sup>316</sup>, ou de s'adjoindre d'autres garants, tels des bailleurs de fonds consentant à garantir le cédant des engagements contractés<sup>317</sup>.

**291.** Il semble toutefois que le garant reste, dans la très grande majorité des cas, le cédant ou, en cas de pluralité de vendeurs, l'un ou plusieurs d'entre eux<sup>318</sup>. Par exception, le mécanisme des garanties de situation future peut conduire à adopter comme garant soit le cédant, soit le cessionnaire, puisque la correction du prix peut parfois jouer en faveur de l'un ou de l'autre.

En cas de pluralité de garants, la garantie peut être soit conjointe, soit solidaire<sup>319</sup>. A défaut de précision en ce sens, elle est solidaire si la cession porte sur le contrôle de la société. En raison du caractère commercial de la cession de contrôle, l'engagement commun de passif pris par les cédants est en effet affecté d'une présomption simple de solidarité<sup>320</sup>. Elle est en

---

<sup>314</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 356, p. 243. La convention de garantie, pour être valable, demeure évidemment soumise aux exigences du droit commun des contrats. L'engagement du garant doit ainsi notamment être causé.

<sup>315</sup> *Ibid.*

<sup>316</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 361, p. 245.

<sup>317</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 367, p. 248.

<sup>318</sup> MOUSSERON (P.), *op. et loc. cit.* La plupart des travaux portant sur le sujet ne mentionnent ainsi comme garant que le ou les cédants (V. notamment : PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1731, p. 310 ; CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 13, p. 48 ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 37 ; POUSTIS (J.) ET MONNOT (J.-L.), La garantie dans les cessions de droits sociaux (Panorama de jurisprudence), art. préc., n° 21, p. 233). Il s'agira généralement, en cas de pluralité de vendeurs, des cédants qui détenaient le contrôle ou qui étaient dirigeants de la société (PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. et loc. cit.*).

<sup>319</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1732, p. 310 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 375, p. 252.

<sup>320</sup> Com., 28 avr. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 103, p. 78, *D.* 1987, som., p. 391, obs. BOUSQUET (J.-C.), *Rev. soc.* 1987.391 ; v. également PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1732, p. 310. Confirmant que le caractère commercial de la cession de contrôle permet de présumer que les débiteurs –en l'occurrence du prix– étaient tenus solidairement : Com., 11 mars 2003, pourvoi n° 99-20.331

revanche conjointe si la cession ne porte pas sur le contrôle de la société, en application de l'article 1202 du Code civil<sup>321</sup>.

## 2 - Le garanti

**292.** Les conventions de garantie désignent généralement comme bénéficiaire de la garantie le cessionnaire, la société dont les parts sociales ou actions sont cédées, ou les créanciers. La question de la détermination du bénéficiaire se pose en outre, lorsque la convention est ambiguë.

### *a) Le cessionnaire*

**293.** La convention de garantie est conclue entre le cessionnaire et le cédant<sup>322</sup>. Elle a pour objet de garantir le cessionnaire contre une diminution de valeur des droits cédés. Aussi celui-ci est-il fréquemment désigné par la convention comme bénéficiaire de la garantie<sup>323</sup>. Il recevra ainsi les sommes que le garant s'est obligé à verser si l'un des événements envisagés se réalise.

### *b) La société*

**294.** Les conventions de garantie peuvent également prévoir que le garant versera les fonds non au cessionnaire, mais à la société dont les parts sociales ou les actions ont été cédées<sup>324</sup>. La Cour de cassation a admis à cet égard que la société désignée comme bénéficiaire de la garantie était titulaire d'un droit propre et direct contre le garant, et recevable à agir pour

---

<sup>321</sup> Il dispose : « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ». Soulignant le caractère conjoint de l'obligation de garantie lorsque la cession ne porte pas sur le contrôle de la société : MOUSSERON (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>322</sup> CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 15, p. 209.

<sup>323</sup> RICHARD (J.), art. préc. ; CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 15, p. 209 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 380, p. 254 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1734, p. 310 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 53, p. 38.

<sup>324</sup> LAMBERT (T.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., n° 2, p. 45 ; RICHARD (J.), art. préc. ; CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 15, p. 209 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 380, p. 254 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1737, p. 311 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 50, p. 36. M. Paillusseau considère que le cessionnaire, seul partie à la convention de garantie, en est l'unique bénéficiaire (PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, art. préc., n° 28, p. 50 ; PAILLUSSEAU (J.), Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, art. préc., n° 10, p. 293). Mais l'auteur admet ensuite que le cessionnaire transmette totalement ou partiellement ce bénéfice à la société cédée, de telle sorte que la portée pratique de cette précision semble limitée.

obtenir paiement des sommes dues en exécution de la garantie<sup>325</sup>. La question du fondement d'une telle solution se pose alors. La société n'est en effet, sauf exception, pas partie à la convention de garantie<sup>326</sup>. Aussi celle-ci ne peut-elle en principe produire aucun effet sur la société, en application de l'article 1165 du Code civil<sup>327</sup>.

**295.** Différents mécanismes ont été invoqués pour justifier les droits de la société<sup>328</sup> : la délégation<sup>329</sup>, à laquelle on ajoute parfois la substitution ou l'adjonction de la société cédée dans la convention de garantie<sup>330</sup>, la solidarité active<sup>331</sup>, ou encore la cession de créance<sup>332</sup>.

Le droit de la société ne résulte cependant qu'exceptionnellement d'une délégation, en vertu de laquelle le cédant, délégué, s'engagerait sur ordre du cessionnaire, délégant, à indemniser la société, délégataire<sup>333</sup>. Un tel mécanisme suppose en effet l'accord du délégataire<sup>334</sup>, c'est-à-dire de la société<sup>335</sup> qui, n'étant pas partie à la convention de garantie, ne le donne que rarement<sup>336</sup>.

---

<sup>325</sup> V. par exemple Com., 6 mai 1982, *Bull. civ.* IV, n° 163, p. 145, *JCP* 1983.II.20073 ; Com., 19 déc. 1989, pourvoi n° 88-15.335, *Bull.* Joly 1990, § 44, p. 177 ; Com., 7 oct. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 251, p. 220, *Bull. Joly* 1997, § 381, p. 1058 note MOUSSERON (P.), *D.* 1998, som., p. 112, note DELEBECQUE (P.), *RJDA* 12/97, n° 1498, *JCP* éd. E 1997, pan., n° 1226, *JCP* éd. E 1998, chr., p. 509, obs. CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.).

<sup>326</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 37.

<sup>327</sup> *Ibid.*

<sup>328</sup> Aussi sont-ils parfois qualifiés de « marginaux » (en ce sens : LANGLES (T.), thèse préc., p. 276).

<sup>329</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 383, p. 255.

<sup>330</sup> PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, art. préc., n° 28, p. 50 ; PAILLUSSEAU (J.), Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, art. préc., n° 10, p. 293.

<sup>331</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1726-1, p. 304.

<sup>332</sup> MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 1035, p. 503.

<sup>333</sup> LANGLES (T.), thèse préc., n° 371, p. 285.

<sup>334</sup> BILLIAU (M.), *La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, préf. J. Ghestin, *Bibl. dr. priv.*, t. 207, L.G.D.J., 1989, spéc. n° 164s., p. 166s.

<sup>335</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 389, p. 260.

<sup>336</sup> M. Mousseron ajoute que la délégation n'est pas applicable dans la mesure où elle suppose l'existence d'un rapport fondamental entre le délégant (cessionnaire des droits), et le délégataire (la société) (MOUSSERON (P.), *op. et loc. cit.*). Un tel argument est cependant contestable. La doctrine considère en effet qu'il n'est pas nécessaire, pour la validité d'une délégation imparfaite, qu'existe un rapport entre le délégant et le délégataire (En ce sens : BILLIAU (M.), thèse préc., spéc. n° 12s., p. 19s. ; v. par exemple : TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 1339, p. 1194 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), FLOUR (Y.), *Droit civil, Les obligations, 3. le rapport d'obligation*, 3<sup>ème</sup> éd., par Jean-Luc Aubert, Yvonne Flour et Eric Savaux, 2004, n° 431, p. 292). Cette opinion a elle-même fait l'objet de critiques. On a ainsi fait valoir que la délégation ne peut réaliser une donation ou un prêt que s'il existe un rapport fondamental (BILLIAU (M.), thèse préc., spéc. n° 16s., p. 24s.). Le délégué ne pourrait avoir voulu consentir un prêt au délégataire, dans la mesure où celui-ci ne serait tenu, en l'absence de rapport fondamental, d'aucune obligation de remboursement (BILLIAU (M.), thèse préc., n° 17, p. 24). Il ne pourrait de même avoir consenti une donation au délégataire, dans la mesure où il ne peut être animé à son égard d'une intention libérale, puisqu'il ne le connaît pas. La délégation ne pourrait pas davantage constituer une donation du délégant envers le délégataire, puisque le versement est opéré par le délégué, de telle sorte que manque l'élément matériel (BILLIAU (M.), *op. et loc. cit.*). Ces critiques, fussent-elles fondées, n'envisagent cependant pas l'hypothèse, spéciale, de la garantie de passif, où rien ne semble interdire que le délégant – le cessionnaire – demande au garant de verser les sommes dues en exécution de la garantie directement à la société, lors même que le délégant ne serait pas débiteur de la société. Aussi le mécanisme semblerait-il



Pour la même raison, la société n'est que rarement solidairement créancière avec le cessionnaire du garant<sup>337</sup>, et la créance n'est que rarement cédée<sup>338</sup>. Le cessionnaire de la créance ne peut en outre poursuivre le débiteur cédé qu'après signification dans les conditions prévues à l'article 1690 du Code civil<sup>339</sup>. Ce mécanisme ne permet donc de justifier le droit de la société que dans le cas, visiblement rare<sup>340</sup>, où la créance a été cédée et où la cession a été signifiée au garant<sup>341</sup>.

La substitution de la société cédée suppose enfin que la convention prévoit explicitement une telle possibilité<sup>342</sup>, de même que l'adjonction<sup>343</sup>.

**296.** Le droit de la société semble en revanche pouvoir être fondé, même en l'absence d'accord de la société ou de clause lui permettant de se substituer au cessionnaire, sur l'existence d'une stipulation pour autrui. Il y a stipulation pour autrui en effet lorsque, dans un contrat, l'une des parties, le stipulant, obtient de l'autre, le promettant, l'engagement qu'elle donnera ou fera quelque chose au profit d'un tiers étranger, le bénéficiaire<sup>344</sup>. Tel est bien le cas lorsque le cessionnaire obtient du garant qu'il verse à la société les sommes destinées à compenser la perte de valeur du patrimoine social. Le cessionnaire est alors le stipulant, le cédant le promettant, et la société le tiers bénéficiaire<sup>345</sup>.

Les conditions de validité d'une stipulation pour autrui semblent alors réunies<sup>346</sup>. La stipulation pour autrui constitue, en premier lieu, un contrat, qui ne peut exister sans volonté du stipulant et du promettant de faire naître un droit au profit d'un tiers<sup>347</sup>. Cette volonté

---

pouvoir s'appliquer, si la société donnait son accord, à la garantie de passif (LANGLES (T.), thèse préc., n° 374, p. 281).

<sup>337</sup> Sur la nécessité du consentement de la société : PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1726-1, p. 304.

<sup>338</sup> En ce sens que le consentement du cessionnaire d'une créance est requis : TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 1180, p. 1068.

<sup>339</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 1188, p. 1074.

<sup>340</sup> V. cependant CA Paris, 22 fév. 1989, *RTD com.* 1990.411, n° 15, obs. CHAMPAUD (C.).

<sup>341</sup> V. également, sur l'impropriété de la cession de créance comme mécanisme fondant les droits de la société : BALESTRIERO (V.), thèse préc., n° 131s., p. 102s.

<sup>342</sup> V. de manière générale sur la substitution de contractant : PILLET (G.), *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, préf. P. Jourdain, Bibl. Inst. André Tunc, t. 1, L.G.D.J., 2004.

<sup>343</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>344</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 486, p. 470 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 467, p. 384 LARROUMET (C.), *Droits civil, sous la direction de Christian Larroumet, Les Obligations, le contrat*, t. 3, Economica, 5ème éd., 2003, n° 799, p. 952 ; V. pour une définition similaire : ROUX (J.-M.), *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, préf. J. Mestre, P.U.A.M., 2001, n° 2, p. 16.

<sup>345</sup> CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 19, p. 209 ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 41.

<sup>346</sup> BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 175, p. 163.

<sup>347</sup> LARROUMET (C.), *Les Obligations, le contrat, op. cit.*, n° 805, p. 964 ; *adde* LARROUMET (C.), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968, n° 148, p. 340 ; DELEBECQUE (P.), obs. sous *com.*, 7 oct. 1997, *D.* 1998, somm., p. 112.

résulte, dans les conventions de garantie, de l'engagement de payer les dettes pris par le cédant<sup>348</sup>. On considère en deuxième lieu parfois qu'il est nécessaire que le stipulant ait un intérêt, fût-il moral, à stipuler en faveur du tiers bénéficiaire<sup>349</sup>. Or le cessionnaire a intérêt à stipuler en faveur de la société<sup>350</sup>, puisque le paiement par le promettant, à savoir le garant, permettra de maintenir la valeur des parts sociales ou actions cédées. Certains auteurs estiment encore que la stipulation doit présenter un caractère accessoire, c'est-à-dire se greffer sur un contrat intervenu entre le stipulant et le promettant créant entre eux un rapport obligatoire<sup>351</sup>. Cette condition, à supposer qu'elle soit effectivement exigée<sup>352</sup>, est remplie dans la mesure où la garantie s'insère dans une convention conclue entre cédant et cessionnaire qui a pour objet principal la cession des parts sociales ou actions<sup>353</sup>. La condition de déterminabilité du bénéficiaire est enfin remplie du fait de la désignation de la société<sup>354</sup>.

Contrairement à la délégation ou aux autres mécanismes proposés pour fonder le droit de la société, l'accord de celle-ci n'est par ailleurs pas requis pour la validité de la stipulation pour autrui. Le seul accord du stipulant et du promettant suffit en effet à faire naître le droit au profit du tiers, dès avant son acceptation<sup>355</sup>. Celle-ci n'est ainsi requise que s'il entend

<sup>348</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 41 ; LANGLES (T.), thèse préc., n° 381, p. 284 ; Rappelant qu'il s'agit d'une condition essentielle de la stipulation pour autrui : TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 492, p. 474 ; v. également par exemple Req., 20 déc. 1898, *D.P.* 1899.1.320).

<sup>349</sup> ROUX (J.-M.), thèse préc., n° 49, p. 65 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 490, p. 473 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 1510, p. 522 ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations*, préc., n° 1040, p. 2138 ; Certains auteurs contestent qu'un intérêt soit nécessaire (v. par exemple LARROUMET (C.), thèse préc., n° 149, p. 341 ; LARROUMET (C.), *Les Obligations, le contrat, op. cit.*, n° 807, p. 965. également sur cette opinion : MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 809, p. 425). La Cour de cassation semble cependant maintenir cette exigence (MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. et loc. cit.* ; v. par exemple Com., 1<sup>er</sup> décembre 1975, *Bull. civ.* IV, n° 288, p. 239). La question a, en tout état de cause, une portée pratique réduite en matière de clause prévoyant la prise en charge par l'acquéreur du passif de la société, dans la mesure où l'existence d'un intérêt du stipulant ne semble pas discutée. Une telle clause, si elle constitue une stipulation pour autrui alors que l'exigence d'un intérêt du stipulant est maintenue, doit *a fortiori* constituer une telle stipulation si l'exigence d'un intérêt est levée.

<sup>350</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 41.

<sup>351</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 470, p. 386, qui estiment que la stipulation pour autrui constitue par définition une opération accessoire, greffée sur le contrat intervenu entre stipulant et promettant. Ils ajoutent qu'il faut un contrat créant un rapport obligatoire entre stipulant et promettant.

<sup>352</sup> D'autres auteurs le contestent : LARROUMET (C.), *Les Obligations, le contrat, op. cit.*, n° 808, p. 969 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, 1511, p. 522 ; v. également CARBONNIER (J.), *op. et loc. cit.*, qui expose que la stipulation pour autrui est toujours valable pourvu que le stipulant puisse justifier d'un intérêt, au moins moral, et qui omet, ce faisant, l'exigence du caractère accessoire de la stipulation.

<sup>353</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 41 ; BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 175, p. 163.

<sup>354</sup> En ce sens qu'il s'agit d'une condition de validité de la stipulation : Civ., 28 déc. 1927, *D. H.* 1928.135 ; v. également STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 1531, p. 530.

<sup>355</sup> CARBONNIER (J.), *op. et loc. cit.* ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 815, p. 430. ; FAGES (B.), *op. cit.*, n° 297, p. 231 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. et loc. cit.* ; ROUX (J.-M.), thèse préc., n° 132, p. 178.

profiter de la stipulation, dans la mesure où nul ne peut acquérir un droit contre sa volonté<sup>356</sup>. En revanche, elle ne constitue pas une condition de validité de la stipulation<sup>357</sup>. Aussi ce consentement peut-il n'intervenir que dans un acte postérieur au contrat qui contient la stipulation<sup>358</sup>. L'absence de participation de la société à la convention de garantie n'interdit donc pas de la qualifier de stipulation pour autrui. Il ne semble enfin pas possible de contester l'existence d'une stipulation pour autrui en faisant valoir que la société est le bénéficiaire obligé du versement, ce dont il résulterait qu'il ne saurait y avoir de volonté de rendre la société bénéficiaire, puisqu'il ne pourrait y avoir de volonté contraire<sup>359</sup>. La convention de garantie est en effet conclue par le cédant et le cessionnaire, à l'exclusion de la société. Rien ne les oblige donc à prévoir que la société, ou les créanciers sociaux, sont bénéficiaires du versement<sup>360</sup>. La plupart des auteurs considèrent donc que le droit de la société résulte d'une stipulation pour autrui, en vertu de laquelle le cessionnaire est le stipulant, le cédant le promettant, et la société dont les titres sont cédés le bénéficiaire<sup>361</sup>. La Cour de cassation a de même précisé que l'engagement aux termes duquel le cédant s'obligeait à verser à la société des sommes permettant de compenser la perte de valeur de son patrimoine constituait une stipulation pour autrui<sup>362</sup>.

<sup>356</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 494, p. 476.

<sup>357</sup> STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 1535, p. 531.

<sup>358</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. et loc. cit.* L'acceptation du bénéficiaire a ainsi pour effet de rendre la stipulation irrévocable (TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. et loc. cit.*).

<sup>359</sup> Proposant un tel argument : LAMBERT (T.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., n° 14, p. 52.

<sup>360</sup> V. notamment en ce sens les réflexions de M. Paillusseau (PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, art. préc., n° 28, p. 50 ; PAILLUSSEAU (J.), Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, art. préc., n° 10, p. 293), qui expose au contraire que le seul bénéficiaire de la garantie est le cessionnaire.

<sup>361</sup> CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 18, p. 209 ; CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 17, p. 49 ; GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 41 ; MONDIANO (J.), art. préc., p. 718 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 384s., p. 256s. ; LANGLES (T.), thèse préc., n° 375s., p. 282 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 47, p. 37 ; BALESTRIERO (V.), thèse préc., n° 123s., p. 96s. ; TCHENDOU (M.), *Les applications contemporaines de la stipulation pour autrui*, thèse Paris I, 1995, n° 46, p. 45 ; BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 177, p. 164 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1738, p. 312 ; LARROUMET (C.), *Les Obligations, le contrat*, préc., n° 802, p. 961 ; HONORAT (J.), note sous Com., 23 avr. 1985, *Deffrénois* 1986, art. 33713, p. 595, spéc. p. 599 ; V. également LAMBERT (T.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., n° 13, p. 50, admettant que le recours à la stipulation pour autrui « peut apparaître satisfaisant s'agissant d'expliquer le droit de la société ».

<sup>362</sup> Com., 7 oct. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 251, p. 220, préc.. On estime parfois que cet arrêt, qui semble le seul dans lequel la Cour de cassation statue en ce sens, ne suffirait pas à considérer que la Cour de cassation admet que le droit de la société résulte d'une stipulation pour autrui (LAMBERT (TH.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., n° 12, p. 50). On relèvera toutefois, d'une part, qu'aucun arrêt de la Cour de cassation n'exclut l'existence d'une stipulation pour autrui, d'autre part qu'elle a admis l'existence d'une stipulation pour autrui lorsque les bénéficiaires de la clause sont les créanciers sociaux (Com., 7 déc. 1976, *Bull. civ. IV*, n° 311, p. 260). Aussi la solution retenue dans l'arrêt –publié– du 7 octobre 1997, qui n'a pas été remise en cause, nous semble-t-elle pouvoir être considérée comme la solution admise pour l'instant par la Cour de cassation.

**297.** Il semble dès lors que, sauf stipulations spéciales, le droit direct de la société sur les sommes dues au titre de la garantie puisse être fondé sur l'existence d'une stipulation pour autrui consentie par le cédant à son profit. Le cessionnaire n'en conserve pas moins, dans cette hypothèse, le droit d'agir afin d'obtenir du garant qu'il exécute les engagements pris. La Cour de cassation a en effet jugé à plusieurs reprises que, lors même que le bénéficiaire de la garantie était la société dont les droits avaient été cédés, le cessionnaire disposait d'un droit propre à demander l'exécution par le cédant de ses obligations<sup>363</sup>.

*c) Les créanciers sociaux*

**298.** Les parties peuvent encore prévoir que les sommes versées en exécution de la garantie le seront aux créanciers sociaux, et non à la société<sup>364</sup>. La Cour de cassation, de même qu'elle a admis que la société disposait d'un droit propre lorsqu'elle était bénéficiaire de la garantie, a admis que les créanciers étaient titulaires de tels droits lorsqu'ils étaient désignés comme bénéficiaires par la convention<sup>365</sup>. La question du fondement de ce droit se pose à nouveau. La délégation, la cession de créance, et la substitution ou l'adjonction de bénéficiaire ne pouvant, pour les raisons déjà évoquées<sup>366</sup>, justifier un tel droit qu'exceptionnellement, seule demeure la stipulation pour autrui.

**299.** Le fait que les créanciers bénéficiaires du paiement ne soient le plus souvent pas nommément désignés dans la convention ne semble pas devoir faire obstacle à l'existence d'une stipulation pour autrui<sup>367</sup>. La stipulation pour autrui faite au profit de personnes indéterminées mais qui seront déterminables lorsque la stipulation recevra effet est valable<sup>368</sup>, à tout le moins lorsque la détermination du bénéficiaire ne dépend pas de la volonté

---

<sup>363</sup> Com., 1<sup>er</sup> avr. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 94, p. 83, *Bull. Joly* 1997, § 247, p. 647, *RJDA* 7/97, n° 913, Com., 19 déc. 1989, pourvoi n° 88-15.335, préc. ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1988, pourvoi n° 86-16.031. La cession ultérieure de ses actions par le cessionnaire lui fait cependant perdre cet intérêt à agir (Com., 4 juin 1996, pourvoi n° 94-13.047, *JCP éd ; E*, 1996.I.589, n° 4, obs. CAUSSAIN(J.-J.) et VIANDIER (A.)).

<sup>364</sup> LAMBERT (TH.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., n° 2, p. 45 ; RICHARD (J.), art. préc. ; CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 15, p. 209 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 380, p. 254 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1737, p. 311.

<sup>365</sup> Com., 7 déc. 1976, *Bull. civ. IV*, n° 311, p. 260.

<sup>366</sup> *Supra* n° 295. L'accord des créanciers sociaux paraît devoir être encore plus rare que celui de la société, dans la mesure où ils ne sont généralement pas connus lors de la conclusion de la convention de garantie.

<sup>367</sup> Aucune décision ne semble ainsi aborder la question de l'absence de validité de la convention de garantie en raison de la non détermination du tiers bénéficiaire.

<sup>368</sup> STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 1532, p. 530 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), n° 814, p. 429 ; LANGLES (T.), thèse préc., n° 382, p. 285 ; LARROUMET (C.), *Les Obligations, le contrat*, préc., n° 810, p. 970.

unilatérale du promettant<sup>369</sup>. Il peut ainsi notamment être convenu que le bénéficiaire sera désigné ultérieurement par le stipulant<sup>370</sup>. La désignation comme bénéficiaire des créanciers sociaux remplit dès lors la condition de déterminabilité. Dans la mesure en effet où les conventions garantissent le cessionnaire contre l'apparition de dettes trouvant leur origine antérieurement à la cession<sup>371</sup>, les tiers bénéficiaires, à savoir les créanciers, sont déterminables, au jour de la mise en œuvre de la convention, indépendamment de la volonté du promettant.

**300.** La dualité des bénéficiaires ne semble pas davantage interdire l'existence d'une stipulation pour autrui<sup>372</sup>. Certes, le mécanisme de la stipulation pour autrui ne fait en principe intervenir que trois personnes. Or il y a, lorsque les bénéficiaires de la clause sont les créanciers, deux types de bénéficiaires : les créanciers, et la société, à laquelle profite réellement la garantie puisqu'elle doit se trouver libérée de la dette acquittée par la garant<sup>373</sup>. Le mécanisme de la stipulation pour autrui paraît ainsi moins approprié pour expliquer le droit dont disposent les créanciers<sup>374</sup>. Aucun élément ne permet toutefois d'exclure l'existence d'une stipulation pour autrui lorsque le versement profite directement ou indirectement à plusieurs personnes.

**301.** On a enfin fait valoir, pour contester l'existence d'une stipulation pour autrui, l'absence d'effet novatoire attaché à ce mécanisme. Monsieur Lambert estime en effet qu'il « *n'y a d'intérêt à admettre l'opération que si corrélativement la société se trouve définitivement déchargée des dettes correspondantes grevant son patrimoine* »<sup>375</sup>. Il ajoute qu'un tel résultat ne semble envisageable « *qu'en passant par la voie d'une délégation parfaite à effet novatoire* », qui implique que les créanciers sociaux acceptent, dans l'acte, de décharger la société de leur dette pour ne plus connaître comme débiteur que le garant<sup>376</sup>. En l'absence avérée d'un tel accord, la convention n'a pas d'effet novatoire, de telle sorte que la

---

<sup>369</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 509, p. 485.

<sup>370</sup> LARROUMET (C.), *Les Obligations, le contrat, op. cit.*, n° 809, p. 969.

<sup>371</sup> Seules en effet les garanties de la situation future de la société ont pour objet des événements futurs. Le bénéficiaire de la garantie est cependant, dans ces conventions, le cessionnaire (Supra n° 292), de telle sorte que la question de la validité d'une éventuelle stipulation pour autrui ne se pose pas.

<sup>372</sup> BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 177, p. 165.

<sup>373</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 42.

<sup>374</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), *eod. loc.* ; v. également, reprenant les arguments développés par Madame Galia-Beauchesne : NOTTE (G.), art. préc., n° 13.

<sup>375</sup> LAMBERT (TH.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., n° 13, p. 51.

<sup>376</sup> *Ibid.*

stipulation pour autrui ne suffit pas à expliquer le droit au versement promis par le cédant aux créanciers sociaux<sup>377</sup>.

Une telle argumentation ne semble toutefois pas devoir convaincre. Contrairement en effet à ce que considère Monsieur Lambert, il n'est nullement nécessaire que la société se trouve déchargée par la convention des dettes couvertes par la garantie. La convention conserve un intérêt du seul fait de l'engagement souscrit par le cédant, alors même que la société ne serait pas définitivement libérée des dettes garanties : le cessionnaire est, de la sorte, assuré que la charge de la dette ne pèsera pas sur la société, puisqu'il dispose d'un droit propre à l'exécution de l'engagement<sup>378</sup> et peut donc, si un créancier demande à la société paiement de dettes garanties, contraindre le garant à honorer ses engagements. La libération de la société ne résulte ainsi pas, sauf exception, de la convention de garantie, mais du paiement opéré par le garant<sup>379</sup>. Aussi l'absence d'effet libératoire attachée à la stipulation pour autrui est-elle insuffisante pour rejeter l'application aux garanties de passif dont les bénéficiaires sont les créanciers d'une telle qualification.

**302.** Rien ne semble finalement justifier d'écarter l'application à la convention aux termes de laquelle le cédant s'engage à payer directement aux créanciers sociaux des dettes ayant leur origine antérieurement à la cession de la qualification de stipulation pour autrui, retenue tant par la Cour de cassation<sup>380</sup>, que par de nombreux auteurs<sup>381</sup>.

*d) Le bénéficiaire en l'absence de précision dans la garantie*

**303.** Il peut enfin arriver que la convention ne désigne pas explicitement le bénéficiaire de la garantie<sup>382</sup>. Les juges du fonds devront, dans ce cas, déterminer souverainement quelle a

---

<sup>377</sup> *Ibid.*

<sup>378</sup> Com., 16 juin 1970, *Bull. civ. IV*, n° 202, p. 177, Rev. soc. 1971.45, note HEMARD (J.).

<sup>379</sup> BALESTRIERO (V.), thèse préc., n° 148, p. 112. En application de l'article 1236 du Code civil, le paiement peut être effectué par un tiers non intéressé, y compris agissant en son nom propre (en ce sens v. par exemple: TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 1220, p. 1102 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), n° 1077, p. 597 ; MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n° 795, p. 565). Un tel paiement a un effet libératoire (V. par exemple Civ ; 3<sup>ème</sup>, 7 déc. 1982, *Bull. civ. III*, n° 243, qui décide que « le paiement fait par un tiers libère le débiteur à l'égard de son créancier » ; v. également MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>380</sup> Com., 7 déc. 1976, *Bull. civ. IV*, n° 311, p. 260.

<sup>381</sup> En ce sens : CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 18, p. 209 ; CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 17, p. 49 ; BALESTRIERO (V.), thèse préc., n° 149, p. 112 ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 118, p. 84, p. 31 ; TCHENDOU (M.), *op. et loc. cit.*

<sup>382</sup> LAMBERT (TH.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., n° 6, p. 48 ; NOTTE (G.), art. préc., n° 8 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 382, p. 255 ; BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 155, p. 147.

été la commune intention des parties<sup>383</sup>. L'imprécision de la convention n'interdit alors pas de considérer que les parties ont entendu désigner comme bénéficiaire la société<sup>384</sup> ou les créanciers sociaux<sup>385</sup>. Elle n'interdit pas davantage de considérer qu'elle renferme une stipulation pour autrui. L'existence d'une stipulation pour autrui, résultant de la volonté des parties de stipuler, peut en effet exister sans être formellement exprimée<sup>386</sup>. La Cour de cassation a ainsi admis qu'une stipulation pour autrui pouvait être implicite<sup>387</sup>. Aussi est-il possible de justifier le droit parfois attribué à la société ou aux créanciers sociaux d'obtenir le paiement des sommes dues au titre de la convention de garantie par l'existence d'une stipulation pour autrui tacite<sup>388</sup>.

**304.** Il apparaît ainsi finalement que les parties à la convention peuvent librement désigner comme bénéficiaire de la garantie le cessionnaire, la société, ou les créanciers sociaux. Elles peuvent de même, sans être tenues par une quelconque catégorisation, définir les événements ouvrant droit à garantie, et les montants remboursés. Le choix des différentes caractéristiques de la garantie dépendra de nombreux paramètres, au premier rang desquels le rapport de force entre cédant et cessionnaire. Le premier a intérêt à limiter sa garantie –c'est-à-dire le nombre des événements la déclenchant, ainsi que les montants dont il pourrait être débiteur-, quand le second a en principe intérêt à obtenir la garantie la plus étendue<sup>389</sup>. D'autres facteurs, nombreux, interviennent<sup>390</sup>, en particulier fiscaux<sup>391</sup>. Les parties peuvent également prendre en compte la possibilité de compenser les sommes dues au titre de la garantie avec le solde du

---

<sup>383</sup> V. par exemple Com., 7 déc. 1993, pourvoi n° 91-19.588, *Dr. soc.*, avr. 1994, comm. 74, obs. LE NABASQUE (H.) ; Com., 7 oct. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 251, p. 220, préc. ; Com., 4 oct. 1983, *Bull. Joly* 1983, § 470, p. 1120. Comp. BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 158, p. 150, qui considère qu'en l'absence de bénéficiaire désigné, « *il est normal de ne pas en faire bénéficier le cessionnaire* ».

<sup>384</sup> Com., 19 déc. 1989, *Bull. Joly* 1990, n° 44, p. 177, préc. ; Com., 7 oct. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 251, p. 220, préc. .

<sup>385</sup> Com., 29 jan. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 52, p. 44, préc.

<sup>386</sup> BALESTRIERO (V.), thèse préc., n° 2, p. 3.

<sup>387</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1989, *Bull. civ. I*, n° 243, p. 162.

<sup>388</sup> Com., 7 déc. 1993, pourvoi n° 91-19.588, *Dr. soc.*, avr. 1994, comm. 74, obs. LE NABASQUE (H.), préc. ; Com., 7 oct 1997, *Bull. civ. IV*, n° 251, p. 220, préc. ; v. également : GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 41 ; BALESTRIERO (V.), thèse préc., n° 106, p. 83 ; ROUX (J.-M.), thèse préc., n° 93, p. 135 ; DELEBECQUE (P.), obs. sous com., 7 oct. 1997, *D.* 1998, somm., p. 112. Par ailleurs Monsieur Lambert, tout en contestant que ce droit puisse être fondé sur une stipulation pour autrui, ne conteste pas qu'une telle stipulation puisse être tacite (LAMBERT (TH.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., spéc. n° 13, p. 51).

<sup>389</sup> BASDEVANT (D.) et LE BOLZER (J.-M.), art. préc., p. 27.

<sup>390</sup> Sur lesquels v. notamment MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 233s., p. 157s. ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 60s., p. 43s. ; v. également COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *op. cit.*, n° 81s., p. 42s.

<sup>391</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 43, p. 31. Ce travail ne portant pas sur les clauses de garanties en elle-même, mais sur leurs éventuels effets sur le prix des droits sociaux, nous nous bornons à évoquer très brièvement ces critères de choix, dans la mesure où ils n'ont pas d'influence sur le prix, seul important de ce point de vue le résultat, c'est-à-dire le mécanisme retenu.

prix, compensation qui est impossible lorsque le bénéficiaire n'est pas le cessionnaire<sup>392</sup>. Elles peuvent, enfin, prendre en compte les risques que font peser les différents types de clauses sur la validité de la cession de droits sociaux, et spécialement les risques résultant de l'influence que peuvent avoir les clauses sur le prix des droits sociaux<sup>393</sup>.

### **CONCLUSION DU CHAPITRE**

**305.** L'équilibre initialement défini entre les obligations réciproques des parties peut être bouleversé après le transfert de titularité des droits sociaux par des événements altérant la consistance du patrimoine de la société cible et qui trouvent leur cause antérieurement à la cession. Il peut notamment être remis en cause par l'apparition d'un passif inconnu lors de cette cession.

Les recours légaux dont dispose le cessionnaire pour maintenir le rapport entre le prix qu'il s'est engagé à payer et la valeur d'échange des droits sociaux n'ont alors qu'une efficacité limitée. Il peut certes parfois obtenir l'anéantissement de la cession ou la condamnation de son cocontractant au versement de dommages et intérêts. Cependant, dans la plupart des cas, ses demandes seront rejetées.

Aussi les parties prévoient-elles les modalités de maintien du rapport initialement fixé entre le prix et la valeur d'échange des droits sociaux. Elles conviennent, à cette fin, de mécanismes permettant la révision de l'équilibre entre prix et valeur d'échange au cas où un événement postérieur à la cession modifierait cet équilibre. L'événement consiste, le plus souvent, en une augmentation du passif ou en une diminution de l'actif postérieure à la cession, mais qui ont une origine antérieure à celle-ci. Sa survenance oblige le cédant ou, plus rarement, un tiers à la cession, à verser soit au cessionnaire, soit à la société, soit aux créanciers sociaux, des sommes dont le paiement permettra de maintenir le rapport initialement fixé entre le prix et la valeur d'échange des droits sociaux.

---

<sup>392</sup> COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *op. cit.*, n° 83., p. 42.

<sup>393</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 244s., p. 165s ; HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, n° 81, p. 54.



## CONCLUSION DU SOUS-TITRE I

**306.** La volonté des parties d'adapter le prix et la valeur d'échange des droits sociaux et, à travers celle-ci, la valeur de l'entreprise, se manifeste doublement. Elle transparait, d'une part, lors de la fixation initiale du montant du prix. En stipulant un prix symbolique, en convenant d'une clause faisant dépendre le prix des résultats de la société, ou en recourant à un tiers, les parties s'assurent que l'obligation monétaire reflètera correctement la valeur des droits sociaux. Elle transparait, d'autre part, à travers la volonté des parties de réviser le prix au cas où l'apparition d'un passif inconnu lors de la cession ou la disparition d'un élément de l'actif remettraient en cause la correspondance entre prix et valeur d'échange. Ces mécanismes, dès lors qu'ils influent sur le prix des droits sociaux, soulèvent un certain nombre de difficultés.

## SOUS-TITRE II : LES DIFFICULTES SOULEVEES PAR L'ADAPTATION DU PRIX ET DE LA VALEUR D'ECHANGE DES DROITS SOCIAUX

**307.** Les modalités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux soulèvent certaines difficultés, liées aux trois contraintes qui pèsent sur le prix<sup>1</sup>. Ces difficultés ont d'abord trait à la procédure de détermination du prix. Dans un certain nombre de cas, les modes de détermination convenus par les parties ne satisfont pas aux conditions requises pour que le prix soit considéré comme déterminé, de telle sorte que les parties se trouvent exposées à la sanction correspondante, consistant le plus souvent en la nullité du contrat (Chapitre 1). Elles ont ensuite trait au résultat du processus de fixation du prix. Son adaptation porte parfois atteinte à l'existence de la contrepartie et expose la vente à un risque de nullité pour défaut de prix sérieux (Chapitre 2). Cette adaptation peut enfin remettre en cause le caractère monétaire de la contrepartie et rendre incertaine la qualification du contrat (Chapitre 3)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Supra n° 11.

<sup>2</sup> On fait parfois valoir que la jurisprudence de la Cour de cassation soulèverait un autre type de difficulté. En « refusant » le prix négatif, c'est-à-dire en limitant au montant du prix les sommes que peut devoir le cédant au cessionnaire, la jurisprudence pourrait parfois méconnaître les besoins de la pratique (En ce sens, CHILSTEIN (D.), art. préc., n° 36s., p. 683). On a vu toutefois (supra n° 275, note n° 264), qu'il était contestable d'affirmer que la jurisprudence refusait le prix négatif. Aussi cette difficulté ne nous semble-t-elle pas devoir être évoquée. Il n'en demeure pas moins que l'interprétation des clauses d'adaptation du prix ou de la valeur des droits sociaux peut soulever des difficultés : quel doit être le bénéficiaire de la clause, le montant que s'engage à verser le garant est-il limité... ? Dans la mesure toutefois où rien ne permet de considérer que la Cour de cassation admet les distinctions préétablies entre des clauses de garantie de valeur et des clauses de révision du prix (Supra n° 275), la réponse à ces questions d'interprétation ne résulte pas de la qualification de la clause, mais de la recherche de la volonté des parties. Notre optique n'étant pas pratique, nous n'aborderons pas ces difficultés, qui constituent une question de fait, dépendant des éléments de chaque litige.



## CHAPITRE 1 : L'INDETERMINATION DU PRIX

**308.** L'article 1582 du Code civil définit, on l'a vu, la vente comme la convention par laquelle l'une des parties s'engage à livrer une chose et l'autre à la payer. Le prix constituant l'un des éléments essentiels du contrat de vente, il est nécessaire, pour la complète exécution du contrat, que son montant soit déterminé soit lors de la formation du contrat, soit, au plus tard, lors de son exécution<sup>1</sup>. Ainsi qu'on a pu l'écrire<sup>2</sup>, deux modèles sont alors envisageables. L'accord sur le montant du prix ne constitue pas, dans un premier système, une condition de formation du contrat, sa fixation relevant de l'exécution de la convention. Dans un second système, un tel accord est nécessaire à la formation du contrat de vente. Plusieurs variantes sont alors envisageables, relatives aux conditions que doit remplir l'accord pour permettre la formation du contrat de vente. Il peut ainsi être exigé que le quantum du prix soit déterminé dès la conclusion du contrat de vente ; il peut au contraire être admis qu'il ne soit que déterminable, s'il l'est objectivement ; il peut enfin être admis qu'il ne soit que déterminable et que sa détermination dépende de la volonté de l'une ou l'autre des parties.

**309.** Les rédacteurs du Code civil ont, en matière de vente, exclu le premier de ces systèmes. Il résulte en effet des termes de l'article 1583 du Code civil que le contrat de vente ne peut se former que si les parties sont convenues de son prix<sup>3</sup>.

Appliquant ce principe, la Cour de cassation rappelle constamment que la vente ne peut se former sans accord sur le prix. Elle censure ainsi les arrêts qui décident que le contrat de vente s'est formé tout en constatant l'absence d'accord sur le prix, ou en motivant insuffisamment leur décision sur l'existence d'un tel accord<sup>4</sup>. Elle approuve ceux qui, ayant souverainement constaté l'absence d'accord des parties sur le prix, refusent au contraire de faire produire effet à la vente<sup>5</sup>. Elle annule réciproquement les décisions qui, tout en

---

<sup>1</sup> On ne pourrait payer intégralement un prix dont le montant n'est pas fixé.

<sup>2</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 276, p. 263.

<sup>3</sup> Portalis exposait ainsi que l'accord, nécessaire pour opérer la vente, ne peut exister s'il ne porte sur la chose et sur le prix (Présentation au Corps législatif du projet de loi sur le contrat de vente, in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 14, 1828, n° 7, p. 132).

<sup>4</sup> V. en premier lieu Cass., 30 sept. 1839, S. 1840.1.139, D. P. 1840.1.75 ; plus récemment : Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 fév. 1965, *Bull. civ.* I, n° 123 ; Com., 7 oct. 1975, *Bull. civ.* IV, n° 226, p. 186 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 1977, *Bull. civ.* III, n° 143, p. 111.

<sup>5</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 oct. 1977, *Bull. civ.* I, n° 366, p. 290 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mars 1964, *Bull. civ.* I, n° 133 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 janv. 1973, *Bull. civ.* III, n° 21, p. 17, D. 1973.293, note GHESTIN (J.).

constatant que cet accord est intervenu, déclarent nul sans motif valable un contrat de vente<sup>6</sup>. Elle rejette enfin les moyens faisant grief aux juges du fond d'avoir décidé qu'une vente s'est formée, dès lors qu'ils ont, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation de l'intention des parties, estimé que l'accord sur la chose et sur le prix avait emporté la formation de la vente<sup>7</sup>. Elle rappelle, en particulier, que la formation des cessions de droits sociaux, soumises au droit de la vente, requiert un accord des parties sur le prix<sup>8</sup>.

**310.** L'absence de tout accord sur le prix des droits sociaux est cependant rare, ainsi que l'atteste le très faible nombre d'arrêts rendus sur ce fondement, de telle sorte que le principe de l'exigence d'un accord n'engendre guère de risque<sup>9</sup>. Les conditions que doit remplir cet accord font en revanche courir aux contrats qui comportent des clauses d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des risques de nullité pour indétermination, que le prix soit fixé par les parties (Section 1), ou que sa fixation résulte de l'intervention d'un tiers (Section 2).

### **SECTION 1 – L'INDETERMINATION DU PRIX FIXE PAR LES PARTIES**

**311.** L'exigence d'un accord sur le prix n'impose, en elle-même, que peu de règles en matière de fixation du quantum de ce prix. Elle exclut certes l'absence totale de stipulation relative au prix. Mais, littéralement, « l'accord » sur le prix pourrait être caractérisé lorsque les parties conviennent de le fixer ultérieurement, ou lorsqu'elles confient à l'une d'entre elles le soin de le fixer. Les rédacteurs du Code civil ont certes considéré qu'il ne pouvait exister d'accord sur le prix si celui-ci n'était pas certain<sup>10</sup>. Aussi l'article 1591 du Code civil, assimilant prix certain et prix déterminé, dispose-t-il : « *Le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties* ». Cet article n'est toutefois guère plus contraignant. Aucune disposition ne limite en effet les éléments pouvant intervenir dans la fixation du prix<sup>11</sup>. Ainsi

---

<sup>6</sup> V. par exemple Civ. 3<sup>ème</sup>, 7 oct. 1998, *Bull. civ.* III, n° 202, p. 134 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 1981, *Bull. civ.* I, n° 211 ; Com., 19 juin 1978, *Bull. civ.* IV, n° 165, p. 141 ; Civ. 3<sup>ème</sup> 6 mars 1996, *Bull. civ.* III, n° 66, p. 44 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 juin 1999, *Bull. civ.* III, n° 129, p. 88 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 14 janvier 1975, *Bull. civ.* III, n° 11, p. 9.

<sup>7</sup> Com., 14 déc. 1970, *Bull. civ.* IV, n° 340, p. 301.

<sup>8</sup> V. par exemple Com., 19 mai 1987, *Bull. Joly* 1987, § 209, p. 491 ; Com., 13 oct. 1992, *Bull. Joly* 1992, § 419, p. 1299.

<sup>9</sup> La faiblesse du contentieux peut s'expliquer par le fait que les parties prévoient fréquemment des mécanismes d'adaptation du prix, ce qui exclut l'absence totale d'accord.

<sup>10</sup> Portalis remarquait ainsi : « *mais comment cet accord pourrait-il exister, s'il n'était intervenu sur une chose déterminée et sur un prix certain ?* » (Présentation au Corps législatif du projet de loi sur le contrat de vente, in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 14, 1828, n° 7, p. 146) et Grenier exposait que « *l'incertitude sur le prix ferait naître une incertitude sur le consentement même* » (Discussion devant le Corps Législatif, in FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 185).

<sup>11</sup> En ce sens JOUARY (P.), thèse préc., n° 113s., p. 107s.

que l'écrit Monsieur Ghestin, l'article 1591 du Code civil, « *dans une lecture purement littérale, pourrait s'accommoder d'un prix dont la détermination serait abandonnée contractuellement à l'une des parties* »<sup>12</sup>.

L'interprétation que la jurisprudence a faite de ces règles limite cependant les possibilités dont disposent les parties à la cession de droits sociaux de faire correspondre la quantité de monnaie que l'acheteur s'engage à payer au rapport d'échange entre le bien et la monnaie tel que défini par les parties. Elle leur interdit de résoudre les difficultés d'adaptation du prix et de la valeur du bien en reportant la détermination du prix à une date à laquelle elles seraient en mesure de déterminer ce rapport d'échange. Seul un accord complet sur le prix permet en effet la formation du contrat de vente (§ 1). De nombreuses cessions encourent en conséquence un risque de nullité pour indétermination du prix (§ 2).

### **§ 1 – L'exigence d'un accord complet sur le prix**

**312.** Tout report de la fixation définitive du prix n'est pas interdit. Les parties peuvent en effet convenir uniquement des modalités de sa détermination (A). Mais cette liberté trouve ses limites dans l'exigence d'un prix déterminable objectivement (B).

#### **A – La liberté d'un accord sur les seules modalités de détermination du prix**

**313.** Les rédacteurs du Code, tout en considérant que le prix de vente devait être certain, n'ont pas défini les conditions auxquelles l'accord sur le prix pouvait être considéré comme suffisant pour permettre la formation du contrat de vente. Doctrine et jurisprudence ont cependant admis dès les premières années suivant l'entrée en vigueur du Code civil que le prix pouvait n'être que déterminable, en dehors même des cas où sa fixation est confiée à un tiers.

Le Tribunal de cassation a ainsi jugé dès l'an X qu'il n'était pas nécessaire pour la validité du contrat de vente que le prix soit déterminé pourvu qu'il soit déterminable d'après le contrat, dans un arrêt qui, quoiqu'il ait été rendu non sur le fondement de l'article 1591 du Code civil mais sur celui de la coutume de Valenciennes, constitue le premier élément de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de prix de vente<sup>13</sup>. Un arrêt de la Cour de

---

<sup>12</sup> GHESTIN (J.), Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix, *D.* 1993, chr. 251, spéc. n° 4, p. 252 ; V. aussi GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 711, p. 694.

<sup>13</sup> Cass., 22 vend. an 10, S. 1.1.540, Rép. Vente, n° 369, note 1 ; cité aussi *in* Table générale alphabétique et chronologique du recueil général des lois et des arrêts, 1853, V° Vente, n° 247.

cassation du 30 avril 1822<sup>14</sup> admet en outre que la vente de créances sur l'état moyennant « *bon prix et satisfaction* » est valable, ce qui implique, implicitement mais nécessairement, que le prix n'a pas à être fixé de manière certaine dès la conclusion du contrat<sup>15</sup>.

La généralisation de cette solution et son application au régime résultant du nouvel article 1591 du Code civil ont cependant incombé, dans le silence des textes comme des travaux préparatoires<sup>16</sup>, à la doctrine. Si les auteurs contemporains de l'entrée en vigueur du Code civil ne l'ont guère envisagée<sup>17</sup>, Delvincourt précise en revanche qu'il « *faut au moins que la convention contienne des bases d'après lesquelles il [le prix] puisse être déterminé* »<sup>18</sup>, et Duranton que « *le prix n'est pas moins certain dès le principe, quoique son montant ne soit pas connu des parties au moment même du contrat* », puis que « *il suffit qu'il puisse devenir certain par relation à une circonstance certaine* »<sup>19</sup>. Il écrit encore qu'il n'y a pas de vente si le prix n'est pas « *déterminé ou déterminable* », employant le premier cette formule qui implique que le prix puisse n'être que déterminable<sup>20</sup>.

L'admission d'un prix qui ne serait que déterminable s'est ensuite répandue dans la seconde moitié du 19<sup>ème</sup> siècle. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 juillet 1848 a ainsi admis la validité d'une vente dont le prix n'avait pas été déterminé dès la conclusion du contrat, mais sur lequel il n'y avait pas d'incertitude dans la mesure où il pouvait être déterminé par un

---

<sup>14</sup> Cass., 30 avr. 1822, S. 7.1.62.

<sup>15</sup> Quoique l'arrêt n'énonce pas cette solution, se contentant de décider de la validité de cette vente sans mentionner spécifiquement la question de la détermination du prix, le débat portait sur ce point, ainsi que l'atteste les observations sous l'arrêt. Le caractère déterminable d'un tel prix serait, en l'état du droit positif, contestable. L'arrêt n'en est pas moins significatif en ce qu'il admet le principe d'un prix déterminable.

<sup>16</sup> Les rédacteurs du Code civil ne la mentionnent pas dans leurs présentations des dispositions relatives à la détermination du prix. V. ainsi la Présentation au Corps législatif du projet de loi sur le contrat de vente de Portalis (LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 14, 1828, n° 7, p. 146), la Communication au Tribunal de Faure (FENET, *op. cit.*, t. 14, p. 158), et la Discussion devant le Corps Législatif de Grenier (FENET, *op. cit.*, t. 14, p. 185).

<sup>17</sup> V. notamment l'absence de traitement de la déterminabilité dans les développements relatifs à la détermination du prix chez DUFOUR (J.-M.), *Code civil des français avec les sources et où toutes ses dispositions ont été puisées*, t. 3, Paris, 1806, p. 141 qui se contente de citer le Digeste et Pothier ; DELAPORTE (J.-B.), *Pandectes françaises ou Commentaires raisonnés sur le Code civil*, t. 6, Paris, 2<sup>nde</sup> éd., 1819, p. 20 ; MALEVILLE (J. DE), MALEVILLE (J. DE), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. 3, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1822, p. 307.

<sup>18</sup> DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t. 3, Paris, 1819, note n° 5, p. 354.

<sup>19</sup> DURANTON (A.), *op. cit.*, t 16, précité, n° 105, p. 139.

<sup>20</sup> DURANTON (A.), *op. cit.*, t 16, n° 97, p. 130. Duvergier consacre d'intéressants développements à cette question, exposant, notamment, que la notion de prix « désigné » par les parties recoupe en fait sa déterminabilité (DUVERGIER (J.-B.), *op. cit.*, t. 16, n° 150, p. 179). Il écrit ainsi : « *La détermination et la désignation du prix sont deux opérations distinctes : l'une est l'acte de la volonté qui fixe le prix, l'autre est l'expression de cette volonté. Le législateur n'a ainsi analysé le consentement des parties contractantes, que parce qu'il voulait, dans l'article 1592, dire par exception que la détermination pourrait être l'œuvre d'un tiers. Autrement, selon toute vraisemblance, il eût exprimé par un seul mot, deux actes qui se confondent dans la pratique* ».

simple calcul arithmétique<sup>21</sup>. Et la doctrine a de même considéré qu'était suffisamment certain le prix qui n'était que déterminable. Troplong<sup>22</sup>, Aubry et Rau<sup>23</sup>, fournissent ainsi plusieurs exemples d'un prix dont le montant n'était pas fixé dès la conclusion du contrat mais dont ils estiment qu'il est certain, sans toutefois énoncer de manière générale le principe en vertu duquel le prix peut n'être que déterminable. Laurent précise que le prix doit être certain et désigné par les parties, mais que « *cela ne veut pas dire que le contrat doit fixer le prix* », si la convention le fait « *connaître avec certitude* »<sup>24</sup>. Guillouard, affinant encore ce principe, expose que « *le prix peut être encore désigné par sa relation avec tel ou tel fait, comme si l'on vend un immeuble au prix moyennant lequel il a été acheté (..) ou bien encore, s'il s'agit de denrées ou d'objets ayant un cours déterminé, au prix du cours de tel jour* »<sup>25</sup> et Baudry-Lacantinerie et Saignat, reprenant la formule de Duranton, que le prix doit être déterminé ou déterminable<sup>26</sup>.

Ce n'est toutefois que par un arrêt du 7 janvier 1925<sup>27</sup> que la Cour de cassation juge :

*« Si le prix de vente doit être déterminé, et être désigné par les parties, il n'est pas nécessaire que le montant en soit fixé, dans le principe, d'une manière absolue. »*

Cet arrêt dégage donc le principe, constamment repris ensuite par la jurisprudence<sup>28</sup> et la doctrine<sup>29</sup>, en vertu duquel il n'est pas nécessaire, pour la formation du contrat de vente, que le montant du prix soit définitivement fixé dès la conclusion du contrat, pourvu qu'il soit déterminable.

**314.** La liberté dont disposent les parties de reporter la fixation définitive du prix apparaît cependant limitée.

<sup>21</sup> Cass., 4 juil. 1848, *D.P.* 1848.5.364.

<sup>22</sup> TROPLONG (R.-T.), *De la vente*, t. 1, C. Hingray, 1856, 5<sup>ème</sup> éd., n° 152, p. 202.

<sup>23</sup> AUBRY (C.) et RAU (G.), *op. cit.*, n° 349, p. 338.

<sup>24</sup> LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. 24, Bruylant-Christophe, 2<sup>ème</sup> éd., 1877, n° 71, p. 79.

<sup>25</sup> GUILLOUARD (L.), *Traité de la vente et de l'échange*, t. 1, Durand et Pédone-Lauriel, 1889, n° 109, p. 126. V. aussi HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique de Code civil*, t. 10, Pichon, 1897, n° 36, p. 58.

<sup>26</sup> BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET SAIGNAT (L.), *op. cit.*, n° 132, p. 112. V. aussi COLIN (A.) ET CAPITANT (H.), *op. cit.*, 1<sup>ère</sup> éd., p. 435 ; V. en revanche PLANIOL qui, dans la deuxième édition de son *Traité élémentaire de Droit civil*, n'évoque pas le prix déterminable (PLANIOL (M.), *op. cit.*, 2<sup>ème</sup> éd., t. 2, n° 1375s., p. 432).

<sup>27</sup> Req., 7 janvier 1925, *D. H.* 1925.57.

<sup>28</sup> V. notamment pour les arrêts reprenant explicitement cette formule : Req., 14 fév. 1927, *S.* 1927.1.175, *D.* 1928.1.80 ; Req., 22 décembre 1936, *S.* 1937.1.101 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 1954, *Bull. civ.* IV, n° 151, p. 128 ; Com. 11 fév. 1957, *Bull. civ.* III, n° 49, p. 42 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 juin 1969, *Bull. civ.* III, n° 464 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 jan. 1972, *Bull. civ.* III, 4, p. 3 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 fév. 1974, *Bull. civ.* I, n° 62, p. 52.

<sup>29</sup> Cf. les références citées supra n° 172, note n° 24.



## **B – La contrainte d'un prix déterminable objectivement**

**315.** Si les parties peuvent convenir d'un mode de fixation du prix, tout accord de ce type ne permet pas la formation du contrat de vente. Le prix doit en effet être déterminable objectivement (1), à peine de nullité de la vente (2)

### 1 – L'exigence d'un prix déterminable objectivement

**316.** Le prix doit d'une part, pour être déterminé au sens de l'article 1591 du Code civil, être déterminable en vertu des seules clauses du contrat (a). Sa fixation doit, d'autre part, résulter d'éléments ne dépendant pas de la volonté de l'une ou l'autre des parties (b).

#### *a) L'exigence d'un prix déterminable en vertu des seules clauses du contrat*

**317.** L'arrêt précité du 7 janvier 1925<sup>30</sup>, tout en admettant qu'il n'est pas nécessaire que le montant du prix soit fixé dans le principe, d'une manière absolue, a posé le principe selon lequel le prix doit pouvoir être déterminé « *en vertu des clauses du contrat* ». La Cour de cassation a ensuite eu l'occasion de préciser que l'article 1591 du Code civil devait s'entendre « *en ce sens qu'il exige seulement que le prix puisse être déterminé par les clauses mêmes du contrat en dehors de toute expression nouvelle de la volonté des parties* »<sup>31</sup>, ou encore que le prix devait être déterminable « *d'après les éléments inclus dans le contrat* »<sup>32</sup>.

**318.** Ont ainsi par exemple été considérées comme nulles faute d'accord sur le prix la promesse de vente d'un fonds de commerce moyennant un « *prix à débattre* » sans qu'il puisse excéder une somme déterminée<sup>33</sup>, les ventes d'un bien moyennant un prix qui devait être indexé ou révisé sans que soient précisées les modalités de cette modification<sup>34</sup>, ou encore la vente d'un produit industriel dont « *les conditions de cession seront mises au point*

---

<sup>30</sup>Req., 7 janvier 1925, *D. H.* 1925.57

<sup>31</sup>Req., 11 mars 1935, *D.* 1936.1.48, *S.* 1935.1.133.

<sup>32</sup>Req., 23 mars 1937, *D. H.* 1937.298 ; V. pour des formulations proches Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 1954, *Bull. civ.* IV, n° 151, p. 128 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1964, *Bull. civ.* I, n° 318 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 juin 1969, *Bull. civ.* III, n° 464 ; V. encore : Com., 10 déc. 1991, 90-15.451 ; Com., 16 janv. 2001, pourvoi n° 98-15.663.

<sup>33</sup>Com., 28 fév. 1962, *Bull. civ.* III, n° 136.

<sup>34</sup>V. Com., 12 nov. 1957, *Bull. civ.* III, n° 303, p. 260, pour la vente d'un fonds de commerce aux termes d'un contrat ne précisant pas la valeur ou la marchandise dont le cours devait servir de base pour l'indexation ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 oct. 1965, *Bull. civ.* I, n° 517, pour la vente d'un immeuble moyennant un prix révisable en cas de dévaluation de 10% du coût de la vie ; V. également Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 oct. 1989, *Bull. civ.* III, n° 184, p. 100, pour la nullité d'un contrat ne prévoyant pas les modalités d'actualisation du prix de terrains.

*d'un commun accord* »<sup>35</sup>. La Cour de cassation a encore eu l'occasion de décider qu'étaient nuls faute de prix les contrats dont la rédaction défectueuse rendait le prix incertain<sup>36</sup>.

**319.** La Cour de cassation établit clairement, dans certains de ces arrêts, le lien entre le caractère indéterminable du prix et la nécessité d'un nouvel accord pour permettre sa fixation définitive. Elle relève par exemple, pour approuver un arrêt ayant jugé qu'un prix n'était pas déterminé, que les parties ne se trouvaient pas dans le cas où un accord sur le prix avait été réalisé, mais dans la nécessité d'en débattre<sup>37</sup> ou, pour censurer l'arrêt ayant retenu que le prix était déterminé, que l'un des documents contractuels révélait l'absence d'accord des parties sur le prix<sup>38</sup>.

Il n'y a ainsi accord sur le prix au sens de l'article 1583 du Code civil que s'il y a accord sur un prix déterminable sans intervention ultérieure de la volonté des parties<sup>39</sup>. Se trouve notamment exclue la possibilité pour les parties de convenir valablement que tout ou partie du prix fera l'objet d'un accord ultérieur<sup>40</sup>. La Cour de cassation semble considérer que la nécessité d'un tel accord sur le prix manifesterait la volonté des parties de ne pas s'engager sur son quantum<sup>41</sup>. La nullité pour indétermination du prix tend ainsi, d'abord, à protéger la réalité du consentement des parties<sup>42</sup>, consentement qui occupe dès lors une place prépondérante dans la détermination du prix<sup>43</sup>. Certains arrêts assimilent d'ailleurs totalement existence d'un accord et détermination, en décidant que le caractère déterminable était apprécié souverainement par les juges du fond<sup>44</sup>.

**320.** L'accord permettant la formation du contrat de vente doit encore ne pas octroyer à l'une d'elle un pouvoir arbitraire sur son montant.

<sup>35</sup> Com., 10 mars 1987, *Bull. civ.* IV, n° 71, p. 53.

<sup>36</sup> Civ., 28 mai 1952, *Bull. civ.* I, n° 183, p. 150, qui fait état des mentions contradictoires de divers écrits ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 1963, *Bull. civ.* I, n° 62.

<sup>37</sup> Com., 28 fév. 1962, *Bull. civ.* III, n° 136 ; V. également Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 oct. 1989, *Bull. civ.* III, n° 184, p. 100.

<sup>38</sup> Com., 10 mars 1987, *Bull. civ.* IV, n° 71, p. 53.

<sup>39</sup> GHESTIN (J.), L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, art. préc., n° 7s., p. 294.

<sup>40</sup> ENGELHARD-GROSJEAN (M.-L.), La détermination de l'objet dans les contrats, *Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand*, t. XIII, 1976, p. 439s. ; spéc. n° 17, p. 456.

<sup>41</sup> THIOYE (M.), thèse préc., n° 215, p. 98.

<sup>42</sup> GHESTIN (J.), L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, art. préc., spéc. n° 6, p. 294.

<sup>43</sup> ENGELHARD-GROSJEAN (M.-L.), art. préc., n° 13, p. 453.

<sup>44</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1964, *Bull. civ.* I, n° 318.

b) *La prohibition d'un mode de fixation du prix dépendant de l'une ou l'autre des parties*

**321.** Reprenant la solution proposée par le Digeste et par l'Ancien droit<sup>45</sup>, la doctrine a, dès le début du XIX<sup>ème</sup> siècle, exclu toute influence des parties sur le prix postérieurement à la conclusion du contrat<sup>46</sup>, en considérant qu'une telle influence empêchait qu'un accord des parties se forme sur le prix. Duvergier justifia ainsi l'interdiction d'un prix dépendant de l'une des parties par le fait que la formation d'un contrat synallagmatique suppose nécessairement le concours de deux volontés<sup>47</sup>. Laurent ajouta que le prix ainsi fixé résultait non d'un concours de volonté mais de la volonté d'une seule des parties, et qu'il n'y avait ainsi pas de consentement sur le prix<sup>48</sup>, et Huc qu'il n'y a pas de vente quand la fixation du prix est au pouvoir du vendeur seul ou de l'acheteur seul, « *car dans ce cas, il n'y a pas encore consentement ni lien de droit* »<sup>49</sup>.

**322.** Cette idée fut ensuite reprise par la jurisprudence.

Le premier arrêt publié relatif à cette question semble être un arrêt de la Cour d'appel de Pau, du 9 juillet 1888, qui annule une vente au motif que le prix était laissé à l'arbitraire de l'une des parties<sup>50</sup>.

Ce n'est que dans son arrêt du 7 janvier 1925<sup>51</sup> que la Cour de cassation a posé, de manière générale, le principe suivant lequel le prix devait être déterminable « *par voie de relation avec les éléments qui ne dépendent plus de la volonté, ni de l'une, ni de l'autre des parties* ». Elle a ensuite décidé qu'était nul le contrat de vente dont le prix dépendait de la « *seule volonté de*

---

<sup>45</sup> Le Digeste exigeait que le prix soit *certum* (Dig. 18, 1, fr. 7, 1). Le droit romain, tout en admettant que le prix ne soit pas fixé dès la conclusion du contrat de vente (MONIER (R.), *Manuel de droit romain, Les obligations*, 5<sup>ème</sup> éd., 1954, n° 110, p. 139 ; GIRARD (P. F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, 8<sup>ème</sup> éd., 1929, par F. Senn, p. 573 ; MAY (G.), *Eléments de droit romain*, Sirey, 15<sup>ème</sup> éd., 1923, n° 147, p. 341 ; POTTIER (M.-V.-A.), *De la vente en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1852, p. 9), considérait toutefois qu'il ne devait pas dépendre de la volonté de l'une des parties (MONIER (R.), *op. et loc. cit.* ; GIRARD (P. F.), *op. et loc. cit.*). Les auteurs des 17<sup>ème</sup> et 18<sup>ème</sup> siècles reprisent cette exigence (V. notamment DESPEISSES (A.), in *Œuvres de Monsieur Antoine Despeisses*, par G. DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, t. 1, Bruyset, 1750, n° 6, p. 21 ; POTHIER (R.-J.), *op. cit.*, t.3, *Traité du contrat de vente et des retraits*, n° 23, p. 16 ; V. également ROUSSEAU DE LA COMBE (G. DU), *Recueil de jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier*, Paris, 4<sup>ème</sup> éd., 1769, p. 802)

<sup>46</sup> DURANTON (A.), *op. cit.*, t. 16, n° 105, p. 139 ; DUVERGIER (J.-B.), *op. cit.*, t. 16, n° 154, p. 187 ; LAURENT (F.), *op. cit.*, t. 24, n° 73, p. 81 ; HUC (T.), *op. cit.*, t. 10, n° 36, p. 58.

<sup>47</sup> DUVERGIER (J.-B.), *op. cit.*, t. 16, n° 154, p. 187.

<sup>48</sup> LAURENT (F.), *op. cit.*, t. 24, n° 73, p. 81.

<sup>49</sup> HUC (T.), *op. cit.*, t. 10, n° 36, p. 58.

<sup>50</sup> Pau, 9 juil. 1888, D. 1889.2.62. Il revêt une certaine importance, quoique n'émanant pas de la Cour de cassation, dans la mesure où il a ensuite été cité dans différents ouvrages, et notamment dans celui de Baudry-Lacantinerie et Saignat (BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET SAIGNAT (L.), *op. cit.*, n° 132, p. 112) à l'appui du principe en vertu duquel la fixation du prix ne doit pas dépendre de la volonté de l'une des parties.

<sup>51</sup> Req., 7 janvier 1925, D. H. 1925.57, préc.

*l'une des parties* »<sup>52</sup>, de la volonté « *arbitraire* » de l'une des parties<sup>53</sup>, ou que l'une des parties pouvait fixer unilatéralement<sup>54</sup>. Est de même nulle la vente dans laquelle le vendeur garde la liberté de fixer « *à son gré* » le prix<sup>55</sup>, ou dans laquelle le « *caractère exorbitant et léonin* » de la clause relative à la fixation du prix met l'acheteur « *à la discrétion* » du vendeur<sup>56</sup>. A ainsi par exemple été jugé indéterminable le prix de marchandises que le vendeur devait fixer dans la limite d'un plafond légal<sup>57</sup>, celui que le fournisseur devait déterminer en fonction « *des meilleures cotations possibles* » sans indiquer un prix de marché, viser une place ou une mercuriale déterminée<sup>58</sup>, ou le prix d'un terrain indiqué à titre « *prévisionnel* » dans la promesse de vente et révisé ensuite unilatéralement par le vendeur<sup>59</sup>.

**323.** Toute influence de la volonté des parties n'est pas pour autant prohibée<sup>60</sup>.

La Cour de cassation a ainsi admis, dans un arrêt du 5 mai 1905<sup>61</sup>, qu'était suffisamment déterminé le prix d'un brevet dépendant de la quantité de produit fabriquée et vendue par le cessionnaire à partir de ce brevet<sup>62</sup>. Elle rejeta dans cette espèce le moyen qui soutenait que ce prix était laissé à la discrétion de l'acheteur. Les juges du fond étaient fondés à considérer que la vente n'était pas viciée par une condition purement potestative dans la mesure où la redevance mensuelle ne dépendait que de « *l'aléa commercial prévu et accepté dans un intérêt commun par les parties* ». Elle a de même plus récemment admis la validité de la vente d'un cabinet d'expertise automobile dont le prix consistait soit en une redevance minimale d'un montant déterminé dans le cas d'un paiement comptant, soit en 96 mensualités

<sup>52</sup> Com., 11 fév. 1957, *Bull. civ.* III, n° 49, p. 42.

<sup>53</sup> Com., 5 mai 1959, *Bull. civ.* III, n° 193, p. 174. Il s'agissait en l'espèce du prix de droits sociaux. Mais cet arrêt énonce une solution de principe et mérite, à ce titre, d'être cité ici.

<sup>54</sup> Com., 10 déc. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 329.

<sup>55</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 1973, *Bull. civ.* I, n° 96, p. 89.

<sup>56</sup> Com., 23 oct. 1962, *Bull. civ.* III, n° 420, p. 344.

<sup>57</sup> Com., 11 fév. 1957, *Bull. civ.* III, n° 49, p. 42 et Com., 23 oct. 1962, *Bull. civ.* IV, n° 49, p. 42. Dans cette espèce, le vendeur s'était engagé à vendre chaque année pendant dix ans 8 000 kilogrammes de tissus et cotonnades au prix qu'il fixerait « *dans la limite des dispositions légales* ». Quoique cette convention ait prévu des ventes échelonnées, elle ne semble pouvoir être considérée comme un contrat prévoyant « la conclusion de contrats ultérieurs », qui échapperait dès lors désormais à l'obligation de détermination du prix (infra n° 701), dans la mesure où elle prévoyait dès sa conclusion les quantités vendues.

<sup>58</sup> Com., 12 déc. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 329

<sup>59</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 1977, *Bull. civ.* III, n° 144, p. 111.

<sup>60</sup> GHESTIN (J.), *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, art. préc., spéc. n° 2, p. 293 ; VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, préf. J. Mestre, PUAM, 1999, n° 473, p. 285.

<sup>61</sup> Plusieurs arrêts avaient, auparavant, envisagé la validité d'un contrat de vente dont le paiement du prix dépendait de la volonté arbitraire de l'une des parties (Civ., 31 déc. 1834, *D. P.* 1835.1.52 ; S. 35.1.525 ; Cass., 9 nov. 1846, *D. P.* 1847.1.34, S. 1846.1.853 ; V. aussi Req., 12 juil. 1892, S. 1894.1.333), mais aucun n'avait statué sur la question de la validité d'une vente dont la fixation du prix dépendait d'une des parties.

<sup>62</sup> Req., 5 mai 1905, *D. P.* 1906.1.360, S. 1907.1.220, RTD civ. 1906.965, n° 22 note DEMOGUE (R.)

égales à 10% du chiffre d'affaires et dont le montant total ne pouvait être inférieur à un certain seuil<sup>63</sup>.

Le prix dépendait au moins partiellement, dans ces espèces, de la volonté de l'acheteur qui pouvait faire varier la quantité de produit vendu ou le chiffre d'affaires du cabinet d'expertise. La part d'arbitraire était cependant limitée, dans la mesure où le cessionnaire n'avait, dans aucun des cas, intérêt à la diminution de la variable dont dépendait le prix. Une diminution de la quantité de marchandise fabriquée et vendue à partir du brevet portait préjudice à l'acquéreur de ce brevet<sup>64</sup>, de même qu'une baisse du chiffre d'affaires du cabinet d'expertise portait atteinte aux intérêts de son acquéreur<sup>65</sup>. Le pouvoir dont disposait l'acquéreur ne lui permettait pas, concrètement, de faire varier le prix de façon arbitraire<sup>66</sup>. Le prix dépendait donc en définitive essentiellement du marché, c'est-à-dire « *de l'aléa commercial prévu et accepté dans un intérêt commun par les parties* »<sup>67</sup>, ou « *de l'aléa de l'activité du cabinet prévu et accepté par les parties dans l'intérêt* » de l'acheteur, demandeur à la nullité pour indétermination<sup>68</sup>. Il était, de la sorte, soustrait au pouvoir arbitraire de celle des parties qui pouvait faire varier l'élément dont son montant dépendait<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 1988, *Bull. civ.* I, n° 212, p. 148, *D.* 1989.121, note MALAURIE (P.), *RTD civ.* 1989.343, note REMY (P.).

<sup>64</sup> Il en était d'autant plus ainsi que le cessionnaire avait l'obligation de fabriquer le produit en quantité suffisante pour répondre aux besoins du commerce (DEMOGUE (R.), note précitée sous Req., 5 mai 1905).

<sup>65</sup> VALORY (S.), thèse préc., n° 481, p. 290.

<sup>66</sup> REMY (P.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 1988, *RTD civ.* 1989.343.

<sup>67</sup> Req., 5 mai 1905, préc..

<sup>68</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 1988, préc..

<sup>69</sup> V. encore Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juil. 1999, pourvoi n° 97-16.939, qui décide qu'est déterminable le prix dépendant du chiffre d'affaires réalisé avec une clientèle cédée. La Cour de cassation semble par ailleurs s'être dans un arrêt fondée, pour admettre le caractère déterminable du prix, sur le fait qu'il apparaissait, *a posteriori*, que le cessionnaire n'avait pas abusivement profité du pouvoir dont il disposait (Com., 4 nov. 1952, *Bull. civ.* II, n° 337, p. 261, *RTD civ.* 1953.341, obs. CARBONNIER (J.)). Dans cette affaire, un fond de commerce de prothèse dentaire avait été cédé moyennant un prix représentant le prix de douze appareils de prothèse au moment de la réalisation de la promesse. Comme dans les espèces précédentes, les cessionnaires, gérants du fonds au moment de la réalisation de la promesse, n'avaient pas intérêt à pratiquer des tarifs trop faibles, qui auraient réduit le prix du fonds, mais également leur chiffre d'affaires (CARBONNIER (J.), obs. sous Com., 4 nov. 1952, *RTD civ.* 1953.341.). L'influence qu'ils pouvaient exercer sur le prix était donc de ce fait limitée. Mais la Cour de cassation ne semble pas s'être basée sur cette considération pour rejeter le pourvoi. Elle relève en effet que la cour d'appel avaient souverainement constaté que les cessionnaires avaient pratiqué des tarifs inférieurs aux tarifs normaux et que la situation économique dans la prothèse ne permettait pas l'application du tarif maximum. La solution adoptée semble ainsi davantage résulter du fait que les cessionnaires n'avaient pas effectivement profité du pouvoir dont ils disposaient pour réduire le prix, que du fait qu'ils n'avaient pas intérêt à faire baisser ce prix (V. en ce sens GHESTIN (J.), *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, art. préc., n° 29, qui déduit de cet arrêt que le prix n'est pas indéterminable lorsqu'un contrôle judiciaire est possible). Dans la mesure toutefois où l'arrêt pouvait également s'expliquer par les limites imposées au pouvoir des gérants, qui n'avaient pas intérêt à faire baisser le chiffre d'affaires, et où aucun autre arrêt de la Cour de cassation ne semble, depuis, s'être basé sur un contrôle effectif de l'abus pour juger de la déterminabilité du prix d'une vente isolée, il ne nous semble plus possible aujourd'hui d'en déduire, de manière générale, que le prix est déterminable lorsque l'influence de l'une des parties est susceptible d'un contrôle objectif.

**324.** La définition du critère de distinction entre les clauses soumettant le prix à une influence acceptable de l'une des parties et celles entraînant son indétermination apparaît difficile. Les juges du fond disposent en effet, en la matière d'un pouvoir important, de telle sorte que cette notion est largement contingente. Un arrêt a ainsi jugé que les juges du fond avaient estimé souverainement que le prix pouvait être déterminé en vertu des clauses mêmes du contrat, par voie de relation avec des éléments ne dépendant pas de la volonté des parties<sup>70</sup>. Plus fréquemment, la Cour de cassation décide que les juges du fond apprécient souverainement l'étendue du pouvoir dont disposent les parties sur le prix. C'est ainsi par exemple souverainement que la cour d'appel relève que les cessionnaires du fond de commerce de prothèse dentaires avaient pratiqué des prix normaux et que la situation économique sur le marché de la prothèse dentaire ne permettait pas l'application du tarif maximum. Elle a pu en déduire que le prix variant en fonction de ce tarif ne dépendait pas de la volonté de l'une ou de l'autre des parties<sup>71</sup>. Les juges du fond relèvent encore souverainement que le vendeur se « *réserve la liberté de fixer le prix à son gré* »<sup>72</sup>, ou que « *le prix ne dépendait que de l'aléa de l'activité du cabinet* »<sup>73</sup>. Le degré d'influence à partir duquel le prix cesserait d'être déterminable apparaît ainsi parfois difficile à appréhender<sup>74</sup>.

**325.** La notion de prix déterminable demeure toutefois contrôlée par la Cour de cassation<sup>75</sup>. Les arrêts précités<sup>76</sup> jugeant que la cour d'appel « *a pu* », ou que les juges du fond « *ont pu* », sur la base des constatations souveraines auxquelles ils ont procédé, considérer que le prix était déterminable, ou encore qu'ils ont « *justement déduit* » de ces constatations que la convention ne contrevenait pas aux dispositions de l'article 1591 du Code civil<sup>77</sup>, révèlent le contrôle qu'exerce la Cour de cassation en la matière<sup>78</sup>. La Cour de cassation censure par

<sup>70</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1964, *Bull. civ. I*, n° 318 ; v. également, mais dans le cadre d'une cession de droits sociaux : Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 2001, pourvoi n° 99-14.105.

<sup>71</sup> Com., 4 nov. 1952, *Bull. civ. II*, n° 337, p. 261, préc..

<sup>72</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 1973, *Bull. civ. I*, n° 96, p. 89.

<sup>73</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 212, p. 148, *D.* 1989.121, note MALAURIE (P.), *RTD civ.* 1989.343, note REMY (P.), préc. ; v. encore Com., 23 oct. 1962, *Bull. civ. III*, n° 420 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1974, *Bull. civ. I*, n° 301, p. 258 ; Com., 1<sup>er</sup> mars 1982, *Bull. Joly* 1982, § 152, p. 386.

<sup>74</sup> WERTENSCHLAG (B.), art. préc., n° 25, p. 505 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 361, p. 280.

<sup>75</sup> En ce sens : MALAURIE (P.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 1988, *D.* 1989.121 ; REMY (P.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 1988, *RTD civ.* 1989.343.

<sup>76</sup> Com., 4 nov. 1952, *Bull. civ. II*, n° 337, p. 261 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 1973, *Bull. civ. I*, n° 96, p. 89.

<sup>77</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 212, p. 148, *D.* 1989.121, note MALAURIE (P.), *RTD civ.* 1989.343, note REMY (P.), préc.

<sup>78</sup> En ce sens BORE (J.) ET BORE (L.), *op. cit.*, n° 65.161, p. 293 ; BETOULLE (J.), La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation, Mythe ou réalité, *JCP* 2002.I.171, spéc. n° 6s., p. 1790s. ; V. encore Com., 10 déc. 1979, *Bull. civ. IV*, n° 329 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 nov. 1983, *Bull. civ. I*, n° 262 ;

ailleurs les arrêts ne justifiant pas leur décision<sup>79</sup>, ou jugeant, à tort selon elle, que le prix était, ou n'était pas, déterminé<sup>80</sup>.

La définition du degré à partir duquel l'influence de l'une des parties est admissible est alors possible. Il apparaît que la convention est en principe nulle dès lors que l'une des parties peut influencer sur le montant du prix après la conclusion du contrat<sup>81</sup>. La nullité n'est cependant pas encourue lorsque l'action que peut exercer l'une des parties sur le prix préjudicie par ailleurs à ses intérêts, par exemple parce qu'elle implique de faire baisser les recettes que dégage l'objet de la vente<sup>82</sup>. Plus que l'absence d'accord sur le prix<sup>83</sup>, la Cour de cassation, en imposant que le prix ne dépende pas de la volonté de l'une ou de l'autre des parties, sanctionne ainsi le risque d'abus qui existe dès lors que l'une des parties peut fixer le prix unilatéralement<sup>84</sup>. La nullité pour indétermination du prix constitue, dans ce cas, un moyen de prévenir le déséquilibre contractuel qui pourrait résulter d'un tel abus, et donc de garantir une certaine équivalence entre les prestations<sup>85</sup>. Dès lors en effet que l'une des parties dispose du pouvoir de fixer unilatéralement le quantum du prix, le consentement de l'autre partie ne suffit plus à garantir que chacun reçoive l'équivalent de ce qu'il donne ou que chacun soit en mesure d'assurer la défense de ses intérêts<sup>86</sup>.

---

<sup>79</sup> Com., 11 fév. 1957, *Bull. civ.* III, n° 49, p. 42.

<sup>80</sup> V. par exemple Com., 13 fév. 2001, pourvoi n° 97-20.741 ; Com., 7 oct. 1998, *Bull. civ.* III, n° 202, p. 134 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mai 1995, pourvoi n° 93-10.718.

<sup>81</sup> *Supra* n° 322.

<sup>82</sup> VALORY (S.), thèse préc., n° 479, p. 289. Monsieur Ghestin a exposé, on l'a vu, que le prix ne serait pas indéterminé lorsqu'un contrôle judiciaire est possible au niveau de l'exécution à partir de données objectives (GHESTIN (J.), *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, n° 26s., p. 297). Il s'est fondé, pour parvenir à cette conclusion, d'une part sur l'arrêt précité du 4 novembre 1952 (*supra* note n° 69), d'autre part sur un arrêt du 4 juillet 1972 (Com., 4 juil. 1972, *Bull. civ.* IV, n° 217, p. 211). Ce second arrêt juge qu'était déterminé le prix de récipiends dépendant notamment des frais généraux du vendeur. La solution adoptée par la Cour de cassation dans cet arrêt semble cependant difficilement dissociable du fait que la convention constituait non une vente, mais un contrat cadre organisant la distribution desdits récipiends. Pour approuver la cour d'appel d'avoir considéré que le prix était déterminable, la Cour de cassation a ainsi explicitement observé que les juges du fond avaient relevé que les parties « *ne pouvaient, en raison de la durée prévue du contrat, maintenir une stabilité absolue des prix fixés initialement* », soulignant ainsi l'importance de la durée. Si l'arrêt du 4 novembre 1952 nous semble effectivement avoir rendu vraisemblable une telle conclusion à l'époque où Monsieur Ghestin a écrit cet article, celle-ci ne nous semble plus pouvoir prévaloir aujourd'hui compte-tenu, d'une part, de la difficulté d'interprétation de cet arrêt et, d'autre part, de l'absence d'arrêt ayant depuis adopté un raisonnement similaire (V. *supra* note n° 69).

<sup>83</sup> Ainsi que l'ont fait remarquer des auteurs, dans cette hypothèse, « *il n'y a plus à proprement parler défaut d'accord de volonté sur le prix, puisque les parties se sont entendues pour que l'une d'elles fixe celui-ci* ». (GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. cit.*, n° 387, p. 459 ; V. également GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 706, p. 686).

<sup>84</sup> MOLFESSIS (N.), Les exigences relatives au prix en droit des contrats, *Petites affiches*, n° 90 du 5 mai 2000, p. 41, spéc. n° 26, p. 53.

<sup>85</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), L'indétermination du prix, *RTD civ.* 1992.269, spéc. n° 40, p. 296. L'auteur ne précise pas ce qu'elle entend par « valeur » du produit : s'agit-il de la valeur d'échange, de la valeur de marché ?

<sup>86</sup> GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. cit.*, n° 381, p. 427 ; GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 689, p. 667.

**326.** La nullité pour indétermination du prix se rapproche ainsi de la rescision pour lésion<sup>87</sup>. Elle en diffère cependant dans la mesure où la sanction ne dépend pas du prix effectivement fixé : le risque d'abus entraîne à lui seul la nullité du contrat<sup>88</sup>.

**327.** La distinction opérée par la Cour de cassation en fonction de l'influence des parties se rapproche par ailleurs de celle opérée, pour caractériser les conditions potestatives, entre les clauses qui font dépendre l'exécution de l'obligation de la volonté arbitraire ou discrétionnaire du débiteur, et celles qui ne lui attribuent pas un tel pouvoir<sup>89</sup>. De même que la condition n'est pas nulle lorsque les conséquences de l'acte à accomplir sont suffisamment importantes pour que le choix du débiteur ne puisse être déterminé par le souci d'éluider son obligation<sup>90</sup>, la vente n'est pas nulle lorsque la mise en œuvre des moyens dont dispose l'une des parties pour influencer sur le prix est par ailleurs susceptible de porter préjudice à ses intérêts<sup>91</sup>. De nombreux arrêts relatifs à la détermination du prix ont ainsi envisagé la question sur le double terrain des articles 1591 et 1174 du Code civil<sup>92,93</sup>.

<sup>87</sup> FONTBRESSIN (P. DE), De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats, *RTD civ.* 1986.655, spéc. p. 671s. ; GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. et loc. cit.* ; GHESTIN (J.), *op. et loc. cit.*

<sup>88</sup> MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 26, p. 53.

<sup>89</sup> V. notamment GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. cit.*, n° 387, p. 459 ; GHESTIN (J.), L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, art. préc. ; FRISON-ROCHE (M.-A.), L'indétermination du prix, *RTD civ.* 1992.269, spéc. p. 290. Cette distinction s'est progressivement substituée à celle entre conditions purement potestatives, c'est-à-dire faisant dépendre l'exécution de l'obligation d'une simple manifestation de volonté du débiteur, et simplement potestatives, aux termes desquelles la volonté du débiteur n'agirait pas directement sur l'obligation, mais sur le fait ou l'événement à la survenance duquel l'obligation est subordonnée (en ce sens : GJIDARA (J.), Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : Le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil, (1<sup>ère</sup> partie), *Petites affiches*, n° 123 du 21 juin 2000, p. 4, spéc., n° 10, p. 6). Cette première distinction avait été critiquée, dans la mesure notamment où l'écart entre le simplement et le purement potestatif a paru excessivement subtil, dès lors que le débiteur peut parfois influencer arbitrairement sur l'événement extérieur (en ce sens, TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 1223, p. 1163 ; V. également sur cette évolution GHESTIN (J.), La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil, art. préc., spéc. p. 250s.).

<sup>90</sup> GHESTIN (J.), L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, art. préc., n° 22, p. 296.

<sup>91</sup> VALORY (S.), thèse préc., n° 479, p. 289. En outre, de même que l'annulation des clauses faisant dépendre le prix de la volonté arbitraire de l'une des parties a été fondée sur l'idée qu'aucun accord valable ne pouvait intervenir sur un tel prix (supra n° 321), la prohibition de la condition potestative est fondée sur l'idée que l'obligation qui dépendrait de la seule volonté de son débiteur ne peut exister, dans la mesure où celui-ci ne s'engage alors pas réellement (THEODORESCO (A.-R.), *La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux en droit français*, thèse Paris, 1923, spéc. p. 24 et, p. 47s ; GJIDARA (J.), Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : Le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil, (1<sup>ère</sup> partie), *Petites affiches*, n° 123 du 21 juin 2000, p. 4, spéc. n° 8, p. 5).

<sup>92</sup> GHESTIN (J.), L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, art. préc., n° 5, p. 294 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), L'indétermination du prix, art. préc., spéc. p. 291 ; V. par exemple Com., 21 mars 1983, Bull. civ. IV, n° 110, p. 92 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 7 juin 1983, Bull. civ. III, n° 132, p. 104, ou encore rejetant la qualification de clause potestative au motif que le prix était déterminé : Req., 5 mai 1905, *D.P.* 1906.1.360, *S.* 1907.1.220, *RTD civ.* 1906.965, n° 22 note DEMOGUE (R.), préc. ; Com., 18 déc. 1972, Bull. civ. IV, n° 335, p. 310, *D.* 1973.662.

<sup>93</sup> L'assimilation ne peut toutefois être complète. D'une part, en effet, il semble aujourd'hui admis que la condition ne peut être qu'une modalité de l'obligation. Un élément essentiel, tel l'accord sur un prix certain dans le contrat de vente, ne peut ainsi être érigé en condition (V. en ce sens MIHLAC (O.), *La notion de condition dans*



**328.** Il apparaît ainsi finalement que tout accord sur un mode de détermination du prix ne constitue pas nécessairement un accord sur le prix, permettant la formation du contrat de vente. Ainsi que l'a écrit Monsieur Boré<sup>94</sup> :

*« Ici l'article 1591 du Code civil va plus loin que l'article 1134 : pour que la vente soit parfaite, il ne suffit pas que les parties tombent d'accord sur un mode de détermination du prix, tel que le tarif du vendeur ; il faut encore que ce mode de détermination se réfère à des éléments objectifs, qui ne dépendent plus de la volonté de l'une des parties, et par conséquent, ne mette pas l'une d'elles à la discrétion de l'autre. »*

A défaut de remplir ces conditions, la vente est nulle.

## 2 – La sanction de l'indéterminabilité

**329.** L'exigence d'un prix déterminable sans nouvel accord des parties repose sur la nécessité d'un accord sur le prix ; la vente dont le prix n'est pas déterminable en vertu des seules clauses du contrat ne peut être considérée comme ayant fait l'objet de l'accord nécessaire à sa formation<sup>95</sup>. Aussi le défaut de prix déterminable objectivement est-il sanctionné comme le défaut d'accord sur le prix. La Cour de cassation, de même qu'elle a précisé qu'à défaut d'accord sur le prix, « *le contrat de vente [n'a] pu se former* »<sup>96</sup>, juge ainsi

---

*les contrats à titre onéreux*, préf. J. Ghestin, Bibl. dr. priv., t. 286, L.G.D.J., 2001, spéc. n° 234s., p. 82s., et les auteurs cités ; V. également FRISON-ROCHE (M.-A.), art. préc., n° 31, p. 290). D'autre part, l'obligation n'est nulle, aux termes de l'article 1174 du Code civil, que si elle est contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. La vente est en revanche annulée non seulement lorsque la fixation du prix dépend de l'acheteur, mais également lorsqu'elle dépend du vendeur (FRISON-ROCHE (M.-A.), art. préc., n° 31, p. 290 ; V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 1973, *Bull. civ.* I, n° 96, p. 89, précité ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 1981, *Bull. civ.* I, n° 179). Il n'est enfin, et de troisième part, pas certain que la fixation du prix puisse être considérée comme un événement dont dépendrait l'obligation de payer le prix, et qui permette de considérer que l'obligation est soumise à une condition au sens de l'article 1168 du Code civil. L'obligation de payer le prix est en effet certaine et définitive dans son principe dès la conclusion du contrat de vente. Seul son montant demeure indéterminé. L'obligation en elle-même ne dépend donc pas de la fixation du prix. L'indétermination du prix entraîne, certes, la nullité de la vente, et influe donc sur l'existence de l'obligation de payer le prix. Mais cette nullité ne peut être assimilée à la « suspension » ou à la « résiliation » de l'obligation visée par l'article 1168 du Code civil. Dans un cas, l'obligation ne naît pas, n'est pas valable indépendamment de l'élément incertain – l'accord sur le prix. Dans l'autre cas, tous les éléments constitutifs de l'obligation sont réunis, et celle-ci peut ainsi valablement exister, indépendamment de l'événement.

<sup>94</sup> BORE (J.), note sous Com., 27 avril 1971 (3 arrêts), *JCP* 1972.II.16975.

<sup>95</sup> Supra n° 317s.

<sup>96</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 fév. 1979, *Bull. civ.* III, n° 39, p. 29. V. également Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 1973, *Bull. civ.* I, n° 96, p. 89, qui rejette le pourvoi contre l'arrêt ayant décidé que la vente ne s'était pas formé faute d'accord sur le prix. La Cour de cassation a décidé, dans un arrêt récent, que « *la vente nulle pour défaut de prix, acte dépourvu d'existence légale, n'est susceptible ni de confirmation ni de ratification* » (Com., 30 nov. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 333, p. 288). Les termes de cet arrêt pourraient laisser penser que la vente sur le prix de laquelle aucun accord n'est intervenu ne serait pas nulle mais inexistante, de telle sorte que l'action tendant à faire sanctionner le défaut d'accord serait imprescriptible. La Cour de cassation semble faire écho à une théorie, développée à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, selon laquelle l'acte juridique pourrait être assimilé à un organisme vivant, dont certains organes seraient essentiels – les conditions d'existence de l'acte juridique – quand d'autres ne seraient qu'accessoires ou susceptibles d'être viciés – telles les conditions de validité de l'acte (sur cette théorie, v. notamment GUELFUCCI-

constamment que la vente dont la fixation du prix nécessite un nouvel accord des parties est nulle<sup>97</sup>, d'une nullité qui semble absolue<sup>98</sup>.

**330.** Le lien ainsi établi entre l'absence de prix déterminable objectivement et l'absence d'accord sur le prix interdit en outre au juge, dans une approche juridique classique<sup>99</sup>, de se substituer aux parties dans la détermination du prix. Dans une telle approche en effet, le contrat n'est pas un échange de biens ou de services dont la formation résulterait d'une nécessité compensatoire créée par l'exécution d'une prestation ou la remise d'un bien, mais repose sur un accord de volonté<sup>100</sup>. Si l'homme est obligé, c'est parce qu'il l'a voulu<sup>101</sup>.

---

THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. Ghestin, Bibl. dr. priv., t. 218, L.G.D.J., 1992, spéc. n° 351, p. 207, et les références citées). La gravité du vice dont serait affecté l'acte déterminerait à la fois son état –la nullité–, et le régime applicable à cet état (GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. et loc. cit.*). Pour les auteurs distinguant nullité absolue et inexistance, la nullité absolue serait limitée aux cas d'absence d'une condition légale. L'inexistence correspondrait à l'état d'un acte privé d'un élément naturel, d'une condition logiquement nécessaire (GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. et loc. cit.*). Une telle sanction ne semble toutefois pas devoir prévaloir. La théorie distinguant inexistance et nullité absolue fait d'une part l'objet de nombreuses critiques, résultant essentiellement de la remise en cause du fondement de la distinction entre les différentes sanctions (GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), thèse préc., n° 351s., p. 207s.). La Cour de cassation, quoiqu'elle ait parfois semblé considérer que des actes étaient inexistantes (CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 1024, p. 2103 ; V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 1986, *Bull. civ. I*, n° 159 ; Civ., 16 nov. 1932, S ; 1934.1.1), n'a d'autre part jamais précisé que le défaut d'accord sur le prix entraînait l'inexistence du contrat, par opposition à une « simple » nullité. L'arrêt du 30 novembre 1983 précité ne statuait en particulier pas sur la nature de la sanction de l'indétermination du prix. La Cour de cassation sanctionne au contraire l'indétermination, qui est assimilée à un défaut d'accord, par la nullité. La portée de la distinction semble, en tout état de cause, limitée (BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 202, p. 157).

<sup>97</sup> GHESTIN (J.), L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, art. préc., spéc. n° 9, p. 62 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), L'indétermination du prix, art. préc., n° 17, p. 281 ; V. par exemple Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 mai 1989, pourvoi n° 87-19.125 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 1986, *Bull. civ. I*, n° 67, p. 63 ; Com., 13 janv. 1971, *Bull. civ. IV*, n° 13, p. 13 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 oct. 1965, *Bull. civ. I*, n° 517 ; Com., 24 mars 1965, *Bull. civ. III*, n° 232 ; JCP 1965.II.14378, note, p. L. ; Com., 12 nov. 1957, *Bull. civ. III*, n° 303, p. 260 ;

<sup>98</sup> ENGELHARD-GROSJEAN (M.-L.), art. préc., n° 4, p. 445 ; THIOYE (M.), thèse préc., n° 255, p. 114. Aucun arrêt ne précise explicitement que le caractère insuffisamment objectif du mode de détermination du prix est sanctionné par la nullité absolue. La nullité résulte toutefois, dans ce cas, de ce que l'indétermination est assimilée à un défaut d'accord sur le prix. Or le défaut de consentement est traditionnellement considéré comme sanctionné par une nullité absolue (CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 1019, p. 2095 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juil. 1995, *Bull. civ. I*, n° 310, p. 216 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 avr. 1980, *Bull. civ. III*, n° 73, p. 53). Un arrêt du 30 novembre 1983 pose en outre que « la vente nulle pour défaut de prix, acte dépourvue d'existence légale, n'est susceptible ni de confirmation ni de ratification » (Com., 30 nov. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 333, p. 288). Cet arrêt, quoiqu'il soit rendu au visa de l'article 1129 du Code civil, et qu'il porte sur un contrat cadre, semble poser un principe général, applicable en particulier à la vente nulle faute d'un prix déterminable objectivement (La formule employée pourrait en outre accréditer l'idée qu'une distinction peut être opérée entre nullité et inexistance. La Cour de cassation y précise toutefois que la vente est « nulle » pour défaut de prix, de telle sorte que l'arrêt ne nous semble pas remettre pas en cause l'absence de distinction entre inexistance et nullité).

<sup>99</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), L'indétermination du prix, art. préc., n° 50, p. 300.

<sup>100</sup> Soulignant explicitement que l'accord des volontés se trouve au fondement du contrat : FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 119, p. 84 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 56, p. 45 ; MALINVAUD (P.), *Droit des obligations, op. cit.*, n° 67, p. 46 ; On notera que les auteurs qui remettent en cause le pouvoir de la volonté, en le soumettant au principe de justice (V. notamment GHESTIN (J.), L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, chr. 1 ; JAMIN (C.), Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 441 et globalement sur le solidarisme JAMIN (C.), Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod,

Dans un domaine où seule la volonté individuelle peut être source de droit, le juge ne saurait se substituer à l'une des parties pour parfaire un contrat qui ne comporte pas tous les éléments nécessaires à sa formation<sup>102</sup>. Son rôle est limité, en matière contractuelle, à la recherche et à l'interprétation de la volonté des parties<sup>103</sup>. Il ne saurait en particulier pallier le défaut d'accord des parties à un contrat de vente sur le prix<sup>104</sup>.

**331.** Appliquant ces principes, la Cour de cassation a censuré à différentes reprises les décisions de juges du fond qui, ayant constaté cette absence, s'étaient substitués aux parties dans la fixation du prix<sup>105</sup>. Considérant en particulier au visa de l'article 1583 du Code civil qu'il « *n'appartient pas au juge d'ajouter aux conventions des parties ou de les modifier* », elle a par exemple annulé le jugement qui, après avoir constaté l'absence d'accord des parties sur le prix, avait fixé celui-ci d'après le cours commercial à un niveau intermédiaire entre le prix fixé par le vendeur et celui que l'acheteur reconnaissait devoir<sup>106</sup>. De nombreux arrêts censurent en outre des décisions dans lesquelles les juges du fond avaient cru pouvoir procéder à une détermination du prix<sup>107</sup>.

**332.** De ce que l'exigence d'un prix ne dépendant pas de la volonté arbitraire de l'une ou de l'autre des parties reposerait non sur la nécessité du consentement mais sur la prohibition de l'arbitraire, certains auteurs ont déduit que la sanction de l'indétermination était, dans ce

---

Economica, 2004, p. 160 ; MAZEAUD (D.), Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, p. 603 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 18s., p. 7s. ), ne contestent pas que la volonté demeure, sauf certaines exceptions, une condition nécessaire à la formation du contrat. Les débats portent ainsi essentiellement non sur le rôle de la volonté dans la formation du contrat, mais sur son rôle dans la définition des obligations nées du contrat (v. spécialement GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 223, qui observe que l'accord des volontés demeure la procédure « nécessaire » de la formation du contrat) . V. par ailleurs globalement sur l'abandon par les juristes de la conception économique du contrat : POUGHON (J.-M.), *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J.-P. Baud, *Bibl. dr. priv.*, t. 194, L.G.D.J., 1987, spéc. n° 147s., p. 90s.

<sup>101</sup> MARTY (G.), Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1949, p. 84, spéc. p. 87 ; Dans le même sens, CORBISIER (I.), La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises, *Réflexions comparatives, R.I.D.C.* 1988. 767, spéc. p. 773.

<sup>102</sup> BELOT (J.), La détermination judiciaire du prix dans les contrats, *RRJ* 1982, p. 349, spéc. n° 5, p. 352 ; COIRET (N.), thèse préc., n° 123, p. 115 ; THIOYE (M.), thèse préc., n° 206, p. 96 et n° 434, p. 173 ; adde MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 3, 2<sup>ème</sup> vol., *Principaux contrats, op. cit.*, n° 868, p. 139, qui écrivent que « *la mission du juge n'est pas de faire des contrats* ».

<sup>103</sup> REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, *Economica*, 1999, p. 31s., spéc. n° 3, p. 33 ; V. également FRISON-ROCHE (M.-A.), L'indétermination du prix, art. préc., n° 50, p. 299 ; LAMBERT-GARREL (L.), Le juge et le prix du contrat, *RRJ* 2003, p. 723, spéc. p. 724.

<sup>104</sup> COIRET (N.), *op. et loc. cit.*

<sup>105</sup> V. par exemple Civ. 30 déc. 1839, S. 1840.1.139 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juil. 1979, *Bull. civ. I*, n° 220, p. 176 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 oct. 1989, *Bull. civ. III*, n° 184, p. 100.

<sup>106</sup> Civ., 24 janv. 1922, S. 1922. 1. 268 ; v. dans le même sens, Civ. 9 mai 1898, D. 1899.1.44

<sup>107</sup> V. par exemple Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 janv. 2003, *Bull. civ. III*, n° 23, p. 22 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 janv. 1999, *Bull. civ. I*, n° 25, p. 16 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 fév. 1998, *Bull. civ. I*, n° 81 p ; 54.

cas, inadaptée<sup>108</sup>. Le caractère absolu de la nullité heurterait, en premier lieu, les enseignements de la doctrine moderne des nullités<sup>109</sup>. La nullité pour indétermination d'un prix dépendant de la volonté arbitraire de l'une des parties devrait être relative, dans la mesure où elle tend à protéger non l'intérêt général, mais un intérêt particulier –celui de la partie ainsi mise sous la dépendance de l'autre<sup>110</sup>.

Ce n'est toutefois pas la position adoptée par la Cour de cassation, qui décide que la vente dont le prix doit être déterminé par l'une des parties est, comme celle dont le prix n'est pas déterminable objectivement, nulle de nullité absolue<sup>111</sup>. Elle semble donc demeurer fidèle à la conception plus traditionnelle selon laquelle l'accord des parties sur un mode de détermination soumettant le prix de la volonté arbitraire de l'une d'elle équivaldrait à un défaut d'accord.

**333.** Les parties, si elles ne sont pas absolument contraintes de convenir du montant du prix dès la conclusion du contrat, doivent donc, à peine de nullité de la vente, convenir d'un mode de détermination objectif. Les parties se trouvent ainsi dans l'impossibilité, lorsqu'elles ne sont pas en mesure de fixer exactement dès la conclusion du contrat le rapport subjectif entre le bien et la monnaie, de reporter la fixation du prix à une date à laquelle elles seraient en mesure de déterminer ce rapport.

Cette impossibilité fait peser, sur les cessions de droits sociaux, des risques de nullité.

## **§ 2 – Les risques résultant de l'incomplétude de l'accord sur le prix des droits sociaux**

**334.** Toute adaptation du prix des droits sociaux par les parties n'est pas impossible. Appliquant le principe suivant lequel est conforme aux prescriptions de l'article 1591 du Code civil le prix déterminable objectivement, la Cour de cassation a eu, à de nombreuses reprises,

<sup>108</sup> COIRET (N.), thèse préc., n° 158s., p. 144s. ; THIOYE (M.), thèse préc., n° 265, p. 117 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 292, p. 300 ; GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. cit.*, n° 398, p. 465.

<sup>109</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. et loc. cit.*

<sup>110</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), art. préc., n° 27s., p. 288s. ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. et loc. cit.* ; GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. et loc. cit.* ; COIRET (N.), thèse préc., n° 160, p. 145 ; THIOYE (M.), thèse préc., n° 414s., p. 168s.

<sup>111</sup> GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. et loc. cit.* ; COIRET (N.), thèse préc., n° 158, p. 144 ; V. par exemple Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 juin 1994, pourvoi n° 92-13.019 ; Civ. 25 avr. 1952, *Bull. civ. I*, n° 138, p. 116, *D.* 1952.635, *RTD civ.* 1952.515, obs. CARBONNIER (J.) ; v. également Com., 30 nov. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 333, p. 288, préc., qui décide, dans une hypothèse où le prix devait être fixé par l'une des parties, que « *la vente nulle pour défaut de prix, acte dépourvu d'existence légale, n'est susceptible ni de confirmation ni de ratification* ». Il ne s'agissait toutefois pas, dans cette espèce, d'un contrat de vente isolé, mais d'un contrat cadre, annulé au visa de l'article 1129 du Code civil.

l'occasion de valider des clauses d'adaptation du prix. Est ainsi par exemple déterminable le prix fixé à une certaine somme et à celle représentant le passif de la société, fixée *ne varietur* par l'état des créances de la société déposé au greffe du tribunal de commerce<sup>112</sup>. Le prix fixé sur la base d'éléments précisément définis contenus dans un bilan de référence antérieur à la signature de l'acte mais non encore établi à cette date peut également être déterminable<sup>113</sup>.

**335.** L'exigence d'un accord complet sur le prix limite toutefois l'adaptation du prix des droits sociaux à leur valeur d'échange. Appliquant en matière de cession de droits sociaux les exigences relatives à la détermination du prix en général<sup>114</sup>, la Cour de cassation a jugé à de nombreuses reprises qu'était indéterminable le prix de droits sociaux au motif que sa fixation nécessitait un nouvel accord des parties (A), ou qu'elle dépendait de la volonté arbitraire de l'une d'elle (B).

#### **A – La nullité des clauses requérant un nouvel accord des parties**

**336.** La cession peut encourir la nullité lorsque les parties n'ont pas même fixé, fût-ce provisoirement, un prix<sup>115</sup>. La nullité résulte cependant le plus souvent des modalités d'adaptation du prix. La détermination du prix suppose, pour permettre la formation de la vente, que soient définis d'une part les éléments qui doivent être pris en compte pour cette adaptation, d'autre part une formule mathématique d'adaptation, c'est-à-dire que soit prévue la manière dont les différents éléments retenus doivent se combiner<sup>116</sup>. Or les parties, lorsqu'elles ne disposent pas, lors de la signature de l'acte de cession, de données exactes sur l'état de la société dont les parts ou actions sont cédées ou, plus rarement, lorsqu'elles craignent que l'état réel de l'entreprise ne corresponde pas à son état contractuel, ne se bornent pas à reporter à une date ultérieure la fixation du quantum du prix. Elles reportent la définition des éléments ou de la formule mathématique c'est-à-dire, en fait, de l'accord sur les éléments qui permettent de déterminer le rapport d'échange entre les droits sociaux et la monnaie.

---

<sup>112</sup> Com., 11 fév. 1992, *Bull. Joly* 1992, § 141, p. 442 ; v. dans le même sens : Com., 7 déc. 1976, *Bull. civ.* IV, n° 311, p. 260.

<sup>113</sup> Com., 18 juin 1996, *Bull. Joly* 1996, § 370, p. 1013, *JCP* éd. E, 1996.I.589, n° 7, obs. VIANDIER (A.), *Rev. dr. banc.* juillet/août 1996, n° 56, p. 178, obs. GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.) ; v. également Com., 16 janv. 2001, *Bull. Joly* 2001, § 97, p. 393.

<sup>114</sup> *Supra* n° 315s.

<sup>115</sup> V. par exemple Com., 9 juin 2004, *Bull. Joly* 2004, § 275, p. 1383, obs. MASSART (T.), dans lequel la Cour de cassation estime indéterminable le prix fixé à un certain montant « environ ».

<sup>116</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 62, p. 196.

La cession encourt alors des risques d'annulation.

**337.** Les cessions de droits sociaux peuvent, en premier lieu, être annulées en raison de l'incertitude affectant les éléments pris en compte pour l'adaptation<sup>117</sup>.

La Cour de cassation a ainsi approuvé la cour d'appel qui avait considéré que n'était pas déterminable le prix d'actions fixé provisoirement à 1 520 francs l'action, mais qui serait susceptible de « *réfaction (...) proportionnellement au nombre d'actions cédées* » en cas de « *différence qui viendrait à se révéler entre les divers postes figurant à l'actif ou au passif et la réalité* ». La cour d'appel, ayant relevé que cette correction supposait l'établissement d'un inventaire contradictoire des stocks, pouvait en déduire que le prix énoncé dans l'accord n'était que provisoire, et que les parties entendaient se réserver de fixer définitivement le prix jusqu'à ce qu'un accord soit intervenu entre elles concernant le montant des redressements à opérer sur divers postes du bilan<sup>118</sup>. La Cour de cassation a de même eu l'occasion de juger que nécessitait un accord ultérieur des parties la fixation du prix d'actions déterminé en fonction de données résultant non d'un bilan proprement dit approuvé par les actionnaires, mais d'une situation comptable qui devait encore être établie par les parties<sup>119</sup>. Nécessite encore un nouvel accord le prix d'actions fixé dans l'acte de vente à un montant « *provisoire mais maximum* » de 500 000 francs, susceptible d'être révisé en cas de variation négative de l'actif net entre le bilan sur la base duquel avait été déterminé le prix et un bilan à établir contradictoirement entre cédant et cessionnaire lors de la régularisation de la cession<sup>120</sup>, ou le

<sup>117</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 62, p. 196.

<sup>118</sup> Com., 15 mai 1970, *Bull. civ. IV*, n° 147, p. 133, *RTD com.* 1971.129, n° 5, obs. Houin (R.), *Rev. soc.* 1971.184, obs. M. G.

<sup>119</sup> Com., 23 janv. 1990, *Bull. Joly* 1990, § 76, p. 275, *RTD civ.* 1990.471, compléter avec réf.

<sup>120</sup> Com., 14 déc. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 234, p. 196, *Dr. soc.*, mars 2000, n° 35, p. 12, obs. BONNEAU (T.), *Bull. Joly* 2000, § 92, p. 450, note COURET (A.), *RTD civ.* 2000.318, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.). Un arrêt plus récent de la Cour de cassation peut sembler interpréter plus soupagement l'exigence d'un prix déterminable. Dans cette affaire, la cour d'appel avait déclaré nulle la cession d'actions consentie pour un prix fixé mais qui devait être proportionnellement réduit si le bilan à une date donnée faisait apparaître une perte ou un bénéfice supérieur à 60 000 francs, et renégocié entre les parties si ce même bilan faisait apparaître une perte ou un bénéfice supérieur à 150 000 francs. La Cour de cassation (Com., 5 déc. 2000, pourvoi n° 98-12.477) censure l'arrêt pour défaut de base légale : les juges du fond devait rechercher si le bilan en question rendait effectivement nécessaire une renégociation, dans la mesure où le prix était déterminable si n'apparaissaient pas des pertes ou des bénéfices supérieurs à 150 000 francs. En imposant à la cour d'appel une telle recherche, la Cour de cassation se place implicitement mais nécessairement, pour apprécier la déterminabilité du prix, non plus au jour de la formation du contrat, mais à la date à laquelle devait être opérée l'éventuelle révision du prix. A la date de formation de la cession en effet, le prix n'était pas totalement déterminable, dans la mesure où une incertitude subsistait sur son montant si les pertes ou les bénéfices excédaient 150 000 francs. Une telle appréciation ne remet toutefois pas en cause les solutions retenues dans les différents arrêts précités dans la mesure où la révision n'était pas, dans tous ces arrêts, conditionnelle, mais indispensable pour la fixation définitive du prix. Elle l'était en particulier dans l'arrêt précité du 13 janvier 1971 (cf. note n° 123) : si la révision ne devait intervenir qu'en

prix d'actions d'une entreprise de transport déterminé en fonction de la valeur des licences de transport, dans la mesure où cette valeur n'était pas fixée officiellement et nécessitait une discussion ultérieure des parties<sup>121</sup>.

Dans tous ces arrêts, la détermination des éléments permettant la fixation du prix définitif nécessitait un nouvel accord des parties. Corrélativement, le prix lui-même ne pouvait être fixé sans un tel accord. Les conditions posées par l'article 1591 du Code civil n'étaient pas remplies.

**338.** La Cour de cassation a, en second lieu, jugé à de nombreuses reprises qu'était indéterminable un prix dont le montant devait être adapté en fonction de la situation de la société, sans que les modalités de l'adaptation ne soient précisées, c'est-à-dire sans que la formule mathématique permettant la modification du prix ne soit prévue<sup>122</sup>.

Elle a d'abord eu l'occasion de sanctionner des mécanismes destinés à permettre la fixation initiale d'un prix correspondant à la valeur de l'entreprise. Elle a ainsi approuvé la cour d'appel ayant annulé la vente consentie moyennant un « *prix* » constitué, d'une part, par une valeur provisoire d'un franc par part sociale cédée, et, d'autre part, par l'engagement du cédant de supporter dans le cas où le passif excéderait 400 000 francs la part excédant ce montant. Le prix n'était pas déterminable sans nouvel accord des parties dans la mesure où le montant des sommes que devait verser l'acquéreur au vendeur serait définitivement déterminé « *lorsque le prochain bilan serait établi* », et où, par ailleurs, il n'était rien précisé dans l'hypothèse où le passif n'excéderait pas 400 000 francs<sup>123</sup>. Elle a plus récemment approuvé la cour d'appel ayant annulé une cession de droits sociaux dont le prix devait être fixé en considération d'un nouveau bilan qui devait être arrêté dans les vingt jours de l'acte de cession. Le prix était indéterminable dans la mesure où « *aucune explication [n'avait été]*

---

cas de différence entre certains postes du bilan, l'établissement d'un bilan nécessitant un nouvel accord des parties était nécessaire pour déterminer s'il y avait lieu à révision. Or, dans l'arrêt du 5 décembre 2000, la nécessité de l'accord ne semblait pas porter sur le bilan, mais sur les conséquences à en tirer.

<sup>121</sup> Com., 10 déc. 1991, *Bull. Joly* 1991, § 47, p. 170. V. encore Com., 19 mai 1992, *Bull. Joly* 1992 § 242, p. 747, note COURET (A.). Dans cette affaire la Cour de cassation a considéré que n'était pas déterminable le prix d'actions dépendant de l'actif net social dans la mesure où les comptes sociaux n'étaient pas fiables.

<sup>122</sup> MASSART (T.), art. préc., n° 14, p. 7.

<sup>123</sup> Com., 13 janv. 1971, *D.* 1971, somm., p. 100, *JCP* 1972.II.17060 et *JCP* éd. CI, 1972.II.10618, note BERNARD (N.). Ainsi que le note Madame Bernard dans sa note sous l'arrêt, le terme « prix » appliqué notamment à l'engagement pris par le cédant de supporter le passif était impropre, dans la mesure où les sommes versées en exécution de clauses de garantie de passif bénéficiant, comme dans cette espèce, aux créanciers sociaux, ne constituent pas un élément du prix (Infra n° 463). Ce constat ne semble cependant pas devoir remettre en cause le caractère indéterminable du prix, dans la mesure où le « véritable » prix d'un franc était lui-même révisable sans que soient précisées les modalités de cette révision.

*donnée dans l'acte de cession de parts sociales sur la méthode ou mode de calcul selon lesquels le prix définitif serait fixé après établissement du bilan »<sup>124</sup>.*

Elle a par ailleurs eu l'occasion de juger que des mécanismes de révision du prix pouvaient le rendre indéterminable. Elle a ainsi décidé que nécessitait un nouvel accord des parties un prix dont les parties avaient précisé qu'il « *pourra être réduit du montant des différentes dettes de la société non signalées aux présentes* » sans qu'elles soient convenues des modalités de la révision ainsi prévue<sup>125</sup>.

**339.** La volonté d'adaptation du prix entraîne donc la nullité de la cession lorsque les parties conviennent, pour opérer cette adaptation, de renégocier totalement ou partiellement le prix, c'est-à-dire de fixer à nouveau le rapport subjectif d'échange entre les droits sociaux et la monnaie.

La nullité est également encourue lorsque l'une d'elles dispose d'une influence arbitraire sur les éléments pris en compte pour l'adaptation.

### **B – La nullité des clauses faisant dépendre le prix de la volonté arbitraire de l'une des parties**

**340.** La prohibition des contrats dans lesquels l'une des parties dispose, *a priori*, c'est-à-dire lors de la conclusion du contrat, du pouvoir de faire varier le prix de l'objet de la vente conduit à l'annulation de nombreuses cessions de droits sociaux pour indétermination du prix.

**341.** Certes les parties peuvent, comme dans toute vente<sup>126</sup>, convenir d'un prix dont le montant dépend de la volonté de l'une d'elles dès lors que l'action que cette partie peut exercer sur ce prix préjudicierait par ailleurs à ses intérêts<sup>127</sup>. La référence aux résultats de l'entreprise ne semble ainsi pas soulever de difficulté lorsque le cessionnaire ne devient ni dirigeant ni associé majoritaire de la société après la cession<sup>128</sup>. L'augmentation des résultats ne dépend en effet pas de la seule volonté des dirigeants<sup>129</sup>. Le cédant, qui conserve le contrôle de la société et a intérêt à cette augmentation, ne dispose pas du pouvoir arbitraire de

---

<sup>124</sup> Com., 6 oct. 1998, pourvoi n° 96-14.598.

<sup>125</sup> Com., 12 janv. 1999, pourvoi n° 97-10.246.

<sup>126</sup> Supra n° 324.

<sup>127</sup> GRILLET-PONTON (D.), note sous Com., 15 juin 1982, *JCP* 1984.II.20141, préc., et sur le critère applicable de manière générale : supra n° 323.

<sup>128</sup> GUYON (Y.), note sous Com., 15 juin 1982, *Rev. soc.* 1983.329.

<sup>129</sup> POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), art. préc., n° 20, p. 8



les faire augmenter<sup>130</sup>. Lorsque, au contraire, le cessionnaire détient le contrôle de la société cible après la cession et en particulier pendant la période prise en compte pour l'évolution du prix, la référence au chiffre d'affaires doit être valable dans la mesure où une baisse de cet élément l'appauvrirait<sup>131</sup>. Il n'a dans ce cas pas intérêt à réduire le chiffre d'affaires, de telle sorte que le prix ne dépend pas de sa volonté arbitraire<sup>132</sup>.

**342.** Les modalités d'adaptation du prix convenues par les parties attribuent cependant fréquemment à l'un d'elles le pouvoir de faire arbitrairement varier son montant. Toute référence aux résultats futurs de la société -rentabilité, bénéfice, ou capacités financières- semble ainsi sujette à caution, dans la mesure où le cessionnaire peut aisément modifier à la baisse ces résultats sans subir réellement d'appauvrissement<sup>133</sup>. Il en résulte notamment que l'adaptation du prix à la valeur d'échange des droits sociaux au moyen d'une clause dite de *earn-out*<sup>134</sup> risque, dès lors que le cessionnaire est dirigeant de la société et que la clause fait référence à un élément autre que le chiffre d'affaires, d'entraîner l'annulation de la cession pour indétermination du prix<sup>135</sup>. Les clauses prévoyant que le prix sera déterminé en fonction d'une situation comptable ou d'un bilan au jour de la cession, qui ne sera connu que plus tard en raison des délais nécessaires à son élaboration, ne sont pas non plus exemptes de défaut au regard de l'exigence d'un prix ne dépendant pas de la volonté arbitraire de l'une des parties. Les données d'un bilan, fût-il établi au jour de la cession, voire à une date antérieure,

---

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> MASSART (T.), fasc. préc., n° 17, p. 8 ; v. également en ce sens, à propos de l'arrêt du 15 juin 1982 précité : GRILLET-PONTON (D.), note sous Com., 15 juin 1982, *JCP* 1984..II.20141 et *JCP* éd. N, 1985.II, p. 66, préc..

<sup>132</sup> *Ibid.* ; adde LAMBERT (T.), thèse préc., n° 362, p. 282.

<sup>133</sup> MASSART (T.), fasc. préc., n° 17, p. 8 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 363, p. 283 ; PEYRAMAURE (P.), Description de la technique d'acquisition de société, *Rev. jur. com.*, nov. 1988, , p. 77.

<sup>134</sup> cf. supra n° 174.

<sup>135</sup> MASSART (T.), fasc. préc., n° 17, p. 8. Contra : POITRINAL (F.-D.), Cession d'entreprise : Les conventions de *earn out*, art. préc., p. 20 ; POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), art. préc., n° 19, p. 8, qui soulignent que « *la jurisprudence, sans être abondante, penche nettement en faveur de la validité du lien entre le prix de cession d'une entreprise et les performances ou la valeur future de celle-ci* ». Cette opinion ne semble cependant pas pouvoir convaincre. Ces auteurs citent, à l'appui de l'affirmation de la validité des clauses de *earn-out*, trois arrêts : un arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 1982 (Paris, 28 janvier 1982, *BRDA* 1982/11, p. 8), et les arrêts précités de la Cour de cassation du 28 juin 1988 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 1988, *Bull. civ.* I, n° 212, *D.* 1989.121, note MALAURIE (P.), *RTD civ.* 1989.343, obs. REMY (P.)) et du 10 mars 1998 (Com., 10 mars 1998, *Bull. civ.* IV, n° 99, p. 81, *Bull. Joly* 1998, § 159, p. 464, note COURET (A.)). Or les deux premiers sont relatifs à des espèces dans lesquelles le prix dépendait du chiffre d'affaires. Il apparaît donc difficile d'en tirer des conclusions relatives à la validité générale des clauses de *earn-out*. Seul le dernier porte, on l'a vu, sur un prix variant en fonction de « *l'évolution des résultats et de la valeur de l'entreprise* ». Mais la solution adoptée par la Cour de cassation dans cet arrêt semble pouvoir être expliquée par le pouvoir d'appréciation laissé aux juges du fond (en ce sens, v. infra note n° 350). Il semble, en tout état de cause, excessif de déduire d'un arrêt l'admission par la jurisprudence de la validité des clauses de *earn-out*.

dépendent en effet de l'appréciation de celui qui contrôle la société au moment de l'établissement de ce bilan<sup>136</sup>, c'est-à-dire le plus souvent de l'acquéreur.

**343.** De nombreuses cessions sont ainsi annulées dans la mesure où le prix des droits sociaux dépend de la volonté de l'une des parties.

La Cour de cassation a jugé le 5 mai 1959<sup>137</sup> qu'était dépourvue de prix déterminable la vente consentie moyennant, d'une part, paiement d'une somme d'argent égale à la valeur nominale des parts, d'autre part, paiement après le décès du vendeur, à sa veuve, de la moitié des appointements touchés par la cessionnaire en sa qualité de gérante de la société. La cour d'appel, constatant qu'un tel prix dépendait « *principalement de la volonté unilatérale de l'acheteur qui, grâce aux pouvoirs qu'elle détient comme gérante majoritaire de la société, dispose de façon discrétionnaire de réduire à son gré le chiffre de ses appointements, ou même de renoncer à ses fonctions de gérante* », pouvait selon la Cour de cassation décider qu'il n'était pas déterminable.

Elle a de même rejeté, dans l'arrêt rendu dans l'affaire dite du Crédit Suisse, le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt ayant annulé la cession d'actions d'une société constituée notamment pour la location d'un immeuble<sup>138</sup>. La cour d'appel avait souverainement constaté que le prix, qui dépendait du montant des loyers encaissés après la cession, ne pouvait être déterminé indépendamment du jeu de la volonté du cessionnaire. Elle pouvait en déduire que la convention était nulle.

<sup>136</sup> MASSART (T.), fasc. préc., n° 16, p. 7 ; CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 25, p. 210 ; GERMAIN (M.), art. préc., p. 73.

<sup>137</sup> Com., 5 mai 1959, D. 1959.575.

<sup>138</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1974, Bull. civ. I, n° 301, p. 258. L'apparente contradiction entre cet arrêt et un arrêt postérieur de la Cour de cassation, qui admet qu'est déterminable le prix dépendant du chiffre d'affaires de la société cédée, peut s'expliquer par le pouvoir laissé par la Cour de cassation, en ce domaine, aux juges du fond. Dans ce second arrêt en effet (Com., 15 juin 1982, Bull. civ. IV, n° 229, p. 200, Rev. soc. 1983.329, note GUYON (Y.), JCP 1984.II.20141 et JCP éd. N, 1985.II, p. 66, note GRILLET-PONTON (D.)), la cour d'appel avait constaté que « *le prix des actions vendues était pour partie dépendant du chiffre d'affaires réalisé et de certains loyers perçus par une société dont l'activité et l'intérêt étaient distincts de celles des personnes physiques débitrices* ». La Cour de cassation considéra qu'elle pouvait en déduire que les conventions n'étaient pas affectées d'une condition purement potestative. Les solutions retenues résultent donc largement des constats opérés par les juges du fond, qui, dans l'arrêt du 12 novembre 1974, avait constaté que le prix dépendait de la volonté de l'une des parties, et qui avaient au contraire opéré un constat inverse dans le second arrêt. On relèvera par ailleurs que le pourvoi confondait, dans ce second arrêt, déterminabilité du prix et condition potestative, ce qui explique que la Cour de cassation n'ait pas explicitement statué sur la question de la déterminabilité, mais ait considéré que la clause de prix n'était pas potestative. Compte-tenu toutefois des similitudes entre les deux notions (supra n° 273), la solution retenue par la Cour de cassation dans cette espèce semble pouvoir être considérée comme relative à la question de la déterminabilité du prix (aucun des auteurs évoquant cet arrêt ne remet d'ailleurs en question ce lien : v. notamment MASSART (T.), fasc. préc., n° 17, p. 8 ; WERTENSCHLAG (B.), art. préc., n° 23, p. 505 ; COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), art. préc., p. 5.

La Cour de cassation a encore approuvé la cour d'appel ayant décidé qu'était dépourvue de prix déterminable la cession des parts sociales d'une société consentie moyennant, outre une somme fixe, l'engagement de racheter au cédant la créance en compte courant qu'il détenait dans les comptes de la société. La cour avait en effet constaté que le cédant pouvait les faire varier comme il lui plaisait<sup>139</sup>.

**344.** Appréhendant largement la notion de prix, la Cour de cassation a en outre parfois considéré que devaient être annulées pour indétermination du prix des cessions dont le prix, c'est-à-dire la somme d'argent que l'acquéreur devait remettre au vendeur, était définitivement fixé, mais dans lesquelles l'acquéreur s'engageait à payer à des tiers des sommes d'argent dont le montant n'était pas suffisamment déterminé. Elle a ainsi récemment jugé que la cession consentie pour un prix symbolique d'un franc, à charge pour le cédant de reprendre le passif social, était dépourvue de prix déterminable dans la mesure où le montant du passif n'était, au jour de l'acte, ni déterminé ni déterminable par voie de relation avec des éléments ne dépendant pas de la volonté de l'une des parties<sup>140</sup>.

**345.** Il apparaît ainsi finalement difficile de déterminer une méthode de variation détachée de la volonté des parties<sup>141</sup>. La validité des clauses permettant l'adaptation du prix à la valeur d'échange des droits sociaux se heurte donc à l'exigence d'un prix ne dépendant pas de la volonté arbitraire de l'une des parties et, plus souvent encore, à celle d'un prix déterminable sans nouvel accord des parties. De nombreuses cessions risquent ainsi d'être annulées en raison de modalités de détermination du prix répondant, pourtant, aux besoins de la pratique. L'application aux cessions de droits sociaux de l'exigence de prédétermination du prix apparaît alors d'autant plus inadéquate qu'elle est parfois détournée de sa finalité. Certains cédants ou certains cessionnaires n'invoquent l'indétermination du prix que pour faire anéantir une opération dont les conditions ne leur conviennent plus, alors pourtant qu'ils avaient consenti en pleine connaissance de cause au contrat litigieux. La nullité pour indétermination du prix, destinée à garantir la réalité du consentement des parties et à empêcher l'une des parties d'abuser de l'influence dont elle disposerait sur le prix, est alors invoquée pour permettre à l'une des parties de se soustraire à ses engagements.

---

<sup>139</sup> Com., 1<sup>er</sup> mars 1982, *Bull. Joly* 1982, § 152, p. 386, *Dr. soc.*, juin 1982, n° 151, p. 4.

<sup>140</sup> Com., 13 fév. 2001, *Bull. Joly* 2001, § 105.

<sup>141</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 256, p. 172 ; COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), art. préc., p. 4.

**346.** Le recours à un tiers, fréquemment présenté comme une solution à ces difficultés, ne permet par ailleurs pas de lever toutes les incertitudes.

## **SECTION 2 – L'INDETERMINATION DU PRIX FIXE PAR UN TIERS**

**347.** Le recours à un tiers permet d'adapter le prix des droits sociaux à leur valeur d'échange<sup>142</sup>. Il n'est toutefois pas exempt de défauts au regard de l'exigence de déterminabilité du prix. Le prix peut en effet être considéré comme indéterminable d'une part, lorsque l'accord sur le tiers ne remplit pas certaines conditions (§ 1), et, d'autre part, lorsque le prix retenu par le tiers est insuffisamment déterminé (§ 2).

### **§ 1 – Le risques résultant de l'imperfection de l'accord sur le tiers**

**348.** Le recours à un tiers chargé de déterminer le prix en application de l'article 1592 du Code civil n'est efficace que si l'intention des parties de recourir à un tiers est suffisamment caractérisée (A), et si le tiers est véritablement indépendant des parties (B).

#### **A- L'exigence d'un accord complet sur la nomination d'un tiers**

**349.** Ecartant une vision économique du contrat, les juristes considèrent d'abord le contrat de vente comme un échange de consentements<sup>143</sup>. Il ne peut se former, on l'a vu, que si l'accord des parties sur le prix est suffisamment complet<sup>144</sup>, c'est-à-dire s'il permet la détermination de son quantum sans nouvel accord des parties, et indépendamment de la volonté de l'une d'elles. En l'absence d'un tel accord, la vente est nulle, sans que le juge ne puisse se substituer aux parties pour la détermination du prix<sup>145</sup>.

Le recours à un tiers n'est alors efficace qu'à une triple condition.

**350.** Il suppose, en premier lieu, que les parties soient effectivement convenues de confier la fixation du prix à un tiers. Le juge, ne pouvant parfaire une convention incomplète, ne peut désigner un expert chargé de déterminer de manière définitive le prix des droits sociaux si les parties n'ont pas prévu une telle désignation<sup>146</sup>. La Cour de cassation a ainsi rappelé, à

---

<sup>142</sup> Supra n° 184.

<sup>143</sup> Supra n° 330.

<sup>144</sup> Supra n° 311s.

<sup>145</sup> Supra n° 329s.

<sup>146</sup> COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), art. préc., p. 7 ; MASSART (T.), fasc. préc., n° 20, p. 10. Le juge conserve cependant le pouvoir de nommer un « véritable » expert, chargé d'une évaluation des parts qui ne

plusieurs reprises, que les parties étaient seules habilitées à prévoir la désignation d'un tiers, et considéré qu'était en conséquence nulle la promesse de cession de droits sociaux ne stipulant pas un prix déterminé ou déterminable de manière autonome, et ne prévoyant pas l'intervention d'un tiers<sup>147</sup>.

Un arrêt du 10 mars 1998 semble adopter une position contraire<sup>148</sup>. Dans cet arrêt en effet, la Cour de cassation approuve une cour d'appel qui, après avoir considéré qu'un prix fixé par référence à la valeur de l'entreprise et à l'évolution des résultats était déterminable indépendamment de la seule volonté des parties, avait chargé un expert de fixer ce prix. La solution adoptée semble originale à double titre. La référence à la valeur de l'entreprise et à l'évolution des résultats ne permettait, en premier lieu, que difficilement la détermination du prix sans nouvel accord des parties, de telle sorte qu'il est surprenant que la Cour de cassation ait considéré, au regard des critères qu'elle retient traditionnellement, que le prix était déterminable<sup>149</sup>. Il en est d'autant plus ainsi que la nomination d'un expert démontre, précisément, que le prix n'était pas déterminable. Cette solution peut toutefois trouver une explication dans l'étendue du pouvoir dont disposent les juges du fond pour apprécier l'influence des parties sur le prix<sup>150</sup>. La solution adoptée est, en second lieu, originale en ce qu'elle valide la nomination par les juges du fond d'un expert chargé de fixer le prix<sup>151</sup>. Cela revient en effet à instaurer une expertise du type de celle prévue aux articles 1592 et 1843-4 du Code civil en dehors de la volonté des parties<sup>152</sup>, contrairement aux principes prévalant habituellement. En l'absence d'autre arrêt adoptant une solution identique, et compte-tenu d'un arrêt postérieur rappelant que seules les parties sont habilitées à désigner un expert<sup>153</sup>, cette solution ne semble toutefois pas devoir être considérée comme pérenne.

**351.** Le recours à un tiers suppose en deuxième lieu pour être efficace que les parties aient désigné ce tiers dès la conclusion du contrat de cession. Certains auteurs ont parfois considéré que serait valable une vente dans laquelle les parties prévoiraient que le prix sera

---

s'imposerait pas aux parties. La formation de la vente peut alors résulter de l'acceptation ultérieure par les parties du prix fixé par l'expert (V. par exemple Com., 20 juin 1989, pourvoi n° 88-10.114 ; Com., 24 fév. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 55, p. 40, *JCP éd. N* 1987.II.189, note RANDOUX (D.), *Bull. Joly* 1987, § 100, p. 216.

<sup>147</sup> Com., 23 janv. 1990, *Bull. Joly* 1990, § 76, p. 275 ; Com., 14 déc. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 234, p. 196, préc..

<sup>148</sup> Com., 10 mars 1998, *Bull. civ. IV*, n° 99, p. 81, *Bull. Joly* 1998, § 159, p. 464, *Rev. soc.* 1998.541, obs. SAINTOURENS (B.), *Dr. soc.* juil. 1998, n° 105, p. 12, note BONNEAU (T.), *JCP éd. E* 1998.I.1304, obs. VIANDIER (A.), et CAUSSAIN (J.-J.), préc.

<sup>149</sup> En ce sens : VIANDIER (A.) ET CAUSSAIN (J.-J.), obs. sous Com., 10 mars 1998, *JCP éd. E* 1998.I.1304.

<sup>150</sup> Sur ce pouvoir, cf. supra n° 324.

<sup>151</sup> SAINTOURENS (B.), obs. sous Com., 10 mars 1998, *Dr. soc.*, juil. 1998, n° 105, p. 12.

<sup>152</sup> VIANDIER (A.) ET CAUSSAIN (J.-J.), obs. sous Com., 10 mars 1998, *JCP éd. E* 1998.I.1304.

<sup>153</sup> Com., 14 déc. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 234, p. 196, préc.

fixé par un tiers sans désigner le tiers ni prévoir un mode de désignation<sup>154</sup>. Une telle solution ne peut toutefois être admise. La détermination du prix requiert en effet, dans ce cas, un nouvel accord des parties. Aucun contrat ne peut naître si les parties ne parviennent pas, le moment venu, à s'entendre sur la personne à désigner. La nomination du tiers, comme la fixation du prix, est considérée comme devant être opérée par les parties elles-mêmes<sup>155</sup>. Le juge ne peut se substituer à elles pour donner naissance à un contrat auquel elles n'ont pas voulu ou su donner naissance. Sauf à y avoir été autorisé, il ne peut donc suppléer les parties en désignant un autre tiers, ou en fixant lui-même le prix<sup>156</sup>. Aussi la cession comportant un tel prix est-elle nulle<sup>157</sup>. Dans une espèce relative à la vente d'un immeuble, mais qui dégage une solution que rien n'interdit de généraliser, la Cour de cassation a ainsi jugé que « *si les parties ont seulement convenu (...) que le prix serait fixé « par expert », non désigné, et qu'elles ne peuvent, après la levée d'option, se mettre d'accord sur la désignation de cet expert, celle-ci, devenue contentieuse, ne peut être faite par les juges dont l'intervention, non prévue dans la convention, se trouverait ainsi imposée pour la perfection du contrat de vente, là où la loi n'a voulu que l'action libre et exclusive des parties* »<sup>158</sup>.

**352.** La désignation d'un tiers n'est en troisième lieu efficace que si les parties ont entendues être liées par le prix ainsi fixé. La Cour de cassation a jugé en effet que la qualification appartenant au tiers ne dépendait que de la mission qui lui est confiée<sup>159</sup>. Le pouvoir confié au tiers de déterminer un prix qui les engage ne résulte que de leur volonté d'être liées par le prix ainsi déterminé, volonté souverainement appréciée par les juges du fond<sup>160</sup>. A défaut d'une telle volonté, le tiers demeure un simple expert<sup>161</sup> dont l'avis n'a pas

<sup>154</sup> MARECHAL (S.), thèse préc., p. 59 et les références citées ; THIOYE (M.), thèse préc., n° 136, p. 70. Monsieur Thioye se fonde essentiellement, pour parvenir à une telle conclusion, sur un arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 1965 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 nov. 1965, *Bull. civ. I*, n° 651). Cet arrêt a jugé que la convention par laquelle les parties se sont obligées à désigner un expert produit ses effets, son inexécution se résolvant en dommages et intérêts. Cette décision ne signifie toutefois aucunement que la vente est valable. Le même arrêt précise d'ailleurs explicitement que « *lorsqu'il est convenu que le prix sera évalué par des experts désignés par les parties, la vente n'existe pas tant que la détermination du prix n'est pas faite* ». Il signifie uniquement que cette convention, si elle ne vaut pas vente, oblige néanmoins les parties à désigner leur expert, à peine de dommages et intérêts.

<sup>155</sup> MASSART (T.), fasc. préc., n° 20, p. 10 ;

<sup>156</sup> WERTENSCHLAG (B.), art. préc., n° 31, p. 506 ; COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), art. préc., p. 7 ; MASSART (T.), fasc. préc., n° 20, p. 10.

<sup>157</sup> WERTENSCHLAG (B.), art. préc., n° 30, p. 506 ; COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), eod. loc. ; COIRET (N.), thèse préc., n° 116, p. 108 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 205, p. 139.

<sup>158</sup> Civ., 25 avr. 1952, *D.* 1952.635, *RTD civ.* 1952.515, obs. CARBONNIER (J.).

<sup>159</sup> Req., 31 mars 1862, *D.P.* 1862.1.242, *S.* 1862.1.342 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 oct. 1976, *Bull. civ. I*, n° 305, p. 245, *Rev. arb.* 1977.336.

<sup>160</sup> Com., 12 nov. 1962, *Bull. civ. III*, n° 444.

<sup>161</sup> *Supra* n° 180, spéc. note n° 76.

de caractère obligatoire<sup>162</sup>. Aussi la désignation d'un tiers chargé de déterminer le prix des droits sociaux n'est-elle efficace que si ce tiers ne se borne pas à émettre un avis technique, mais s'il est effectivement un mandataire des parties, chargé de compléter leur accord.

**353.** Le recours à un tiers ne fait échapper la vente au risque de nullité que si les parties se sont accordées sur cette intervention, si elles ont désigné le tiers, et si elles ont entendu être liées par sa décision.

### **B - L'exigence d'un accord sur un tiers impartial**

**354.** Le tiers, lorsqu'il a été suffisamment désigné, doit encore être indépendant des parties, c'est-à-dire n'avoir aucun lien antérieur avec l'une ou l'autre des parties<sup>163</sup>. La Cour de cassation a en effet jugé le 2 décembre 1997 qu'était nulle la vente dont le prix devait être déterminé par un tiers ayant des liens avec l'une des parties<sup>164</sup>. Dans cette espèce, la cour d'appel avait annulé la désignation par les parties d'un tiers chargé de déterminer le prix de vente d'actions et, par voie de conséquence, sa décision déterminant le prix, au motif que ledit tiers n'avait pas informé le cédant des liens qu'il avait entretenus avec la société cessionnaire. La Cour de cassation a estimé que la cour d'appel était fondée à considérer que le mandataire commun de l'article 1592 du Code civil devait avoir véritablement la qualité de tiers, c'est-à-dire être indépendant des parties. Ayant constaté que le tiers nommé avait occupé avant la cession des fonctions de consultant en matière financière auprès du président de l'une des sociétés appartenant au groupe de l'acheteur, et qu'il ne démontrait ni la notoriété de ces liens, ni qu'il en avait révélé l'existence au cédant, elle pouvait ensuite en déduire que le consentement donné par le premier au mandat confié n'avait pas été exprimé librement.

**355.** Il résulte en outre d'un arrêt du 5 octobre 2004<sup>165</sup> que le tiers doit être impartial, c'est-à-dire ne pas faire preuve de prévention en se laissant envahir ou dominer par des opinions préconçues<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> MASSART (T.), fasc. préc., n° 19, p. 9

<sup>163</sup> DAIGRE (J.-J.), note sous Com., 2 déc. 1997, *Bull. Joly* 1998, § 158, p. 460.

<sup>164</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 déc. 1997, *Bull. Joly* 1998, § 158, p. 460, note DAIGRE (J.-J.), *D. aff.* 1998.144, obs. BOIZARD (M.), *RTD civ.* 1998.396, obs. GAUTIER (P.-Y.), *RTD civ.* 1998.144, obs. MESTRE (J.), *Rev. arb.* 1999.249.

<sup>165</sup> Com. 5 oct. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 44, p. 262, note GIORGINI (G. C.), *Dr. soc.*, janv. 2004, comm. 1, obs. TREBULLE (F. G.)

<sup>166</sup> MAGNIER (V.), La notion de justice impartiale, A la suite de l'arrêt Oury, *JCP* 2000.I.252, spéc. n° 5, p. 1596 ; dans le même sens : GIORGINI (G. C.), note sous Com. 5 oct. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 44, p. 262, spéc. n° 16, p. 269.

Dans cette affaire, la cour d'appel avait considéré que ne satisfaisait pas à la condition d'impartialité un expert faisant partie de sociétés de commissaires aux comptes qui étaient intervenues pour le compte des cessionnaires. Elle avait relevé que « *le fait qu'il [l'expert] ait pu, ne serait-ce que quelques années avant la source du litige, être d'une quelconque façon, subordonnée ou indépendante, lié par quelque moyen que ce soit à l'une des parties n'est pas en harmonie avec l'impartialité objective, exigence première de tout expert* ». La Cour de cassation censure l'arrêt au motif qu'en statuant ainsi, « *sans rechercher si l'expert avait personnellement entretenu avec [l'acheteur] ou ses dirigeants des relations de nature à faire naître un doute légitime et actuel sur son impartialité* », la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. Deux conséquences s'induisent de cet arrêt.

Il en résulte, en premier lieu, que l'expert doit, comme l'arbitre, être impartial. La solution paraît logique. Ce n'est qu'à cette condition que les parties peuvent accepter de lui confier la résolution du conflit qui les oppose<sup>167</sup>, qui réside dans un véritable litige dans le cas de l'arbitrage, dans une simple opposition d'intérêts dans le cas de la détermination du prix.

En imposant à la cour d'appel de rechercher si l'expert avait personnellement entretenu avec l'une des parties « *des relations de nature à faire naître un doute légitime et actuel* », c'est-à-dire fondé et non éventuel<sup>168</sup>, sur l'impartialité du tiers, la Cour de cassation précise en second lieu les modalités d'appréciation de l'impartialité. En censurant l'arrêt qui, pour conclure au défaut d'impartialité du tiers, avait retenu le fait que le tiers ait pu être « *d'une quelconque façon, subordonnée ou indépendante, lié par quelque moyen que ce soit à l'une des parties* », et en imposant de rechercher si les liens étaient de nature à faire naître un doute sur l'impartialité, la Cour de cassation exclut une analyse de l'impartialité, qualifiée d'objective en raison de son abstraction<sup>169</sup>, aux termes de laquelle il ne doit exister entre les parties et le tiers aucun lien de nature à faire douter de l'impartialité de ce dernier<sup>170</sup>. Appliquant des principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>171</sup>, la Cour de cassation semble cependant retenir comme critère de l'impartialité l'apparence. Il n'est pas nécessaire de démontrer un défaut effectif d'impartialité<sup>172</sup>. Il suffit que les liens existants soient « *de nature à faire naître un doute légitime et actuel* » sur cette impartialité.

<sup>167</sup> GIORGINI (G. C.), note sous Com. 5 oct. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 44, p. 262.

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> V. sur la distinction entre impartialité objective et subjective : MAGNIER (V.), art. préc., spéc. n° 3s., p. 1596s.

<sup>170</sup> *Ibid.* ; TREBULLE (F. G.), obs. sous Com., 5 oct. 2004, *Dr. soc.* 2004, comm. 1.

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> *Ibid.*



**356.** En rejetant une approche objective de l'impartialité, la Cour de cassation pourrait sembler revenir sur la solution adoptée dans l'arrêt du 2 décembre 1997. Dans cet arrêt, la seule existence de liens entre l'expert et l'une des parties avait suffi à vicier le consentement de son cocontractant. Similairement, la cour d'appel avait jugé, dans l'arrêt censuré par la Cour de cassation le 5 octobre 2004, que le vendeur pouvait récuser le tiers au seul motif qu'il avait appartenu à une société de commissaire aux comptes étant intervenue pour le compte de l'acquéreur. En censurant cet arrêt, la Cour de cassation semble donc également revenir sur la solution retenue dans son arrêt de 1997, et considérer, à l'instar de la CEDH<sup>173</sup>, que la dépendance n'est pas nécessairement incompatible avec l'impartialité<sup>174</sup>.

Une telle interprétation est toutefois sujette à caution. La Cour de cassation reproche en effet à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'expert avait personnellement entretenu avec l'acquéreur ou ses dirigeants des relations de nature à faire naître un doute légitime et actuel sur son impartialité. La censure est fondée sur l'idée que le lien caractérisé était en l'espèce insuffisant à remettre en cause la partialité du tiers. Il n'est toutefois pas possible de déterminer si cette insuffisance résultait de ce que la dépendance n'entraîne pas nécessairement la partialité, ou de ce que les liens caractérisés ne suffisaient à établir ni la partialité ni la dépendance. En l'absence d'arrêt remettant clairement en cause la nécessité d'indépendance du tiers, celui-ci nous semble devoir être à la fois indépendant et impartial, c'est-à-dire n'être attaché à l'une des parties ni par un lien de subordination de fonctions ou de services, ni par un préjugé<sup>175</sup>.

**357.** Le tiers, parce que son évaluation s'impose aux parties comme la sentence de l'arbitre, doit donc être indépendant et impartial<sup>176</sup>. La Cour de cassation ne précise pas, dans ces arrêts, que le défaut d'impartialité du tiers entraîne la nullité de la cession pour indétermination du prix. Elle se borne, dans le premier, à rejeter le pourvoi formé par le mandataire dont la désignation avait été annulée, mais ne statue pas sur la question, dont elle n'était pas saisie, des conséquences de cette annulation. Elle n'était pas davantage saisie,

---

<sup>173</sup> En ce sens GIORGINI (G. C.), *eod. loc.*, qui expose que la Cour admet désormais la possibilité d'une subordination à condition qu'elle demeure assortie de garanties suffisantes, et cite à l'appui de cette assertion une décision du 23 avril 1987 (CEDH, 23 avr. 1987, Ettl et autres c. Autriche : *Rec.*, n° 117, § 40).

<sup>174</sup> V. GIORGINI (G. C.), *eod. loc.*, qui écrit « *l'appréciation stricte de l'indépendance s'efface ainsi devant une analyse concrète des garanties offertes au justiciables* ».

<sup>175</sup> En ce sens que les deux arrêts ne sont pas incompatibles : TREBULLE (F. G.), obs. sous Com., 5 oct. 2004, *Dr. soc.* 2004, comm. 1. V. par ailleurs sur une telle définition de l'impartialité et de l'indépendance : GIORGINI (G. C.), *eod. loc.* ; v. également MAGNIER (V.), art. préc., spéc. n° 3, p. 1596.

<sup>176</sup> DAIGRE (J.-J.), note sous Com., 2 déc. 1997, *Bull. Joly* 1998, § 158, p. 460.

dans le second, de la question des conséquences de l'impartialité, et avait d'autant moins à y répondre qu'elle a censuré l'arrêt ayant annulé la désignation du tiers.

Le défaut d'impartialité semble cependant devoir être sanctionné par la nullité de la cession pour indétermination du prix<sup>177</sup>. Le tiers désigné par les parties est chargé de parfaire un contrat de vente incomplet faute de prix. Il ne peut l'être par le juge à défaut de désignation par les parties<sup>178</sup>. Le prix ne peut donc être déterminé si la désignation du tiers est nulle, sauf nouvel accord des parties, de telle sorte que la cession est nulle pour indétermination du prix. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'était nulle faute de détermination du prix les conventions prévoyant la fixation du prix par un tiers qui s'avérait partial<sup>179</sup>. Certes, la convention dont avait à connaître la Cour de cassation dans cet arrêt n'était pas une cession de droits sociaux<sup>180</sup>. La solution retenue, également fondée sur l'article 1592 du Code civil, semble cependant pouvoir être généralisée<sup>181</sup>, et en particulier transposée aux cessions de droits sociaux<sup>182</sup>.

**358.** Le recours à un tiers n'est ainsi effectif que, d'une part, si l'intention des parties est suffisamment précise et, d'autre part, si ce tiers est impartial. L'efficacité de la nomination d'un tiers comme moyen d'adapter le prix à la valeur d'échange des droits sociaux se heurte par ailleurs aux exigences relatives aux conditions d'exécution par le tiers de sa mission.

## **§ 2 – Le risque résultant de l'imperfection du prix fixé par le tiers**

**359.** La nomination d'un tiers, fût-elle parfaite, ne constitue pas systématiquement un moyen d'adapter le prix à la valeur d'échange tout en faisant échapper la cession au risque d'indétermination du prix. La cession peut en effet être annulée lorsque le tiers ne détermine pas le prix (A), ou lorsque sa détermination est affectée de certains vices (B).

---

<sup>177</sup> COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), art. préc., p. 7.

<sup>178</sup> Supra n° 329s.

<sup>179</sup> Com., 5 nov. 1971, *Bull. civ.* IV, n° 263, p. 245, *D.* 1972.355, note GHESTIN (J.).

<sup>180</sup> Il s'agissait en l'espèce d'une convention de fourniture exclusive de carburant.

<sup>181</sup> En ce sens que la partialité du tiers entraîne la nullité de la vente pour indétermination du prix : THIOYE (M.), thèse préc., n° 145, p. 74.

<sup>182</sup> COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), art. préc., p. 7.

## A - Le risque résultant de l'absence de détermination du prix

**360.** Le tiers étant chargé de parfaire une convention qui serait, sans son intervention, nulle faute de détermination du prix, le contrat demeure incomplet s'il ne procède pas à cette détermination.

**361.** Le tiers peut ainsi, en premier lieu, se trouver dans l'incapacité de fixer le quantum du prix sur les bases déterminées par les parties. La cession est alors nulle faute de prix déterminé<sup>183</sup>. Tel a par exemple été le cas dans une espèce où les experts n'avaient pas pu ou su, à la date de l'arrêt, déterminer le prix des parts qui dépendait en grande partie de la valeur du stock à la date du transfert de propriété et de jouissance<sup>184</sup>. Une cour d'appel a par ailleurs pu annuler une cession de droits sociaux consentie pour un prix qui devait être fixé par un collège d'experts en fonction des résultats de la société cible. Les juges du fond, ayant relevé que les pratiques arbitraires de la société dont les parts étaient cédées avaient eu pour effet de fausser, pour accroître artificiellement les résultats, les données de référence devant servir de base à l'établissement du prix, et que ces données ne pouvaient plus être reconstituées, étaient fondés à considérer que le prix n'était pas déterminable<sup>185</sup>.

**362.** Le prix retenu peut, en second lieu, ne pas satisfaire à l'exigence de déterminabilité. La Cour de cassation a ainsi censuré le 29 mai 1972 un arrêt qui avait retenu qu'était déterminable un prix fixé par les experts entre un minimum et un maximum<sup>186</sup>. La cour d'appel, constatant que le cédant avait accepté le plus faible de ces prix, c'est-à-dire celui qui lui était le plus défavorable, en avait déduit que la vente était parfaite et avait condamné les cessionnaires au paiement de ce prix. La Cour de cassation retient au contraire que les experts « n'ont pas fixé un prix déterminé mais se sont bornés à proposer aux parties un prix

---

<sup>183</sup> MASSART (T.), fasc. préc., n° 21, p. 10.

<sup>184</sup> Com., 9 mai 1985, *Bull. Joly* 1985, § 259, p. 788.

<sup>185</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 avr. 1999, *Bull. civ. II*, n° 67, p. 49, *Bull. Joly* 1999, § 272, p. 1177, note COURET (A.), *Rev. soc.* 2000.278, note MOURY (J.), *JCP* 1999.II.10136, note VIANDIER (A.), *RTD civ.* 1999.852, obs. GAUTIER (P.-Y.), *CCC* 1999, n° 126, obs. LEVENEUR (L.), *Dr. soc.* juil. 1999, comm n° 111, obs. BONNEAU (T.), *Rev. arb.* 2000.106, note PELLERIN (J.). Dans cet espèce, le collège d'expert était chargé de déterminer le résultat net sur la base duquel le prix serait calculé. Les tiers n'étaient donc pas, à proprement parler, chargés de déterminer le prix. La convention prévoyait toutefois que ce prix serait égal à sept fois le résultat net. Il dépendait ainsi, finalement, de l'évaluation faite par les experts. Aussi la Cour de cassation a-t-elle approuvé la cour d'appel qui avait considéré que le prix était laissé à l'arbitrage d'un tiers. V. également Com., 19 déc. 2006, pourvoi n° 05-10.198, dans lequel la Cour de cassation a jugé que n'était pas déterminable le prix d'actions d'une société exploitant un hypermarché qui devait être fixé par des tiers en tenant compte, en substance, du prix des actions d'autres sociétés exploitant des hypermarchés à la même enseigne. La Cour de cassation a estimé que les critères de référence n'étaient pas suffisamment déterminés.

<sup>186</sup> Com., 29 mai 1972, *Bull. civ. IV*, n° 167, p. 163, *D.* 1973.255, note GUYENOT (J.).

*minimum et un prix maximum* ». Constatant que seul le vendeur avait accepté l'un de ces deux prix, elle en déduit que la cour d'appel a violé les articles 1583, 1591 et 1592 du Code civil en décidant que le prix était déterminé et la vente parfaite.

### **B - Le risque résultant d'un vice affectant la détermination effectuée par le tiers**

**363.** La détermination du prix à laquelle le tiers procède constitue en principe « *la loi des parties* » sans que le montant du prix puisse en principe être critiqué<sup>187</sup>. La Cour de cassation admet toutefois que certains événements affectent la validité du prix déterminé par le tiers (1), ce qui fait courir au contrat différents risques (2).

#### 1 – La nature des vices pouvant affecter la détermination du prix

**364.** Le prix déterminé par le tiers peut être remis en cause lorsqu'il est affecté par des vices affectant la détermination du prix en raison de la nature de la mission du tiers (a). Il peut également être remis en cause en cas d'erreur grossière du tiers (b).

##### *a) Les vices résultant de la nature de la mission du tiers*

**365.** Le tiers chargé de déterminer le prix est un mandataire des parties<sup>188</sup>, de telle sorte que la détermination du prix peut être affectée par les vices affectant tout acte effectué par un mandataire.

**366.** A l'instar de tout acte effectué par le mandataire, l'estimation semble en premier lieu pouvoir être attaquée si la volonté du mandataire a été viciée<sup>189</sup>. La Cour de cassation a en effet eu l'occasion de décider que l'estimation faite par le tiers pouvait être critiquée en cas d'erreur sur la substance, de dol, ou de violence<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> Supra n° 180.

<sup>188</sup> Supra n° 182 et n° 196.

<sup>189</sup> MARECHAL (S.), thèse préc., p. 105 ; LAMBERT (T.), thèse préc., n° 576, p. 434 ; THIOYE (M.), thèse préc., n° 146, p. 74 Rappelant que le mandant n'est tenu que si le consentement du mandataire était sain : MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 570, p. 313.

<sup>190</sup> V. par exemple Com., 6 juin 1950, *Bull. civ. II*, n° 205, p. 141 ; Com., 3 nov. 1952, *Bull. civ. II*, n° 333, p. 257 ; Com., 12 nov. 1962, *Bull. civ. III*, n° 444, p. 367. Des auteurs ont déduit de l'absence d'arrêts récents que ce fondement paraissait remplacé, dans l'esprit des magistrats de la Cour de cassation, par la notion d'erreur grossière (COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), art. préc., p. 9). Certes, les arrêts les plus récents en la matière envisagent comme limite à l'effet obligatoire l'erreur grossière, et non le vice du consentement. Mais en l'absence d'arrêts rejetant explicitement l'annulation en présence d'un vice du consentement, un tel vice semble devoir demeurer, en application du droit commun, une cause de nullité de l'évaluation.

Cette solution, quoique conforme au droit commun du mandat<sup>191</sup>, a été critiquée par un auteur, au motif que la théorie des vices du consentement ne pourrait pas trouver application en matière d'évaluation par un tiers<sup>192</sup>. L'auteur admet que le mandant n'est pas engagé lorsque le consentement du mandataire est vicié. Mais il conteste que le tiers de l'article 1592 du Code civil consente au plein sens du terme, au lieu et place des parties, en arrêtant le prix. Le tiers n'aurait pas le pouvoir de parfaire le contrat ou de le laisser inachevé, et ne serait donc nanti d'aucun pouvoir d'initiative. On ne saurait ainsi parler de volition à propos de son intervention<sup>193</sup>. Une telle opinion semble toutefois sujette à caution. Il résulte en effet des termes mêmes de l'article 1592 du Code civil, qui dispose qu'il n'y a point vente si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, que le tiers a le pouvoir de parfaire le contrat ou de le laisser au contraire inachevé. Le tiers fait ainsi doublement acte de volition : en décidant d'estimer le bien dont il est chargé de fixer le prix et, après l'avoir estimé, en retenant, et donc en imposant aux parties, la valeur par lui déterminée. Il est ainsi qualifié par l'ensemble de la doctrine de mandataire des parties<sup>194</sup>.

**367.** L'estimation peut en second lieu être attaquée, en application de l'article 1998 du Code civil<sup>195</sup>, si le tiers a outrepassé ses pouvoirs<sup>196</sup>. L'acte effectué par un mandataire au-delà de ses pouvoirs est en effet nul<sup>197</sup>. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel qui avait jugé inopposable aux contractants l'avis, émis par des experts chargés d'évaluer un terrain, selon lequel l'indemnité due devait être portée au double de la valeur qu'ils avaient eux-mêmes fixée<sup>198</sup>. Elle a censuré réciproquement l'arrêt ayant condamné le cessionnaire d'actions à payer le prix fixé par des experts selon des modalités que ceux-ci avaient précisés, alors que la convention ne leur attribuait pas le pouvoir de se prononcer sur les modalités de paiement<sup>199</sup>. Un arrêt du 25 novembre 2003 a en outre approuvé une cour

---

<sup>191</sup> COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), art. préc., p. 9.

<sup>192</sup> MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 26, p. 479.

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> *Supra* n° 180.

<sup>195</sup> Il dispose : « le mandat est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné.

*Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément »*

<sup>196</sup> MARECHAL (S.), thèse préc., p. 106 ; COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), art. préc., p. 9 ; WERTENSCHLAG (B.), art. préc., n° 57, p. 508 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), préc., n° 28, p. 479.

<sup>197</sup> COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 654, p. 545 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 574, p. 315 ; MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 507, p. 503.

<sup>198</sup> Req., 14 août 1860, *D.P.* 1861.1.61.

<sup>199</sup> Com., 20 janv. 1970, *Bull. civ.* IV, n° 27, p. 27.

d'appel qui avait considéré qu'était nulle la détermination du prix effectuée par un expert nommé en application de l'article 1843-4 du Code civil, dans la mesure où celui-ci avait modifié le sens de la mission qui lui était confiée et était sorti du cadre juridique qui en était le fondement<sup>200</sup>. La nullité résulte donc bien de ce que l'expert avait dépassé les termes de son mandat<sup>201</sup>. Le tiers de l'article 1592 du Code civil étant, comme celui de l'article 1843-4 du même code, un mandataire des parties, la solution retenue dans cet arrêt semble pouvoir être transposée au cas du dépassement de mandat par le tiers de l'article 1592 du Code civil.

*b) Le risque résultant de l'erreur grossière*

**368.** Le prix devrait encore, de manière apparemment plus originale<sup>202</sup>, être indéterminable en cas d'erreur grossière de l'expert.

L'erreur grossière justifie ainsi, d'abord, la remise en cause de la détermination du prix par le tiers de l'article 1592 du Code civil<sup>203</sup>. Dans un arrêt du 9 avril 1991, la Cour de cassation a ainsi censuré une décision qui, pour condamner les cédants à restituer une partie des sommes perçues, s'était fondée sur l'estimation d'un expert désigné par les parties sans rechercher si les griefs allégués par les cédants à l'encontre des opérations d'expertise ne constituaient pas des erreurs grossières<sup>204</sup>. La Cour de cassation a par ailleurs jugé, dans une affaire relative à une cession de droits sociaux, que « *l'erreur grossière est une condition de remise en cause*

<sup>200</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *Bull. civ.* I, n° 243, p. 191, *RTD com.* 2004.116, obs. MONSERIE-BON (M.-H) et GROSCLAUDE (L.), *Deffrénois* 2004, p. 1152, note GIBRILA (D.), *D.* 2003.3053, note LIENHARD (A.), *Rev. soc.* 2004.93, obs. CHARTIER (Y.) ; *Bull. Joly* 2004, § 51, p. 787, obs. COURET (A.).

<sup>201</sup> GIBRILA (D.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *Deffrénois* 2004, p. 1152 ; LIENHARD (A.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *D.* 2003.3053 ; RENARD-PAYEN (O.), note sous Civ ; 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *JCP* 2005.II.10046. Ainsi que le souligne Monsieur Lienhard, la Cour de cassation semble considérer, dans cet arrêt, que le dépassement de mandat constitue une forme d'erreur grossière. Elle approuve en effet la cour d'appel d'avoir retenu que l'expert avait commis une erreur grossière « *en modifiant le sens de la mission qui lui était confiée et en sortant du cadre juridique qui en était le fondement* ». Il nous semble toutefois préférable de distinguer, parmi les causes de nullité, erreur grossière et dépassement du mandat. Il s'agit en effet en principe de deux causes distinctes de nullité de la détermination (LIENHARD (A.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *D.* 2003.3053 ; v. également GIBRILA (D.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *Deffrénois* 2004, p. 1155, spéc. p. 1160). Le droit commun du mandat permet en outre de justifier la nullité en cas de dépassement de ses termes, sans avoir à recourir à l'erreur grossière. .

<sup>202</sup> Le fondement de cette solution paraît en effet incertain (RANDOUX (D.), note sous CA Douai, 24 fév. 1983, *Rev. soc.* 1983.337 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 27, p. 475). On pourrait considérer qu'il résulte de ce que l'acte comportant une telle erreur ne peut être considéré comme exécuté dans le cadre du mandat. Cette interprétation semble toutefois condamnée par les arrêts jugeant, au contraire, que le dépassement de mandat constitue un cas d'erreur grossière (supra n° 367).

<sup>203</sup> MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 25, p. 475 ; WERTENSCHLAG (B.), Prix déterminable et cession de droits sociaux, art. préc., n° 58, p. 508 ; COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), La maîtrise du risque d'indétermination du prix dans les cessions d'actions, art. préc., p. 8.

<sup>204</sup> Com., 9 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991, § 392, p. 1130, *RTD civ.* 1992.133, obs. GAUTIER (P.-Y.).

de la détermination du prix »<sup>205</sup>, ou que « seule une erreur grossière commise par ce tiers serait de nature à remettre en cause le caractère définitif de cette détermination »<sup>206</sup>, ce dont il semble résulter que la détermination du prix entachée d'erreur grossière est nulle.

Elle justifie également la remise en cause de la détermination opérée par le tiers de l'article 1843-4 du Code civil<sup>207</sup>. La Cour de cassation a en effet jugé à de plusieurs reprises que l'estimation faite par l'expert nommé conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil s'imposait aux parties à défaut d'erreur grossière<sup>208</sup>. Elle a par ailleurs approuvé l'arrêt qui avait écarté le caractère impératif d'une expertise, dont il avait relevé qu'elle reposait sur « des prémisses erronées » quant au mode même de détermination de la valeur des parts sociales. Il résultait en effet de ces constatations que l'expertise était entachée d'une erreur grossière<sup>209</sup>.

**369.** La Cour de cassation n'a précisément défini la notion d'erreur grossière ni pour l'application de l'article 1592 du Code civil, ni pour l'application de l'article 1843-4 du même code<sup>210</sup>.

Les arrêts relatifs à l'évaluation de l'expert de l'article 1843-4 de ce code fournissent toutefois des indications permettant de dégager une notion d'erreur grossière. La Cour de cassation a ainsi approuvé la cour d'appel ayant retenu que constituait une erreur grossière le fait pour l'expert de modifier le sens de la mission qui lui était confiée et de sortir du cadre juridique qui en était le fondement<sup>211</sup>. Renforçant encore le contrôle qu'elle exerce sur les décisions statuant sur l'existence d'une erreur grossière<sup>212</sup>, la Cour de cassation a par ailleurs, le 25

---

<sup>205</sup> Com., 4 fév. 2004, *JCP* 2004.II.10087, note CASTETS-RENARD (C.), *Bull. Joly* 2004, § 163, p. 814, obs. LE NABASQUE (H.).

<sup>206</sup> Com., 6 juin 2001, pourvoi n° 98-18.503, *JCP* 2001.I.372, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.).

<sup>207</sup> COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 27, p. 1050 ;

<sup>208</sup> Com., 19 avr. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 95, p. 99, préc. ; Com., 13 oct. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 310, p. 221, préc. ; v. également Com., 20 déc. 1988, pourvoi n° 97-19.417.

<sup>209</sup> Com., 19 déc. 2000, pourvoi n° 98-10.301.

<sup>210</sup> MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 27, p. 477. Si certains arrêts, ont, depuis, précisé les contours de la notion d'erreur grossière (cf infra.), aucun n'en a donné une définition précise.

<sup>211</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *Bull. civ. I*, n° 243, p. 191, *RTD com.* 2004.116, obs. MONSERIE-BON (M.-H) et GROSCLAUDE (L.), *Defrénois* 2004, p. 1152, note GIBRILA (D.), *D.* 2003.3053, note LIENHARD (A.), *Rev. soc.* 2004.93, obs. CHARTIER (Y.) ; *Bull. Joly* 2004, § 51, p. 787, obs. COURET (A.).

<sup>212</sup> La Cour de cassation a dans un premier temps considéré, semble-t-il, qu'il s'agissait d'une notion de fait (MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 27, p. 477 ; GIBRILA (D.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 jan. 2005, *Defrénois* 2005, p. 1146). On relèvera qu'un doute est permis sur le caractère effectivement souverain de cette appréciation, dans la mesure où la Cour de cassation n'a explicitement décidé dans aucun arrêt que l'erreur grossière était appréciée souverainement par les juges du fond. Les auteurs concluant en ce sens invoquent deux arrêts : un arrêt du 3 novembre 1952 (Com., 3 nov. 1952, *Bull. civ. II*, n° 333, p. 257) et un arrêt du 22 avril 1976 (Com., 22 avr. 76,

janvier 2005, procédé à un véritable contrôle de la notion d'erreur grossière<sup>213</sup>. Elle a dans cet arrêt censuré une décision qui avait, pour retenir l'erreur grossière, énoncé que l'expert s'était fondé sur des considérations subjectives et postérieures à la date à laquelle il convenait qu'il se place<sup>214</sup>. En statuant ainsi, alors que l'expert avait fait application des usages de la profession de notaire conformément à la mission qui lui était impartie, la cour d'appel n'avait pas caractérisé l'erreur grossière de l'expert.

La Cour de cassation ne définit donc pas la notion d'erreur grossière<sup>215</sup>, mais en trace les contours de manière négative<sup>216</sup>. Elle admet, dans son arrêt du 25 janvier 2005, que l'expert pouvait diminuer le prix en retenant, dans son appréciation, des données propres au comportement de l'associé retrayant, c'est-à-dire purement subjectives, fussent-elles postérieures à la date du retrait<sup>217</sup>. L'erreur grossière semble par ailleurs pouvoir être caractérisée par exemple lorsque l'expert omet de comptabiliser un actif important de la société, commet une erreur de calcul, évalue les parts à partir d'un seul critère<sup>218</sup>, prend en

---

*Bull. civ. IV*, n° 129, p. 110). Or le premier de ces arrêts ne réserve pas l'hypothèse de l'erreur grossière, mais celle de l'erreur sur la substance, du dol, et de la violence. Il ne relève pas explicitement le caractère souverain de l'appréciation portée sur ces éléments. Le second juge que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain qu'une cour d'appel a estimé qu'une partie ne rapportait pas la preuve de l'erreur grossière. La solution pourrait ainsi être justifiée par le fait que la question ne portait pas sur la qualification d'erreur grossière, à partir d'éléments connus, mais sur la preuve des éléments permettant d'établir ou d'écarter cette erreur. La Cour de cassation a en tout état de cause, dans un deuxième temps, procédé à un contrôle de motivation, ainsi que le révèle la formule « a pu » employée dans l'arrêt précité du 25 novembre 2003 pour approuver la cour d'appel d'avoir retenu l'existence d'une erreur grossière (en ce sens : CHARTIER (Y.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 jan. 2005, *Rev. soc.* 2005.609 ; GIBRILA (D.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 jan. 2005, *Defrénois* 2005, p. 1146).

<sup>213</sup> En ce sens : CHARTIER (Y.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 jan. 2005, *Rev. soc.* 2005.609.

<sup>214</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Bull. civ. I*, n° 49, p. 39, *Rev. soc.* 2005.609, obs. CHARTIER (Y.), *Defrénois* 2005, p. 1146, obs. GIBRILA (D.), *RTD com.* 2005.539, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), *JCP* 2005.II.10046, note RENARD-PAYEN (O.). L'expert avait réduit la valeur initialement fixée par lui à 1 700 000 francs à hauteur de 500 000 francs, et retenu une valeur de 1 200 000 francs, au motif de l'absence de « coopération active du cédant », qui n'avait pas contribué « pour la mémoire et la liquidation des dossiers en cours et le confort de la clientèle ». L'expert avait donc tenu compte du fait que l'associé retrayant n'avait pas respecté les règles d'usages telles que le règlement des affaires en cours, la présentation de la clientèle, le passage de la mémoire et la non réinstallation, et avait, par ce comportement, obéré la valeur des parts (en ce sens : GIBRILA (D.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Defrénois* 2005, p. 1146 ; CHARTIER (Y.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Rev. soc.* 2005.609).

<sup>215</sup> GIBRILA (D.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Defrénois* 2005, p. 1146 ; CHARTIER (Y.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Rev. soc.* 2005.609 ; COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 27, p. 1050 ; v. déjà VIANDIER (A.), note sous Com., 4 nov. 1987, *JCP* 1988.II.21050, préc..

<sup>216</sup> CHARTIER (Y.), *eod. loc.*

<sup>217</sup> *Ibid.*

<sup>218</sup> COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 917, p. 328 ; COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), art. préc., n° 28, p. 1050 ; COURET (A.), L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 184 3-4 du Code civil, art. préc., n° 17, p. 257.



compte des éléments inexistants<sup>219</sup>, ou, plus largement, lorsque la faute est celle qu'un technicien normalement soucieux de ses fonctions ne saurait commettre<sup>220</sup>.

Cette appréhension de l'erreur grossière semble pouvoir permettre également de caractériser l'erreur grossière du tiers de l'article 1592 du Code civil. Malgré leurs différences<sup>221</sup>, la procédure prévue par l'article 1843-4 du Code civil présente de nombreuses similitudes avec la fixation du prix par un tiers conformément aux dispositions de l'article 1592 du Code civil<sup>222</sup>. Elles ont toutes deux le même objet : la détermination du prix. Leurs régimes sont en outre comparables, dans la mesure où la décision du tiers s'impose dans les deux cas aux parties et au juge, sous réserve, dans les deux cas, de l'erreur grossière<sup>223</sup>. Les deux tiers sont en outre considérés comme des mandataires des parties. Aussi semble-t-il possible, en l'absence d'arrêt condamnant un tel rapprochement, de considérer que les contours de l'erreur grossière telle qu'ils ont été tracés s'appliquent aussi bien à la détermination du prix par l'expert de l'article 1843-4 du Code civil qu'à celle opérée en application de l'article 1592 de ce code<sup>224</sup>.

## 2 – La sanction des vices affectant la détermination du prix

**370.** La sanction du vice affectant la détermination du prix diffère selon que l'expert est intervenu à la demande des parties ou dans l'un des cas où l'article 1843-4 du Code civil impose un tel mode de fixation du prix<sup>225</sup>. Dans le premier cas, la détermination imparfaite du prix entraîne en principe la nullité de la vente (a). Elle contraint, dans le second cas, les parties à obtenir que l'expert détermine un nouveau prix, ou à faire nommer un nouvel expert (b).

---

<sup>219</sup> WERTENSCHLAG (B.), art. préc., n° 58, p. 508.

<sup>220</sup> GIBRILA (D.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Defrénois* 2005, p. 1146 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. et loc. cit.* ; VIANDIER (A.), note sous Com., 4 nov. 1987, *JCP* 1988.II..21050, préc..

<sup>221</sup> *Supra* n° 196

<sup>222</sup> CADIET (L.), art. préc., p. 158, qui estime que la différenciation entre les deux notions est « *discutable* » ; GIBRILA (D.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *Defrénois* 2004, p. 1155, spéc. p. 1158 ; DAIGRE (J.-J.), *Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil*, art. préc., p. 792.

<sup>223</sup> *Ibid.*

<sup>224</sup> Les auteurs évoquant les causes de nullité de la détermination du prix par un tiers ne distinguent généralement pas les causes de nullité de la décision du tiers de l'article 1592 du Code civil et de celle du tiers de l'article 1843-4 du même code (V. par exemple MOURY (J.), *Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers* (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 25s., p. 475s. ; CADIET (L.), art. préc., p. 164 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 722, p. 321 )

<sup>225</sup> Sur le domaine de l'intervention du tiers en application de l'article 1843-4 du Code civil, cf. *supra* n° 188s.

a) *La nullité de la vente*

**371.** Aucun arrêt n'a explicitement décidé que la nullité du prix déterminé par l'expert entraînait la nullité de la vente. Des arrêts semblent, au contraire, avoir admis que le juge dispose, en cas d'erreur sur la substance, de dol ou de violence, du pouvoir d'ordonner une expertise judiciaire pour qu'il soit à nouveau procédé à la fixation du prix<sup>226</sup>.

Aucun arrêt n'a toutefois effectivement admis une telle substitution du juge aux parties. La solution est en outre contraire au principe suivant lequel le juge ne peut se substituer aux parties pour parfaire le contrat<sup>227</sup>. La Cour de cassation a par ailleurs explicitement décidé que le juge ne pouvait se substituer à l'expert désigné en application de l'article 1843-4 du Code civil lorsque celui-ci avait commis une erreur grossière<sup>228</sup>. Or il serait contradictoire de permettre au juge de fixer lui-même le prix lorsque le tiers est nommé en application de l'article 1592 du Code civil et non lorsqu'il est nommé en application de l'article 1843-4 du même code, alors que le tiers est dans les deux cas un mandataire des parties<sup>229</sup>. Il en est d'autant plus ainsi que le rôle de la volonté des parties, qui justifie l'interdiction faite au juge de déterminer le prix, est plus important dans le premier cas que dans le second, où le recours à l'expert est imposé par la loi<sup>230</sup>.

Il peut en revanche être conforme aux principes qui gouvernent le mandat d'obliger le tiers à procéder à une nouvelle détermination du prix, qui s'impose aux parties<sup>231</sup>. Il est en effet possible de considérer qu'en raison de l'annulation de la détermination du prix, quel qu'en soit le motif, le mandat donné par les parties au tiers n'aura épuisé ses effets qu'une fois effectuée une nouvelle détermination, valable, du prix.

On peut toutefois également considérer que la nullité de la détermination du prix entraîne celle de l'acte entier<sup>232</sup>. Une telle sanction pourrait en particulier être justifiée, en cas de

<sup>226</sup> Com., 3 nov. 1952, *Bull. civ.* II, n° 333, p. 257, qui décide que les parties « *sont admises, en cas d'erreur de sa part [de la part du tiers] sur la substance, de dol ou de violence, à demander qu'il soit procédé par des experts judiciaires à une nouvelle fixation du prix* » ; v. également Com., 6 juin 1950, *Bull. civ.* II, n° 205, p. 141.

<sup>227</sup> MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 27, p. 477.

<sup>228</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *Bull. civ.* I, n° 243, p. 191 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Bull. civ.* I, n° 49, p. 39 ; v. également *Infra* n° 374.

<sup>229</sup> A propos du tiers de l'article 1592 du Code civil : *supra* n° 182 et à propos du tiers de l'article 1843-4 du Code civil : *supra* n° 196.

<sup>230</sup> *Contra* : SHINDLER-VIGUIE (S.), thèse préc., p. 297.

<sup>231</sup> En ce sens : HEMARD (J.), TERRE (F.) ET MABILLAT (P.), *Sociétés commerciales*, Dalloz, 1972, t. I, n° 322, repris par Monsieur Cadiet (CADIET (L.), art. préc., p. 164)

<sup>232</sup> En ce sens à propos de l'erreur grossière : CASTETS-RENARD (C.), note sous Com., 4 fév. 2004, *JCP* 2004.II.10087, à propos du dépassement de mandat : MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à

dépassement de mandat ou d'erreur grossière, par l'idée que les parties n'ont pas entendu que le mandat se poursuive si le tiers commettait de telles erreurs.

**372.** En l'absence d'arrêt ayant statué sur cette question, la sanction de l'erreur grossière demeure imprécise<sup>233</sup>, de même que celle du vice du consentement ou du dépassement de mandat. La nullité devrait toutefois fréquemment être encourue alors même que le tiers pourrait, ou devrait, procéder à une nouvelle détermination du prix, dès lors qu'il résulte de l'article 1592 du Code civil que la vente est nulle lorsque le tiers refuse de procéder à la détermination du prix. Or il est vraisemblable que, dans un certain nombre de cas, le tiers auquel il est reproché une erreur grossière ou un dépassement de mandat refuse de procéder à une nouvelle détermination du prix.

**373.** Encore une limite doit-elle être posée à l'étendue de la nullité résultant du dépassement par le tiers des pouvoirs qui lui sont attribués. Un tel dépassement n'entraîne pas systématiquement la nullité de la détermination du prix. La Cour de cassation déduit en effet de l'article 1998 du Code civil que le mandant reste tenu de ce qui a été exécuté conformément au mandat<sup>234</sup>. Elle a ainsi rejeté, dans l'arrêt précité dans lesquels les experts avaient considéré que l'indemnité due devait être portée au double de la valeur du terrain<sup>235</sup>, le pourvoi qui soutenait que la vente entière était nulle pour indétermination du prix en raison du dépassement de pouvoir. Quoique aucun arrêt ne semble l'avoir jugé en application de l'article 1592 du Code civil, la nullité devrait toutefois être encourue lorsqu'il n'est pas possible de distinguer, dans l'évaluation, les opérations effectuées conformément au mandat de celle effectuées au-delà<sup>236</sup>. La détermination du prix devrait ainsi par exemple être nulle lorsque le tiers ne respecte pas les directives fixées par les parties<sup>237</sup>.

---

dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 28, p. 478, et à propos des vices du consentement : MARECHAL (S.), thèse préc., p. 108, qui applique à l'ensemble des vices du consentement la solution que proposait Guillaouard en cas de dol (GUILLOUARD (L.), *Traité de la vente et de l'échange, op. cit.*, n° 107, p. 123).

<sup>233</sup> MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 27, p. 477. Le tiers qui commet une telle erreur engage sa responsabilité et peut être condamné à réparer le préjudice subi par les parties, sur le fondement du droit commun du mandat (V. notamment Com., 4 fév. 2004, *Bull. civ. IV*, n° 23, p. 22, *JCP* 2004.II.10087, note CASTETS-RENARD (C.)).

<sup>234</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janv. 1999, *Bull. civ. I*, n° 30, p. 20.

<sup>235</sup> Req., 14 août 1860, *D. P.* 1861.1.61, préc. supra n° 367.

<sup>236</sup> L'arrêt du 25 novembre 2003 précité, rendu sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil, l'admet.

<sup>237</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 576, p. 434 ; MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), art. préc., n° 28, p. 479.

b) *L'obligation d'obtenir une nouvelle détermination du prix par expert*

**374.** Les vices affectant la détermination du prix par l'expert ne peuvent entraîner la nullité de la cession lorsque l'expert intervient en application de l'article 1843-4 du Code civil. L'expertise est en effet, par définition, destinée à permettre une cession devenue inéluctable<sup>238</sup>. Sanctionner par la nullité de la vente l'erreur grossière de l'expert, le dépassement de son mandat ou les vices affectant son consentement conduirait à priver cette expertise d'une partie de son efficacité. Aussi ces vices affectant le prix déterminé ne peuvent-ils conduire qu'à une nouvelle détermination du prix<sup>239</sup>.

**375.** La première chambre civile de la Cour de cassation a, à cet égard, affirmé très nettement, dans deux arrêts récents, que les parties comme le juge, restent tenus, en cas d'erreur grossière, de respecter la procédure prévue par cet article. Dans son arrêt précité du 25 novembre 2003<sup>240</sup>, la Cour de cassation, après avoir approuvé la cour d'appel en ce qu'elle avait retenu l'existence d'une erreur grossière, a censuré l'arrêt qui avait désigné un nouvel expert avec mission de fournir à la cour tous les éléments lui permettant de fixer la valeur des parts<sup>241</sup>. En statuant ainsi alors que l'expert est désigné, à défaut d'accord des parties, « *par ordonnance du président du Tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* », la cour d'appel avait violé l'article 1843-4 du Code civil. La même décision a en outre été censurée au motif que la cour d'appel avait procédé elle-même à l'évaluation des parts, alors « *qu'il appartient au seul expert désigné en application de cet article de déterminer la valeur des droits sociaux* ». Elle a encore, dans son arrêt précité du 25 janvier 2005<sup>242</sup>, également censuré l'arrêt en ce que, après avoir retenu l'erreur grossière de l'expert, la cour d'appel avait évalué elle-même les parts. La chambre commerciale de la Cour de cassation a par ailleurs censuré un arrêt ayant nommé l'expert, « *alors que le pouvoir de désigner un expert chargé de l'évaluation des droits sociaux appartient au seul président du tribunal* »<sup>243</sup>.

<sup>238</sup> Supra n° 189.

<sup>239</sup> COHEN (D.), thèse préc., n° 361, p. 180.

<sup>240</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *Bull. civ. I*, n° 243, p. 191, *RTD com.* 2004.116, obs. MONSERIE-BON (M.-H) et GROSCLAUDE (L.), *Defrénois* 2004, p. 1152, note GIBRILA (D.), *D.* 2003.3053, note LIENHARD (A.), *Rev. soc.* 2004.93, obs. CHARTIER (Y.) ; *Bull. Joly* 2004, § 51, p. 787, obs. COURET (A.).

<sup>241</sup> En ce sens : CHARTIER (Y.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Rev. soc.* 2005.609.

<sup>242</sup> Supra n° 0369, spéc. note n° 214.

<sup>243</sup> Com., 30 nov. 2004, *Bull. civ. IV*, n° 211, p. 237, *Bull. Joly* 2005, § 79, p. 400, obs. LE NABASQUE (H.), *RTD com.* 2005.124, obs. MONSERIE-BON (M.-H) et GROSCLAUDE (L.), *D.* 2004.3141, obs. LIENHARD (A.).

Il semble donc résulter de ces arrêts que les juges du fond ne peuvent, après avoir retenu l'existence d'une erreur grossière, ni déterminer le prix, ni nommer un autre expert<sup>244</sup>. La chambre commerciale de la Cour de cassation avait certes, dans son arrêt du 19 novembre 2000<sup>245</sup>, approuvé l'arrêt ayant substitué à l'évaluation de l'expert, entachée d'une erreur grossière, sa propre évaluation, et avait ainsi semblé admettre implicitement que le juge avait le pouvoir de se substituer à l'expert en cas d'erreur grossière<sup>246</sup>. Le demandeur au pourvoi se bornait toutefois à contester l'existence d'une erreur grossière, mais ne critiquait pas les conséquences qu'en avait tiré l'arrêt, de telle sorte qu'il est difficile de déduire de cet arrêt que les juges peuvent procéder à l'estimation des parts<sup>247</sup>.

Les parties semblent ainsi devoir, en cas d'erreur grossière, soit obtenir de l'expert qu'il procède à une nouvelle détermination du prix<sup>248</sup>, soit reprendre la procédure de désignation d'un expert<sup>249</sup>, en saisissant au besoin à nouveau le président du tribunal.

**376.** Quoique aucun arrêt ne le décide, la solution devrait être identique en cas de dépassement de mandat ou de vice affectant la volonté du mandataire. Les arrêts du 25 novembre 2003 et du 25 janvier 2005 précités ne distinguent pas, lorsqu'ils posent le principe suivant lequel il appartient au seul expert de déterminer le prix, selon les causes de nullité de la première expertise. Aussi la solution semble-t-elle devoir être étendue à tous les cas de nullité de l'expertise.

---

<sup>244</sup> CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *RTD com.* 2005.539. On peut se demander si la Cour de cassation, dès lors qu'elle écartait l'erreur grossière, ne pouvait constater par voie d'évocation que cette erreur n'était pas établie et que le prix retenu par l'expert s'imposait en conséquence aux parties (en ce sens : CHARTIER (Y.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Rev. soc.* 2005.609).

<sup>245</sup> Supra n° 368, spéc. note n° 209.

<sup>246</sup> En ce sens : LIENHARD (A.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2003, *D.* 2003.3053.

<sup>247</sup> Un arrêt de la troisième chambre civile avait en outre jugé que l'expert pouvait être désigné non par le président du tribunal mais par le tribunal statuant dans sa forme collégiale, dans la mesure où cette dernière formation ne saurait avoir une compétence inférieure à celle du président (Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 nov. 2002, *Dr. soc.*, avr. 2003, comm. n° 65, note LUCAS (F.-X.)). Mais cet arrêt ne semble pas devoir remettre en cause la solution retenue par les deux arrêts de la première chambre civile. La question sur laquelle il se prononce est celle de la concurrence « de même degré » entre le président et une formation collégiale, quand les arrêts de la chambre civile se sont prononcées sur le pouvoir de la cour d'appel (LIENHARD (A.), obs. sous Com., 30 nov. 2004, *D.* 2004.3141). Ainsi que le note Monsieur Lienhard, on imagine toutefois mal, à cet égard, que la première chambre civile adopte une solution différente s'agissant du pouvoir du tribunal de celle adoptée s'agissant du pouvoir des cours d'appel (LIENHARD (A.), *eod. loc.*). L'arrêt de la chambre commerciale du 30 novembre 2004 est par ailleurs dénué de toute équivoque, puisqu'il précise que le pouvoir de nomination de l'expert « appartient au seul président du tribunal ». Au contraire, la valeur de l'arrêt de la troisième chambre civile n'est pas certaine. Il n'est pas publié. Il est en outre antérieur à ceux des autres formations, de telle sorte qu'il n'est pas certain que la troisième chambre civile maintienne sa position.

<sup>248</sup> HALLOUIN (J.-C.) et LAMAZEROLLES (E.), obs. sous Com., 30 nov. 2004, Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, et Com., 19 avr. 2005, *D.* 2005, pan. 2950. On voit cependant mal, en pratique, les parties confier à un expert qui a commis une erreur grossière le soin de fixer à nouveau le prix.

<sup>249</sup> CHARTIER (Y.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, *Rev. soc.* 2005.609.

**CONCLUSION DU CHAPITRE**

**377.** La procédure d'adaptation du prix à la valeur d'échange des droits sociaux et, à travers celle-ci, à la situation financière de la société cible, expose les cessions de droits sociaux à de nombreux risques. Elle leur fait, principalement, courir un risque d'annulation pour indétermination du prix. Tel est le cas, d'abord, lorsque les parties conviennent d'un mécanisme d'adaptation autonome, c'est-à-dire sans intervention d'un tiers. L'imprécision des modes d'adaptation du prix, ou l'influence que peut exercer l'une des parties sur cette adaptation, rendent fréquemment le prix insuffisamment déterminé pour permettre la formation de la vente. Mais tel peut également être le cas lorsqu'elles prévoient que le prix sera déterminé par un tiers, alors pourtant que ce recours est présenté comme une solution efficace au risque de nullité pour indétermination du prix. Les conditions tenant à la nomination du tiers d'une part, au prix qu'il détermine d'autre part, ne sont pas toujours remplies, de telle sorte que l'opération encourt, là encore, un risque d'annulation.

Si l'indétermination n'est pas certaine, le risque couru ne peut être négligé, ainsi que l'atteste le nombre de décisions jugeant le prix de droits sociaux indéterminable. Les règles relatives à la détermination du prix s'avèrent ainsi inadaptées aux besoins des parties, en ce qu'elles font courir un risque de nullité à des stipulations répondant à ces besoins.



## CHAPITRE 2 : LE DEFAUT DE PRIX SERIEUX

**378.** Les accords des parties tendant à l'adaptation du prix et de la valeur d'échange peuvent donner lieu à un grand nombre de figures contractuelles. La révision du prix peut ainsi par exemple parfois aboutir à un prix dérisoire ou nul<sup>1</sup>. Tel peut également être le cas lorsque les parties sont convenues de confier sa détermination à un expert<sup>2</sup>. Il arrive en outre parfois que les clauses de garantie de passif mettent à la charge du cédant des droits le paiement d'une somme supérieure au prix qu'il en a reçu<sup>3</sup>. Le prix, qui semble avoir été payé par le cédant plutôt que par le cessionnaire, est alors parfois qualifié de négatif<sup>4</sup>. L'acquéreur peut par ailleurs assumer, en sus de l'obligation de payer le prix atteinte par la clause d'adaptation, différentes obligations de faire ou de payer des sommes d'argent à un tiers<sup>5</sup>. L'acquéreur peut en particulier rester tenu de ces obligations, alors que le prix deviendrait nul ou négatif. Dans ce dernier cas, le cédant transférerait les titres, et s'obligerait à verser certaines sommes au bénéficiaire de la garantie de passif, quand le cessionnaire serait tenu d'exécuter les obligations de faire, en assumant par exemple les engagements de cautions souscrits par les cédants.

---

<sup>1</sup> FREYRIA (C.), Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, *JCP* 1992.I.3600, n° 14, p. 328.

<sup>2</sup> MASSART (T.), fasc. préc., n° 30, p. 14.

<sup>3</sup> FREYRIA (C.), Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, art. préc., n° 14, p. 328 ; PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 63, p. 196 ; MASSART (T.), *eod. loc.* ; LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 5, p. 14.

<sup>4</sup> FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, *D.* 1997, chr. 51, n° 2, p. 51 ; PAILLUSSEAU (J.), *eod. loc.* ; MASSART (T.), *eod. loc.* ; LAMBERT (TH.), *eod. loc.* L'expression de prix « négatif » est parfois considérée comme inappropriée (en ce sens : MOLFESSIS (N.), Les exigences relatives au prix en droit des contrats, art. préc., n° 23, p. 50 ; v. également FREYRIA (C.), Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, art. préc., n° 16, p. 328, qui expose que le résultat peut paraître à premier examen aberrant). Le prix étant la somme d'argent que verse l'acquéreur, il ne peut être que positif ou nul, ou symbolique (RANDOUX (D.), obs. sous Com., 6 janv. 1987, *Rev. soc.* 1987.597). Il semble en revanche que les titres puissent avoir une valeur économique négative. Tel peut être le cas notamment lorsque le passif excède l'actif de la société, qui ne peut fonctionner sans que l'on y apporte des fonds (en ce sens : PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 66, p. 197). Le cessionnaire n'accepte parfois le transfert de propriété que si le cédant lui verse une somme d'argent l'indemnisant du préjudice résultant de la valeur négative des parts (PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1684, p. 291). Les titres ont ainsi une valeur d'échange négative. Et il importe peu, à cet égard, et contrairement à ce qui est parfois soutenu (LAMBERT (TH.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 33, p. 38), que la responsabilité des associés soit limitée à leurs apports. Une telle limite ne remet en effet pas en cause la nécessité dans laquelle se trouvent parfois les associés d'apporter des fonds pour que la société fonctionne. S'il peut alors paraître inapproprié d'employer le terme de prix négatif, il n'en demeure pas moins que le rapport d'échange entre les droits sociaux et la monnaie est négatif : il est nécessaire, pour céder ces droits sociaux, d'indemniser en plus le cessionnaire. Compte-tenu de ces éléments, nous continuerons d'employer, avec de nombreux auteurs, le terme de prix négatif.

<sup>5</sup> Sur ces obligations, cf. supra n° 169 et infra n° 515s.



A côté des différentes obligations qu'il fait peser sur les parties, le contrat peut encore mettre à la charge du cessionnaire l'obligation de payer un prix symbolique. Le prix négatif ne s'exprime ainsi par exemple jamais dans la lettre des contrats, qui, quelle que soit l'ampleur des garanties imposées à l'acheteur, maintiennent le montant du prix à libérer à l'unité monétaire<sup>6</sup>. La stipulation d'un prix symbolique n'est par ailleurs pas incompatible, bien au contraire, avec les obligations de faire que peut accepter d'assumer le cessionnaire<sup>7</sup>. La cession des droits sociaux peut ainsi s'opérer, finalement, moyennant un prix symbolique et d'une part, certaines obligations de faire, d'autre part l'obligation pesant sur le vendeur de payer une somme d'argent supérieure au prix perçu.

**379.** Malgré leur diversité, ces figures contractuelles présentent un point commun : le cédant ne reçoit plus une contrepartie monétaire que l'on pourrait qualifier de significative, c'est-à-dire autre que dérisoire, nulle, symbolique ou négative<sup>8</sup>. Le prix constitue cependant la contrepartie nécessaire de l'objet de la vente (Section 1). Lorsque les mécanismes d'adaptation rendent son montant non significatif, il est une contrepartie déficiente (Section 2).

### **SECTION 1 – LE PRIX, CONTREPARTIE NECESSAIRE**

**380.** Le prix est la somme remplaçant l'objet cédé dans le patrimoine du vendeur et pour l'obtention de laquelle le vendeur s'engage : il est ainsi un substitut attendu (§ 1). De cette fonction résulte sa nécessité (§ 2).

#### **§ 1 – Le prix, substitut attendu**

**381.** Le prix est la somme dont les parties conviennent qu'elle va compenser, dans le patrimoine du vendeur, l'appauvrissement résultant du transfert de propriété de la chose vendue (A). Toutefois, elle n'est pas uniquement une contrepartie convenue. Elle est également une contrepartie attendue. L'obtention du prix est en effet le but pour lequel le vendeur s'est engagé. Elle est la cause de son obligation (B).

---

<sup>6</sup> FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 2, p. 52.

<sup>7</sup> V. supra n° 169.

<sup>8</sup> Nous emploierons dans la suite de ces développements le terme de prix non significatif pour désigner le prix dérisoire, nul, symbolique, ou « négatif ».

## **A - Le prix, substitut convenu de l'objet de la vente dans le patrimoine du vendeur**

**382.** Le prix de vente constitue la contrepartie de l'obligation du vendeur, c'est-à-dire la prestation réciproque mise à la charge de l'acquéreur<sup>9</sup>. L'acquéreur ne s'engage à le verser que parce que le vendeur a consenti à transférer la propriété de l'objet de la vente. Réciproquement, le vendeur n'accepte de transférer la propriété de la chose que parce que l'acheteur s'engage à payer le prix convenu<sup>10</sup>.

**383.** La définition du prix comme contrepartie est toutefois insuffisante pour dégager la spécificité du prix et justifier de sa nécessité. Il existe en effet des cas dans lesquels une contrepartie est due, sans que l'acte constitue une vente. Ainsi, le disposant qui impose une charge dont il est le bénéficiaire au gratifié reçoit une contrepartie<sup>11</sup>. Cette définition doit alors être précisée : le prix est la somme qui, dans l'intention des parties, compense l'appauvrissement subi par le vendeur du fait du transfert de propriété de l'objet de la vente. Il est, ainsi que le notait Portalis «*la portion ou la somme d'argent qui, comparée à cette valeur [la valeur de l'objet], est réputée lui être équivalente*»<sup>12</sup>. En effet, toute somme, versée par le bénéficiaire du transfert de propriété, qui ne compense pas subjectivement l'appauvrissement du vendeur ne peut être considérée comme un prix (1). L'équivalence subjective est ainsi une condition nécessaire de cette qualification. Réciproquement, toute somme qui est versée par le bénéficiaire du transfert de propriété au cédant constitue un prix dès lors qu'elle compense cet appauvrissement (2). L'équivalence est donc une condition suffisante de la qualification de prix.

---

<sup>9</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 221, qui précise que le terme contrepartie est synonyme, dans un contrat synallagmatique, de contreprestation, c'est-à-dire de prestation réciproque mise à la charge d'un contractant.

<sup>10</sup> GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. cit.*, n° 1073, p. 1084 ; BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *op. cit.*, t. 9, *préc.*, n° 6, p. 4.

<sup>11</sup> MAURY (J.), *Successions et libéralités*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd. 2005, n° 222, p. 135 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 136, p. 135.

<sup>12</sup> FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 132.

1 – Les sommes ne compensant pas subjectivement l'appauvrissement du vendeur ne peuvent constituer un prix

**384.** Il est admis aujourd'hui que le prix ne doit pas nécessairement constituer un équivalent objectif de la chose et, partant, une somme compensant objectivement l'appauvrissement subi par le vendeur du fait du transfert de propriété du bien.

D'une part en effet, il n'est procédé, pratiquement, à aucun contrôle d'une telle équivalence. La rescision pour lésion n'est pas admise dans les ventes de meubles<sup>13</sup>, et la Cour de cassation refuse de contrôler l'équivalence des prestations sous couvert de contrôle du caractère sérieux du prix<sup>14</sup>.

D'autre part, il est unanimement admis que les parties jouissent d'une certaine liberté pour fixer le contenu du contrat. En particulier, les auteurs qui considèrent que le pouvoir créateur des volontés est subordonné au respect de principes tels que la justice sociale ou la solidarité contractuelle<sup>15</sup>, ne contestent pas que les parties doivent bénéficier de certaines libertés. Monsieur Ghestin ne dénie ainsi pas tout pouvoir à la volonté. Relevant que le contrat constitue un instrument privilégié des prévisions individuelles et de la liberté des individus, il ajoute qu'il est « *légitime de tenir compte des aspirations fondamentales de l'homme à la liberté et à la responsabilité de ses actes* »<sup>16</sup>. Il estime encore que « *laisser aux individus un pouvoir d'initiative dont ils recueilleront les fruits sous forme d'avantages personnels est un*

---

<sup>13</sup> Supra n° 207s.

<sup>14</sup> Elle a, en particulier approuvé, dans un arrêt du 4 juillet 1995, la cour d'appel qui, après avoir souverainement constaté que le prix d'une bague n'était pas dérisoire, avait refusé d'annuler la vente pour absence de cause bien que ce prix fut inférieur à la valeur de la bague (Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juil. 1995, *Bull. civ.* I, n° 303, p. 212, *RTD civ.* 1995.881, obs. MESTRE (J.), *C. C. C.* 1995, n° 181, obs. LEVENEUR (L.), *D.* 1996, somm., p. 11, obs. PAISANT (G.), *D.* 1997.206, note LUCIANI (A.-M.)). A la suite d'une erreur d'étiquetage, la bague, dont le prix était théoriquement de 460 419 francs, avait été vendue 101 556 francs. Elle a par ailleurs jugé, dans un arrêt du 18 novembre 1997 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 nov. 1997, pourvoi n° 95-20.540), que « *le caractère réel et sérieux du prix ne se confond pas avec la valeur du bien vendu* », et rejeté en conséquence le moyen qui reprochait à l'arrêt attaqué de ne pas avoir recherché, pour décider que le prix était réel et sérieux, s'il correspondait à la valeur vénale du bien vendu, en l'occurrence des actions.

<sup>15</sup> V. notamment GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 223s., p. 200s. ; GHESTIN (J.), *L'utile et le juste dans les contrats*, *D.* 1982 chr. 1 ; JAMIN (C.), *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Christophe Jamin et Denis Mazeaud, Dalloz 2003, p. 7 ; JAMIN (C.), *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 441 ; JAMIN (C.), *Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique*, in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, *Economica*, 2004, p. 160 ; MAZEAUD (D.), *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, p. 603s ; MAZEAUD (D.), *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, *Economica*, 2004, p. 57s. ; THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD civ.* 1997.357, spéc. p. 377s. ; V. déjà : DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. 1, Rousseau & Cie, 1923, n° 10, p. 19.

<sup>16</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 250., p. 224 ; GHESTIN (J.), *L'utile et le juste dans les contrats*, art. préc., p. 5.

*moyen de les faire collaborer à la recherche du bien commun* »<sup>17</sup>. En outre, chacun est « *normalement à même de défendre ses intérêts* »<sup>18</sup>. Ainsi, tout en relevant qu'il importe, dans les contrats commutatifs, que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne, Monsieur Ghestin considère qu'il peut être présumé que l'accord des volontés a permis la satisfaction des besoins des parties conformément à la justice contractuelle<sup>19</sup>. Cette présomption doit être écartée chaque fois que la volonté n'a pas rempli son office<sup>20</sup>, et spécialement lorsque qu'un défaut excessif d'équivalence conduit à penser que les volontés individuelles n'ont pas joué leur fonction de protection des intérêts des contractants<sup>21</sup>. Mais les parties demeurent, dans cette limite, libres de déterminer le contenu du contrat. Monsieur Jamin note de même que : « *il ne s'agit pas d'en finir avec la liberté contractuelle : il s'agit simplement de contester son autonomie en la soumettant à certaines exigences sociales censées lui être supérieures* »<sup>22</sup>. La liberté n'a de sens « *que si elle se concilie avec les exigences sociales* »<sup>23</sup>, ce qui implique, nécessairement, qu'elle puisse avoir un sens. Monsieur Mazeaud souligne encore qu'il est envisageable d'élaborer autour de l'idée de solidarisme contractuel un « *droit des contrats qui reste doté de ses vertus cardinales que sont la sécurité et la liberté* »<sup>24</sup>. Le solidarisme contractuel ne revendique pas une équivalence des prestations réciproques ; il rejette les déséquilibres excessifs et abusifs qui n'ont d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire<sup>25</sup>, spécialement s'ils risquent de remettre en cause l'activité du cocontractant<sup>26</sup>. Ils ne contestent en outre pas que la consécration par la jurisprudence de ce principe soit encore limitée à certaines hypothèses précises<sup>27</sup>, concernant

<sup>17</sup> GHESTIN (J.), *op. et loc. cit.* ; et pour une formulation proche : GHESTIN (J.), L'utile et le juste dans les contrats, art. préc., p. 5.

<sup>18</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 253, p. 229.

<sup>19</sup> GHESTIN (J.), *op. et loc. cit.*

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 762, p. 764.

<sup>22</sup> JAMIN (C.), Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, art. préc., p. 448.

<sup>23</sup> JAMIN (C.), Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, art. préc., p. 453.

<sup>24</sup> MAZEAUD (D.), Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, art. préc., p. 624.

<sup>25</sup> MAZEAUD (D.), Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, art. préc., p. 633 ; V. également LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, Bibl. dr. priv., t. 335, L.G.D.J., 2000, spéc. n° 858, p. 347, où l'auteur écrit : « *La proportionnalité ne signifie nullement une stricte équivalence du prix à la valeur de la chose, elle tend seulement à rétablir un minimum d'équilibre pour assurer la stabilité du contrat* ».

<sup>26</sup> MAZEAUD (D.), Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, art. préc., p. 63-64.

<sup>27</sup> V. par exemple MAZEAUD (D.), Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, art. préc., n° 18, p. 66 ; JAMIN (C.), Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction, art. préc., p. 21s.

essentiellement d'une part l'exécution du contrat plutôt que sa formation<sup>28</sup>, d'autre part les contrats de longue durée, et spécialement les contrats de distribution<sup>29</sup>.

Les parties apparaissent ainsi en particulier libres de déterminer le prix de vente, sans que le juge puisse le contrôler<sup>30</sup>. Rien ne semble dès lors permettre de la définir comme un équivalent objectif du bien vendu<sup>31</sup>.

**385.** Il constitue au contraire, et quoique la question soit discutée (a), un équivalent subjectif de la chose (b). Ainsi, la somme qui n'est pas équivalente subjectivement à la valeur de la chose ne peut être considérée comme un prix.

*a) L'équivalence subjective discutée*

**386.** On a parfois soutenu que le prix ne constituait pas l'équivalent subjectif de la chose vendue ( $\alpha$ ). Au contraire, certains auteurs ont considéré l'équivalence subjective du prix et de la chose vendue ( $\beta$ ).

*a) L'équivalence subjective refusée*

**387.** Planiol semblait considérer qu'aucune exigence d'équivalence entre les prestations contractuelles ne s'imposerait aux parties. Les contrats commutatifs seraient ceux dans lesquels l'étendue des prestations que se doivent les parties est immédiatement certaine<sup>32</sup>. La définition des contrats commutatifs retenue par l'article 1104 du Code civil, qui pose le principe de l'équivalence des prestations, serait ainsi « *loin d'être bonne* »<sup>33</sup>.

L'auteur semble donc exclure non seulement toute équivalence objective, mais également toute équivalence subjective. Les parties devraient ainsi pouvoir convenir d'un prix différent de la valeur d'échange qu'elles attribuent au bien.

**388.** D'autres auteurs, allant plus loin, ont estimé non seulement qu'il n'est pas nécessaire que les prestations contractuelles soient équivalentes, mais encore qu'il est de l'essence du

---

<sup>28</sup> En ce sens : SAVAUX (E.), Solidarisme contractuel et formation du contrat, in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Economica, 2004, p. 43, spéc. n° 5, p. 45.

<sup>29</sup> JAMIN (C.), Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, art. préc., p. 460.

<sup>30</sup> RACINE (J.-B.), art. préc., p. 97 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, op. cit., n° 37, p. 33. ; MAINGUY (D.), op. cit., n° 114, p. 105 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), op. cit., n° 159, p. 155 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 3, 2<sup>ème</sup> vol., *Principaux contrats*, 6<sup>ème</sup> éd., 1984, par M. DE JUGLART, n° 877, p. 153 ;

<sup>31</sup> RACINE (J.-B.), art. préc., p. 97 ; V. également TROPLONG, *De la vente*, t. 1, op. cit., n° 150, p. 198.

<sup>32</sup> PLANIOL (M.), op. cit., 2<sup>ème</sup> éd., t. 2, n° 954, p. 298.

<sup>33</sup> PLANIOL (M.), op. et loc. cit. ; dans le même sens : GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 24.

contrat d'être déséquilibré. L'idée selon laquelle l'échange ne doit pas remettre en cause l'équilibre existant entre les patrimoines, dont résulte l'exigence d'équivalence entre les prestations, serait erronée. Ainsi que l'écrivait Condillac, il serait « *faux que dans les échanges, on donne valeur égale contre valeur égale* »<sup>34</sup>. Chaque partie contracterait pour obtenir davantage que ce qu'elle cède, c'est-à-dire pour recevoir une utilité plus grande que ce qu'elle donne<sup>35</sup>. L'inégalité serait nécessaire au contrat, et de son essence même<sup>36</sup> ; dans les contrats commutatifs, l'absence d'équivalence des prestations serait la règle<sup>37</sup>. En particulier, la vente naîtrait du déséquilibre des prestations : « *si le vendeur cède son bien, c'est qu'il est persuadé que le prix qu'il en tire lui en donnera plus de satisfaction. L'acquéreur procède de son côté à la même analyse* »<sup>38</sup>. Il n'y aurait ainsi jamais de justice et d'équilibre des prestations dans un contrat<sup>39</sup>.

*β) L'équivalence subjective admise*

**389.** Différents auteurs, admettant que certaines considérations interdisent un contrôle effectif de l'équivalence objective entre le prix et la valeur du bien, relèvent que le contrat de vente n'en demeure pas moins un contrat commutatif, c'est-à-dire dans lequel les prestations réciproques sont « *regardées comme équivalentes* ». Ils en déduisent que le prix doit en principe constituer un équivalent subjectif de la chose vendue<sup>40</sup>.

Cette définition du prix comme équivalent subjectif résulte, plus spécialement, des travaux de deux auteurs.

**390.** La conception subjective de l'équivalence a, d'abord, été développée par Maury. Recherchant quelle est la cause des obligations, celui-ci a considéré que l'exigence d'équivalence résulte du principe « *communément admis* » selon lequel il convient de restituer l'enrichissement obtenu sans cause<sup>41</sup>. L'appauvrissement d'une partie au contrat doit être compensé par un enrichissement corrélatif, à travers le remplacement du bien qui est sorti de

<sup>34</sup> CONDILLAC, *Le Commerce et le Gouvernement, considérés relativement l'un à l'autre*, éd. Bizarri, Rome, 1968, p. 42, cité par POUGHON (J.-M.), thèse préc., p. 228, note 3

<sup>35</sup> HAYEM (F.), *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse Paris, 1899, n° 71, p. 105.

<sup>36</sup> VALMONT (M.), *Le fondement juridique de la lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse Paris, 1938, p. 70.

<sup>37</sup> HAYEM (F.), *op. et loc. cit.*

<sup>38</sup> SHINDLER-VIGUIE (S.), thèse préc., p. 98.

<sup>39</sup> *Ibid*

<sup>40</sup> RACINE (J.-B.), art. préc., p. 97 ; GHESTIN (J.) ET DESCHE (J.), *op. cit.*, n° 9, p. 9 ; HUET (J.), *op. cit.*, n° 11106, p. 57 ; V. également TROPLONG, *De la vente*, t. 1, *op. cit.*, n° 3, p. 5 et n° 150, p. 193s. ; BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *op. cit.*, t. 9, préc., n° 112, p. 83.

<sup>41</sup> MAURY (J.), thèse préc., p. 3.

son patrimoine par un bien d'une valeur correspondante. Ainsi, « *la justice commutative apparaît, qui pose le principe de l'égalité dans les échanges et de la rémunération de tous les services rendus* »<sup>42</sup>. Cette « *égalité des valeurs d'échange de deux prestations corrélatives* », c'est l'équivalence<sup>43</sup>.

Maury pose alors la question de la détermination exacte du prix, et plus largement de l'équivalence. Or celle-ci doit être appréciée subjectivement. Il considère en effet que « *en principe, dans notre droit, la volonté est souveraine en matière contractuelle* »<sup>44</sup>, ce qui signifie notamment que « *le prix est généralement considéré comme normal quand il a été voulu* »<sup>45</sup>. Maury ne se borne toutefois pas à exposer les solutions retenues par le droit positif, mais les justifie et les approuve. Il observe que « *le pouvoir reconnu à la volonté des parties de déterminer librement la valeur des prestations qu'elles font ou reçoivent se fonde, au moins pour partie, sur une présomption d'équivalence* », et ajoute : « *qui mieux qu'elles, pourrait dire si celle-ci [l'équivalence] existe ; qui, mieux qu'elles, est en principe compétent pour défendre leur intérêt ?* »<sup>46</sup>. Il exprime ce faisant son adhésion au postulat libéral qui fonde la liberté des parties en matière de fixation du prix : dès lors que les parties sont les mieux à même de défendre leur intérêt, qui réside *a minima* dans le fait de ne pas s'appauvrir dans l'échange, elles sont présumées plus qualifiées pour fixer le rapport d'échange entre la monnaie et le bien qui préserve l'équilibre de leurs patrimoines. L'appréciation de l'équivalence doit donc être, selon Maury, subjective<sup>47</sup>.

**391.** La définition du prix comme équivalent subjectif se retrouve également, quoique implicitement, dans les travaux Monsieur Ghestin.

Le contrat n'est sanctionné par le droit, selon Monsieur Ghestin, que s'il est juste<sup>48</sup>. Or la notion de justice doit plus spécifiquement s'entendre, en matière contractuelle, de la justice commutative. Le droit dont dispose le créancier d'exiger de son débiteur l'exécution d'une obligation est en effet justifié selon Monsieur Ghestin par la nécessité de maintenir ou de

---

<sup>42</sup> MAURY (J.), thèse préc., p. 4.

<sup>43</sup> MAURY (J.), thèse préc., p. 31.

<sup>44</sup> MAURY (J.), thèse préc., p. 159.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> MAURY (J.), thèse préc., p. 160.

<sup>47</sup> JOUARY (P.), thèse préc., n° 129, p. 124.

<sup>48</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 251, p. 225; GHESTIN (J.), *L'utile et le juste dans les contrats*, art. préc., p. 5.

rétablir l'équilibre entre les droits et entre les patrimoines<sup>49</sup>. Aussi chacune des parties doit-elle recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne<sup>50</sup>.

Cette équivalence n'est cependant pas appréciée objectivement. Monsieur Ghestin estime en effet, on l'a dit<sup>51</sup>, qu'il faut présumer que « *l'accord des volontés a permis la satisfaction des besoins des parties conformément à la justice contractuelle* »<sup>52</sup>, c'est-à-dire en préservant l'équilibre entre les patrimoines. Il résulte donc de cette présomption que l'équivalence requise est une équivalence subjective. Cette solution doit être approuvée.

*b) L'équivalence subjective retenue*

**392.** Différents arguments militent en faveur de la définition du prix comme un équivalent subjectif de la chose.

**393.** Il est en premier lieu erroné d'affirmer que le contrat est par essence déséquilibré. Sans chercher à trancher ici la controverse entre les valeurs respectives de la justice commutative et de la liberté, on peut remarquer que les auteurs considérant que l'inégalité constitue un principe confondent valeur d'usage des biens, personnelle et subjective, et valeur d'échange<sup>53</sup>. Chacun cède en effet, si l'on adhère au postulat rationaliste sur lequel se fondent ces auteurs, un objet inutile pour en acquérir un plus utile. L'objet cédé a donc une valeur d'usage inférieure à celle de l'objet acquis. De ce point de vue, chacun trouve effectivement un intérêt à l'échange. Mais cet intérêt n'est nullement incompatible avec l'idée d'équivalence des prestations, qui résulte de ce que la somme d'argent que l'acquéreur s'engage à payer correspond à la valeur d'échange retenue par les parties<sup>54</sup>. L'échange peut s'opérer parce que chaque échangiste n'attribue pas au bien une valeur d'échange précise, mais admet que celle-ci doit être comprise dans un certain intervalle. Plus précisément, l'accord des parties est possible parce que les deux intervalles se recoupent. Il intervient sur une valeur d'échange comprise dans la gamme de celles que le vendeur d'une part, l'acquéreur d'autre part, attribuent au bien. La contrepartie convenue peut ainsi être considérée comme équivalente au bien à la fois par le cédant et par le cessionnaire.

---

<sup>49</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 252, p. 227; GHESTIN (J.), *L'utile et le juste dans les contrats*, art. préc., p. 6.

<sup>50</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 253, p. 228 ; GHESTIN (J.), *L'utile et le juste dans les contrats*, art. préc., p. 6.

<sup>51</sup> *Supra* n° 384.

<sup>52</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 253, p. 229.

<sup>53</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 415, p. 376.

<sup>54</sup> Sur les notions de valeur d'usage et de valeur d'échange, *supra* n° 2.



**394.** Cette définition trouve en deuxième lieu un fondement textuel dans l'article 1104 du Code civil. Il n'est pas contesté que la vente soit un contrat commutatif. Or, ainsi que le relève de nombreux auteurs<sup>55</sup>, ce caractère commutatif signifie avant tout que les prestations réciproques sont regardées par les parties comme équivalentes, conformément aux termes de l'article 1104 du Code civil<sup>56</sup>. On voit d'ailleurs mal ce qui pourrait conduire une partie à accepter un contrat de vente qu'elle trouverait subjectivement déséquilibré, sauf à ce qu'elle soit animée d'une intention libérale. Dans ce dernier cas, le déséquilibre entraînant par définition un appauvrissement de l'une des parties, et un enrichissement de l'autre, l'acte constitue une libéralité<sup>57</sup>. En l'absence d'intention libérale, l'existence d'un déséquilibre ne peut s'expliquer, dans un contrat à titre onéreux, que par un vice du consentement de l'appauvri. Ainsi que l'a écrit un auteur, dans un contrat à titre onéreux, chacun reçoit « *normalement [...] l'équivalent du sacrifice qu'il consent* »<sup>58</sup>. L'absence d'équivalence subjective, alors même qu'elle n'est pas sanctionnée par le droit positif<sup>59</sup>, apparaît finalement difficilement compatible avec la qualification de contrat à titre onéreux<sup>60</sup>. En particulier, elle exclut la qualification de vente. La somme versée par l'acquéreur qui n'est pas, dans l'esprit des parties, équivalente à la valeur de la chose vendue, ne constitue pas un prix.

<sup>55</sup> Supra n° 389.

<sup>56</sup> Portalis exposait, lors des discussions relatives à la lésion dans le contrat de vente : « *il est avoué que le contrat de vente est un contrat commutatif, c'est-à-dire où chacune des parties ne donne que pour recevoir l'équivalent ou, si l'on veut, un prix proportionné à la valeur de la chose dont il se dessaisit* » (FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 46). Portalis reprit ces réflexions dans son exposé des motifs au Corps législatif des dispositions relatives à la vente : « *Dans un contrat de vente la cause de l'engagement est, pour le vendeur, d'échanger une chose quelconque contre de l'argent et pour l'acquéreur, d'échanger son argent contre la chose qu'on lui transporte. Ce contrat a été rangé dans la classe des contrats commutatifs. On définit le contrat commutatif, celui par lequel on donne une chose pour en recevoir l'équivalent. De là vient le principe qu'il ne peut exister de vente proprement dite sans la stipulation d'un prix ; et puisque le prix doit être l'équivalent de la chose vendue, il faut que ce prix réponde à la valeur de cette chose ; s'il y a lésion, c'est-à-dire s'il n'y a point d'équilibre entre la chose et le prix, le contrat se trouve sans cause, ou du moins sans une cause raisonnable et suffisante à l'égard de la partie* » (FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 131). Portalis semblait, en l'occurrence, considérer que l'équivalence en cause devait être appréciée par rapport au juste prix, qui résulte de l'opinion commune (FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 132). Il s'agissait donc d'une équivalence objective (en ce sens : JOUARY (P.), thèse préc., n° 130, p. 125), équivalence qui, on l'a vu, n'est pas consacrée par le droit positif. L'opinion de Portalis est cependant intéressante en ce qu'elle souligne, à tout le moins, que le prix est censé être un équivalent de la chose.

<sup>57</sup> V. la définition de la libéralité, supra n° 396.

<sup>58</sup> JOUARY (P.), thèse préc., n° 128, p. 121

<sup>59</sup> V. par exemple l'arrêt du 4 juillet 1995 précité (Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juil. 1995, *Bull. civ. I*, n° 303, p. 212, *RTD civ.* 1995.881, obs. MESTRE (J.), *C. C. C.* 1995, n° 181, obs. LEVENEUR (L.), *D.* 1996, somm., p. 11, obs. PAISANT (G.), *D.* 1997.206, note LUCIANI (A. -M.)). L'erreur commise par la société Cartier, vendeur de la bague, n'était pas contestée. Il n'y avait donc pas équivalence subjective entre la bague et le prix versé.

<sup>60</sup> JOUARY (P.), thèse préc., n° 128, p. 121, qui écrit que « *l'équivalence règle sur l'ensemble des contrats à titre onéreux* », et ajoute que « *c'est en cela qu'ils se démarquent des contrats à titre gratuit* ». ; V. également OVERSTAKE (J.-F.), thèse préc., p. 198. Ainsi que le note Monsieur Jouary (JOUARY (P.), *op. et loc. cit.*), un tel déséquilibre peut apparaître lors du dénouement de contrats aléatoires. Mais l'équivalence réside au moment de la formation du contrat dans des chances égales de gains et de pertes.

## 2 – Les sommes compensant subjectivement l'appauvrissement du vendeur sont un prix

**395.** La qualité de prix de la somme qui compense totalement l'appauvrissement subi par le vendeur s'infère de la distinction des actes à titre onéreux et des actes à titre gratuit.

**396.** Les définitions purement subjectives de l'acte à titre gratuit, en application desquelles l'existence d'un simple intérêt moral à l'exécution de l'obligation conférerait au contrat un caractère onéreux<sup>61</sup>, ont été abandonnées<sup>62</sup>. Aussi est-il admis aujourd'hui que la qualification de donation suppose la réunion d'un élément intentionnel - l'intention libérale - et d'un élément matériel<sup>63</sup>. Il est nécessaire, pour que soit caractérisée une libéralité, que le disposant ait consenti un avantage sans contrepartie<sup>64</sup>. L'absence de contrepartie est ainsi généralement considérée comme significative de la gratuité<sup>65</sup>. Plus précisément, l'élément matériel réside dans l'appauvrissement du disposant, dont le patrimoine se trouve diminué, et dans l'enrichissement du bénéficiaire, dont le patrimoine se trouve augmenté<sup>66</sup>. La qualification de donation implique donc un déséquilibre entre les prestations réciproques<sup>67</sup>. Lorsque l'appauvrissement du disposant est compensé par les obligations pesant sur le bénéficiaire de l'acte, celui-ci ne peut être un acte à titre gratuit, et singulièrement une donation<sup>68</sup>.

---

<sup>61</sup> V. par exemple sur cette conception MEAU-LAUTOUR (H.), *La donation déguisée en droit civil français*, préf. P. Raynaud, Bibl. dr. priv., t. 194, L.G.D.J., 1985, n° 36, p. 45.

<sup>62</sup> En ce sens : GRIMALDI (M.), *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1001, p. 6 ; TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 253, p. 213.

<sup>63</sup> V. notamment GRIMALDI (M.), *op. cit.*, n° 1000, p. 3 ; TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 247s., p. 209s. ; MALAURIE (P.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 350, p. 171 ; SERIAUX (A.), *Manuel de droit des successions et des libéralités*, PUF, 2003, n° 4s., p. 13s. ; MAURY (J.), *Successions et libéralités*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd. 2005, n° 222, p. 135 ; MEAU-LAUTOUR (H.), thèse préc., n° 33s., p. 44s. ; LE GUIDEC (R.), *Donations et Testaments, Juris-classeur civil*, Art. 893 à 895, fasc. 10, 2003, n° 12, p. 3.

<sup>64</sup> OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, Bibl. dr. priv., t. 91, L.G.D.J., 1969, p. 197.

<sup>65</sup> LE GUIDEC (R.), *Donations et Testaments, Juris-classeur civil*, Art. 893 à 895, fasc. 10, 2003, n° 21, p. 5, et les références citées.

<sup>66</sup> OVERSTAKE (J.-F.), thèse préc., p. 206 ; MALAURIE (P.), *op. cit.*, n° 350, p. 171 ; TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 249, p. 210 ; GRIMALDI (M.), *op. cit.*, n° 1001, p. 6 ; LE GUIDEC (R.), fasc. préc., n° 20, p. 5 ; V. également MAURY (J.), *op. cit.*, n° 223, p. 135. L'existence d'un appauvrissement permet également de distinguer les libéralités des contrats de services ou de travail gratuits, qui sont considérés comme n'entraînant pas un appauvrissement, mais uniquement un manque à gagner (en ce sens, v. notamment MAURY (J.), *op. et loc. cit.* ; OVERSTAKE (J.-F.), *op. et loc. cit.*)

<sup>67</sup> GRIMALDI (M.), *op. et loc. cit.*

<sup>68</sup> *Ibid.*

**397.** Or l'acte qui n'est pas à titre gratuit est nécessairement à titre onéreux<sup>69</sup>. Aussi le premier critère de distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux réside-t-il dans l'équivalence des prestations pesant sur chacune des parties à l'acte<sup>70</sup>. L'équivalence exclut le déséquilibre et, réciproquement, l'inéquivalence implique un déséquilibre. Dès lors en effet qu'il y a équivalence des prestations réciproques, c'est-à-dire égalité de leurs valeurs, le disposant ne s'appauvrit plus du fait de l'acte, puisqu'il bénéficie, en échange, d'une prestation –pouvant consister en le transfert de propriété d'un bien- qui, par définition, présente avec le bien donné un rapport d'échange de un contre un. La valeur du patrimoine du « disposant » ne diminue alors pas.

La Cour de cassation se fonde ainsi, dans des hypothèses charnières, sur l'équivalence pour distinguer les actes à titre onéreux des actes à titre gratuit. Elle a eu l'occasion de préciser que « toute donation implique nécessairement que le disposant se dépouille de la chose donnée sans rien recevoir en échange, ou du moins sans recevoir un équivalent qui fasse disparaître la gratuité essentielle du contrat »<sup>71</sup>. Elle a à de nombreuses reprises exclu la qualification de donation avec charge dans des cas où la valeur de la charge était égale ou supérieure à celle de l'émolument<sup>72</sup>. Le rapport d'équivalence permet de distinguer deux contrats que la simple présence d'une contrepartie n'aurait pas permis de distinguer. Il faut encore, pour que l'acte soit qualifié de gratuit, que cette contrepartie ne soit pas de même valeur que le bien donné.

**398.** La Cour de cassation, estimant que l'équivalence est appréciée souverainement par les juges du fond<sup>73</sup>, n'a pas précisé si elle devait être appréciée objectivement ou subjectivement. On a parfois estimé que l'équivalence objective excluait la qualification de donation<sup>74</sup>. Ainsi, une équivalence objective permettrait de retenir la qualification d'acte à titre onéreux, alors même que la somme ne serait pas, dans l'esprit des parties, équivalente à la valeur de la chose. Le contrat aux termes duquel une partie verse une somme d'argent en contrepartie du transfert de propriété d'un bien constituerait une vente dès lors que la somme est

---

<sup>69</sup> MEAU-LAUTOUR (H.), thèse préc., n° 32, p. 42 ; OVERSTAKE (J.-F.), thèse préc., p. 178 ; V. également implicitement GRIMALDI (M.), *op. et loc. cit.*

<sup>70</sup> BOUYSSOU (M.), *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préf. G. Marty, Sirey, 1947, n° 110, p. 189 ; OVERSTAKE (J.-F.), thèse préc., p. 197.

<sup>71</sup> Req., 24 janv. 1928, *D. P.* 1928.1.157.

<sup>72</sup> BOUYSSOU (M.), thèse préc., n° 107s., p. 182s. ; LE GUIDEC (R.), fasc. préc., n° 25, p. 5 ; v. notamment Req., 21 déc. 1887, *D. P.* 1888.1.256, S. 1888.1.412 ; Req., 24 janv. 1928, *D. P.* 1928.1.157 ; plus récemment : Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juil. 1991, *Bull. civ.* I, n° 230, p. 151.

<sup>73</sup> V. notamment Req., 21 déc. 1887, *D. P.* 1888.1.256, plus récemment, mais dans des affaires ne portant pas sur la distinction de la vente et de la donation avec charges : Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 juil. 2001, pourvoi n° 99-16.121.

<sup>74</sup> MEAU-LAUTOUR (H.), thèse préc., n° 53, p. 52 ; LE GUIDEC (R.), fasc. préc., n° 24, p. 5 ; OVERSTAKE (J.-F.), thèse préc., p. 211.

objectivement équivalente à la valeur de la chose, de telle sorte que la somme objectivement équivalente à la valeur de la chose constituerait nécessairement un prix.

Une telle solution ne semble cependant pas pouvoir être retenue. La qualification de prix est exclue lorsque la somme versée ne compense pas subjectivement l'appauvrissement du vendeur<sup>75</sup>. Aussi une somme compensant objectivement cet appauvrissement ne peut-elle constituer un prix si elle n'est pas en outre subjectivement équivalente à la valeur de la chose vendue. L'équivalence objective peut certes conduire à présumer l'équivalence subjective, et donc la nature de prix de la somme versée. Cependant, elle ne suffit pas, en elle-même, à justifier cette qualification. L'équivalence qui permet de retenir la qualification de prix est ainsi une équivalence subjective.

Cette appréhension uniquement subjective de l'équivalence nécessaire à la qualification de prix trouve une confirmation dans les termes de l'article 1104 du Code civil. Celui-ci définit, on l'a dit, les contrats commutatifs comme ceux aux termes desquels chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose « *qui est regardée comme l'équivalent* » de ce qu'on lui donne ou de ce que l'on fait pour elle. Ces termes conduisent nécessairement à admettre le caractère commutatif, et donc onéreux, de l'acte en présence d'un simple rapport d'équivalence subjective<sup>76</sup>, et ce alors même que la somme ne serait pas objectivement équivalente à la valeur de la chose.

Il en résulte, finalement, que la contrepartie doit, pour que soit retenue la qualification d'acte à titre gratuit, ne pas être subjectivement équivalente à la valeur de l'émolument.

**399.** En particulier, et si l'on exclut les cas dans lesquels pèsent sur l'acquéreur d'autres obligations que celle de verser une somme d'argent au vendeur<sup>77</sup>, la somme d'argent due en contrepartie du transfert de propriété d'un bien constitue un prix dès lors qu'elle est équivalente subjectivement à la valeur du bien. Il résulte de ce qui précède que la qualification d'acte à titre gratuit est exclue dès lors que la somme payée en contrepartie du bien est équivalente subjectivement à la valeur du bien. Le contrat par lequel l'une des parties transfère la propriété d'un bien en contrepartie d'une somme qui est considérée comme compensant subjectivement l'appauvrissement du cédant ne peut donc constituer un acte à titre gratuit ; il constitue nécessairement une vente. Or la stipulation d'un prix constitue

---

<sup>75</sup> Supra n° 384s.

<sup>76</sup> MEAU-LAUTOUR (H.), *op. et loc. cit* ; OVERSTAKE (J.-F.), thèse préc., p. 198 ; V. également, mais moins explicitement GOUBEUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, Bibl. dr. privé., t. 93, L.G.D.J., 1969, n° 155, p. 231 ;

<sup>77</sup> Sur cette question, cf. infra Section 2, n° 494s.

l'élément matériel permettant de distinguer la vente des contrats opérant transfert gratuit de la propriété d'un bien<sup>78</sup>. La somme compensant l'appauvrissement du cédant constitue ainsi nécessairement un prix.

**400.** La qualification de prix de vente implique ainsi en principe que le prix soit subjectivement équivalent à l'objet de la vente, c'est-à-dire qu'il compense, dans l'intention des parties, l'appauvrissement subi par le vendeur. Réciproquement, une somme ne compensant pas l'appauvrissement du vendeur ne peut être qualifiée de prix. Il y a donc finalement identité entre les notions de prix et de somme compensant l'appauvrissement du vendeur. Le prix peut ainsi finalement être défini comme une somme dont les parties sont convenues qu'elle remplaçait, dans le patrimoine du vendeur, l'objet cédé, c'est-à-dire comme un substitut convenu de l'objet de la vente.

**401.** En tant que substitut convenu, le prix promis est le but poursuivi par le vendeur, c'est-à-dire la cause de son obligation.

### **B - Le prix promis, cause abstraite de l'obligation du vendeur**

**402.** Le Code civil ne définit pas la notion de cause<sup>79</sup>. Elle semble cependant pouvoir, globalement, être définie comme le « *pourquoi de l'obligation, ce qui l'explique* »<sup>80</sup>. Elle peut alors être entendue dans deux sens différents : il peut s'agir de la cause efficiente, c'est-à-dire du fait générateur de l'obligation, ou de la cause finale, c'est-à-dire du but poursuivi par les parties<sup>81</sup>.

Quelques auteurs ont adopté la première de ces conceptions<sup>82</sup>. Ce courant est toutefois demeuré minoritaire<sup>83</sup>. De nombreux auteurs avaient déjà adopté au XIX<sup>ème</sup> siècle une conception subjective de la cause, en vertu de laquelle elle est le motif qui a poussé le

---

<sup>78</sup> COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 136, p. 135.

<sup>79</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 312, p. 312.

<sup>80</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 814, p. 819 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 816, p. 295 ; v. également LAROMBIERE (M. L.), *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, Durand, 1857, n° 2, p. 272.

<sup>81</sup> GHESTIN (J.), *op. et loc. cit.* ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 313, p. 312.

<sup>82</sup> En ce sens GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, n° 827, p. 826 ; V. notamment LOUIS-LUCAS (P.), *Volonté et cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Sirey, 1918, spéc. p. 132 et, p. 155 ; GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 117, qui la définit comme « *la valeur économique, créance ou prestation, qui accroît l'actif du débiteur, en compensant l'accroissement du passif produit par la naissance de l'obligation* ». L'introduction de cette valeur dans le patrimoine du débiteur explique la naissance de l'obligation (GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 116).

<sup>83</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 827, p. 826.

débiteur à s'engager<sup>84</sup>. La conception objective de la cause a par ailleurs été rejetée par les auteurs qui, à la suite des anticausalistes, ont précisé la définition de la notion de cause<sup>85</sup>. Capitant en particulier, sans écarter explicitement la définition objective de la cause, la définit comme le but visé ou la fin voulue par chacune des parties<sup>86</sup>. Maury, tout en essayant de concilier approche objective et subjective de la cause, adopte globalement une définition subjective<sup>87</sup> : « *la cause de l'obligation consentie, c'est l'équivalent voulu* »<sup>88</sup>. Similairement, les auteurs plus récents adoptent une définition globalement subjective de la cause<sup>89</sup>. Elle est la raison que l'on a eue de contracter, le but que l'on a poursuivi en le faisant<sup>90</sup>, ou encore l'intérêt du contractant au contrat<sup>91</sup>.

**403.** Cette définition ne suffit toutefois pas à caractériser le rôle causal de l'obligation de payer le prix. Le but poursuivi par le vendeur peut en effet être entendu abstraitement, comme le but immédiat poursuivi par tout vendeur, ou plus concrètement, comme le but poursuivi par le vendeur envisagé. Dans cette deuxième acception, l'obtention du prix n'est pas nécessairement la cause de l'obligation du vendeur. L'obtention du prix peut à ses yeux n'être qu'un moyen de parvenir à un autre objectif, tel que l'achat d'un autre bien. Le prix promis est cependant, dans une approche parfois qualifiée de classique<sup>92</sup>, considéré comme constituant la cause abstraite de l'obligation du vendeur (1). Un certain nombre de décisions, notamment récentes, semblent appréhender plus subjectivement la cause, et mesurer son

<sup>84</sup> V. par exemple DEMOLOMBE (C.), *op. cit.*, n° 346, p. 330 ; LAROMBIERE (M. L.), *op. cit.*, n° 2, p. 272 ; AUBRY (C.) et RAU (G.), *op. cit.*, n° 345, p. 320 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. I, 1897, n° 297, p. 279.

<sup>85</sup> V., outre les auteurs cités infra, PLANIOL (M.), *op. cit.*, 4<sup>ème</sup> éd., t. 2, par G. RIPERT et J. BOULANGER, n° 295, p. 111 ; JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, *op. cit.*, n° 127, p. 73 ; JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n° 115, p. 153 et n° 169, p. 212.

<sup>86</sup> CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1927, n° 14, p. 42.

<sup>87</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, *op. cit.*, n° 832, p. 830.

<sup>88</sup> MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, p. 32.

<sup>89</sup> En ce sens : STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 816, p. 295 ; v. également . GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2006, spéc. n° 145, p. 106.

<sup>90</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 254, p. 202 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat, op. et loc. cit.* ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 332, p. 343 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 178, p. 140 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 603, p. 311.

<sup>91</sup> ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrats*, préf. J. Ghestin, *Bibl. dr. priv.*, t. 311, L.G.D.J., 1999, spéc. n° 76s., p. 74s. ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 973, p. 2018 ; MALINVAUD (P.), *Droit des obligations*, Litec, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 305, p. 191.

<sup>92</sup> MAZEAUD (D.), *La cause, in 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 451, spéc. n° 7, p. 454.

existence à l'aune des motifs qui ont poussé les parties à conclure le contrat<sup>93</sup>. Cette subjectivisation de la cause ne remet toutefois pas en cause le caractère causal de l'obligation de payer le prix (2).

### 1 - La définition classique du prix comme cause abstraite de l'obligation du vendeur

**404.** Le contrat de vente est celui par lequel une personne transfère la propriété d'un bien contre une quantité de monnaie. La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix convenu<sup>94</sup>, qui remplace, dans le patrimoine du vendeur, le bien cédé. Aussi le paiement du prix est-il considéré comme constituant la cause des obligations du vendeur tant par la doctrine (a) que par la jurisprudence (b).

#### *a) La définition doctrinale du prix comme cause de l'obligation du vendeur*

**405.** La notion de cause a fait l'objet de très nombreuses études doctrinales<sup>95</sup>. Sans qu'il soit nécessaire ni opportun de procéder à leur présentation<sup>96</sup>, on peut se borner à remarquer que la doctrine contemporaine majoritaire admet, à la suite de Maury<sup>97</sup> qu'il y a lieu, dans les contrats synallagmatiques commutatifs, de distinguer deux acceptions différentes de la cause, auxquelles sont attribuées des fonctions spécifiques<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> En ce sens, v. notamment MAZEAUD (D.), *La cause*, art. préc., n° 20s., p. 461s. ; FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, *Bibl. dr. priv.*, t. 366, L.G.D.J., 2002, n° 449, p. 311 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 342, p. 351 ;

<sup>94</sup> Article 1650 du Code civil.

<sup>95</sup> En ce sens MAZEAUD (D.), *La cause*, art. préc., n° 3, p. 452 ; V. pour une présentation de ces travaux GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*

<sup>96</sup> Compte-tenu de leur abondance, la présentation que l'on pourrait faire des définitions doctrinales de la cause dans le cadre du présent travail, dont ce n'est pas l'objet, serait nécessairement incomplète et imprécise. Elle apparaît en outre inutile au regard de l'objet des présents développements, qui tendent à montrer que, malgré la multiplicité des définitions de la cause, la très grande majorité des auteurs se retrouve pour admettre que le prix est la cause de l'obligation du vendeur. Aussi nous bornerons-nous à ici à rappeler très succinctement la définition de la cause qu'adopte aujourd'hui la très grande majorité de la doctrine, et qui permet de comprendre en quoi le prix constitue la cause de l'obligation du vendeur.

<sup>97</sup> MAURY (J.), thèse préc., spéc. p. 256s.

<sup>98</sup> En ce sens : HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, L.G.D.J., 1971, n° 158, p. 280 ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations*, préc., n° 973, p. 2017 ; GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, n° 127s., p. 89s. ; GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, *op. cit.*, n° 834, p. 833 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 621, p. 318 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 315, p. 314 ; v. cependant LAGARDE (X.), *Sur l'utilité de la théorie de la cause*, *D.* 2007, chr. 740, qui estime que la cause est inutile, et que la sanction du défaut de cause ou de l'illicéité de la cause pourrait être remplacée par d'autres mécanismes tels, pour la première, la sanction des vices du consentement.

Les mobiles réels, concrets, variables des parties à un contrat donné constituent la cause « subjective et concrète »<sup>99</sup>, « impulsive et déterminante »<sup>100</sup>, ou encore « la cause de l'opération contractuelle »<sup>101</sup>, sur laquelle s'exerce un contrôle de licéité et de moralité<sup>102</sup>. Cette prise en compte « large » des motifs est imposée par l'objectif du contrôle –la protection de l'ordre social-, qui se révélerait inefficace si l'on se bornait à prendre en considération le but immédiat, abstrait, poursuivi par les parties<sup>103</sup>. L'immense majorité des contrats porte en effet sur des prestations qui, considérées en elles-mêmes, sont parfaitement licites, de telle sorte qu'un véritable contrôle de licéité et de moralité impose de rechercher les mobiles des contractants<sup>104</sup>.

La cause dont l'existence est contrôlée est en revanche la raison immédiate qui a conduit une partie à se lier<sup>105</sup>. La cause de l'obligation de chaque contractant réside, selon les auteurs, dans l'obligation de l'autre partie<sup>106</sup>, dans la contre-prestation promise<sup>107</sup>, dans la considération de cette contreprestation<sup>108</sup>, dans l'exécution de l'obligation de l'autre contractant<sup>109</sup>, ou encore dans l'intérêt en considération duquel l'obligation est assumée<sup>110</sup>. Cette appréciation abstraite de la cause résulte de ce qu'on ne peut connaître avec certitude les motifs qui ont conduit les parties à se lier, motifs qui demeurent purement personnels<sup>111</sup>. La prise en compte, pour l'appréciation de l'existence de la cause, des motifs concrets qui animent les parties ruinerait en outre la sécurité juridique, en ce qu'il suffirait à l'un des contractants de soutenir qu'il poursuivait tel but particulier qui se révèle impossible à atteindre pour se soustraire à son engagement<sup>112</sup>. La cause est donc définie de manière

<sup>99</sup> MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. et loc. cit.* ; V. également FAGES (B.), *op. cit.*, n° 191, p. 149 qui emploie le terme de cause « subjective ».

<sup>100</sup> STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 895, p. 320.

<sup>101</sup> BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 187, p. 148 ; v. également MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale, op. cit.*, n° 267, p. 271, qui évoquent la « cause du contrat ».

<sup>102</sup> CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 976, p. 2022 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), n° 626, p. 322 ; FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 145, p. 375.

<sup>103</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 339, p. 336 ; MAZEAUD (D.), La cause, art. préc., n° 12, p. 457.

<sup>104</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 340, p. 337 ; FABRE-MAGNAN (M.), *op. et loc. cit.*

<sup>105</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, 141, p. 361.

<sup>106</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 340, p. 349

<sup>107</sup> BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 181, p. 142 ; FABRE-MAGNAN (M.), *op. et loc. cit.*

<sup>108</sup> RIPERT (G.) ET BOULANGER (J.), *Traité de droit civil*, t. 2, *op. cit.*, n° 292, p. 118 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 262, p. 207 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale, op. cit.*, n° 265, p. 268.

<sup>109</sup> CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 974, p. 2019, qui ajoute que l'on pourrait « dire de façon plus réaliste, l'exécution de l'obligation l'autre » ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 821, p. 297.

<sup>110</sup> FAGES (B.), *op. cit.*, n° 191, p. 148.

<sup>111</sup> STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 819 p ; 296.

<sup>112</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 317, p. 317.



objective et abstraite, toujours identique pour un « type »<sup>113</sup> ou une « catégorie »<sup>114</sup> de contrat. L'absence de cause ne se confond toutefois pas avec l'absence d'objet, et n'est ainsi pas, contrairement à ce que soutenait les anticasualistes<sup>115</sup>, inutile. Seule serait en effet annulée l'obligation qui est dépourvue d'objet si la cause ne figurait pas parmi les conditions de formation du contrat<sup>116</sup>. L'absence de cause permet ainsi de rendre compte de l'interdépendance des obligations réciproques dans un contrat synallagmatique<sup>117</sup>.

**406.** De cette approche de la notion de cause, il résulte que le paiement du prix est la cause de l'obligation du vendeur. Portalis l'exposait déjà qui, dans sa Présentation au Corps législatif du projet de loi sur le contrat de vente<sup>118</sup>, faisait valoir que « *dans un contrat de vente la cause de l'engagement est, pour le vendeur, d'échanger une chose quelconque contre de l'argent* ». De nombreux auteurs ont, après lui, souligné que le paiement du prix constituait la cause de l'obligation du vendeur<sup>119</sup>.

Baudry-Lacantinerie et Barde, partant du constant que le contrat de vente fait naître l'obligation pour l'acheteur de payer le prix et, pour le vendeur, de « *rendre propriétaire de la maison* » l'acheteur et de la lui livrer, en déduisent que le vendeur s'oblige pour obtenir paiement du prix<sup>120</sup>. L'obligation de paiement « *sert donc de cause* » à celle du vendeur ; « *elle en est la raison d'être, en même temps que la contrepartie* »<sup>121</sup>.

---

<sup>113</sup> BOYER (L.), *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. Maury, Sirey, 1947, p. 104 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 180, p. 141 ; FABRE-MAGNAN (M.), *op. et loc. cit.* ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale*, *op. cit.*, n° 255, p. 262 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 319, p. 317 ; V. également avec quelque nuance, FAGES (B.), *op. cit.* n° 191, p. 148.

<sup>114</sup> RIPERT (G.) ET BOULANGER (J.), *Traité de droit civil*, t. 2, *op. cit.*, n° 292 p ; 118 ; V. également MAZEAUD (D.), *La cause*, art. préc., n° 9, p. 455, qui expose que la cause se présente « *de façon identique, invariable, et stéréotypée dans tous les contrats de même nature* »

<sup>115</sup> V. notamment en ce sens PLANIOL (M.), *op. cit.*, 2<sup>ème</sup> éd., t. 2, n° 1039, p. 322.

<sup>116</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), n° 321, p. 319 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 261, p. 206

<sup>117</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 141, p. 363 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. et loc. cit.* ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 340, p. 349 .

<sup>118</sup> FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 131.

<sup>119</sup> On relèvera en particulier que les auteurs anticasualistes, quoique que contestant que la notion de cause soit utile, ne contestent par ailleurs pas que le vendeur s'engage pour recevoir le prix. Laurent admet même, de manière quelque peu paradoxale, que l'obligation de payer le prix constitue la cause de l'obligation du vendeur. Rappelant que le prix doit être sérieux, il expose que la convention dont le prix est fictif constitue une donation déguisée, sauf s'il n'y a pas intention de donner. Il ajoute : « *dans ce cas, il n'y aura pas donation ; et si, comme on le suppose, l'intention des parties n'est pas que le prix soit exigé de l'acheteur, ce sera une vente sans prix sérieux, c'est-à-dire une vente sans cause* » (LAURENT (F.), *op. cit.*, t. 24, n° 80, p. 89).

<sup>120</sup> BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET BARDE (L.), *op. cit.*, n° 298, p. 280.

<sup>121</sup> BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET BARDE (L.), *op. et loc. cit.*

Capitant, illustrant l'idée selon laquelle « *pour un contrat donné, le but poursuivi par chaque contractant est toujours le même* »<sup>122</sup>, ajoute « *dans une vente, par exemple, c'est toujours, pour le vendeur, d'obtenir le paiement du prix* »<sup>123</sup>.

Maury, après avoir défini la cause de l'obligation dans les contrats à titre onéreux comme l'équivalent économique voulu<sup>124</sup>, rappelle que la vente est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer à l'autre la propriété d'une chose moyennant un prix que celle-ci s'oblige à lui payer. Il en déduit que « *l'obligation du vendeur de transférer la propriété d'une chose déterminée est l'équivalent, la cause de l'obligation de l'acheteur de payer le prix fixé, et réciproquement* »<sup>125</sup>.

Les auteurs contemporains, distinguant à l'instar de Maury les mobiles et la cause objective ou abstraite, identique par type de contrat<sup>126</sup>, en déduisent encore que l'obligation de payer le prix constitue la cause abstraite des obligations du vendeur<sup>127</sup>. Le contrat de vente étant la convention par laquelle le vendeur s'oblige à livrer la chose et l'acheteur à la payer, l'obligation principale de l'acheteur est le paiement du prix<sup>128</sup>. La cause de l'obligation d'une partie résidant, dans les contrats synallagmatiques, dans l'obligation de l'autre partie, l'objet de l'obligation de l'acheteur est nécessairement la cause de l'obligation du vendeur<sup>129</sup>. Celui-ci s'engage à livrer la chose pour recevoir le prix<sup>130</sup>.

**407.** Dans un ouvrage récent<sup>131</sup>, Monsieur Ghestin a critiqué la définition de la cause adoptée par « *la doctrine contemporaine dominante* ».

<sup>122</sup> CAPITANT (H.), *op. cit.*, n° 8, p. 31.

<sup>123</sup> CAPITANT (H.), *op. et loc. cit.*

<sup>124</sup> Supra n° 405.

<sup>125</sup> MAURY (J.), thèse préc., p. 105 ; v. également, p. 114 : « *l'obligation du vendeur a pour cause l'obtention du prix* ».

<sup>126</sup> Supra n° 405.

<sup>127</sup> V. par exemple, outre les auteurs cités infra, BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 181, p. 142 ; FAGES (B.), *op. cit.*, n° 191, p. 148 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 340, p. 349 ; SHINDLER-VIGUIE (S.), thèse préc., p. 382 ; THIOYE (M.), thèse préc., n° 339, p. 142 ; RACINE (J.-B.), art. préc., p. 82 ; LAMBERT (TH.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 11, p. 11.

<sup>128</sup> L'article 1650 du Code civil dispose ainsi « *La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglé par la vente* ». V. également en ce sens MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, p. 255 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 331, p. 297.

<sup>129</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 141, p. 363.

<sup>130</sup> BOYER (L.), thèse préc., p. 210 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale, op. cit.*, n° 255, p. 245 ; CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 974, p. 2019 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 821, p. 297.

<sup>131</sup> GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat, op. cit.* ; adde GHESTIN (J.), L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue, *JCP* 2006.I.177, qui reprend les conclusions de l'ouvrage.

Selon cet auteur, la définition de la cause comme identique par type de contrat se heurterait à l'imprécision de la notion de type<sup>132</sup>. Elle ne permettrait en outre pas de définir la cause dans les contrats n'appartenant à aucun type<sup>133</sup>. Par ailleurs, la notion de cause finale serait difficilement compatible avec une définition objective de la cause<sup>134</sup>. La définition de la cause finale, qui traduirait la recherche de la satisfaction d'une fin, d'un but, devrait logiquement être subjective<sup>135</sup>. Aussi l'idée selon laquelle la cause dans les contrats synallagmatiques est toujours la contrepartie de l'engagement pris serait-elle incompatible avec la notion de cause finale<sup>136</sup>.

Monsieur Ghestin propose ensuite de définir la cause comme la contrepartie convenue. Chaque partie se déterminerait à s'engager pour satisfaire une utilité particulière au moyen du contrat<sup>137</sup>. Dans les contrats à titre onéreux, « *chacune des parties s'oblige afin d'obtenir de l'autre ce qu'elle considère comme étant au moins l'équivalent de sa propre prestation* »<sup>138</sup>. L'intérêt qui justifierait l'engagement d'une partie serait ainsi la contrepartie que lui promet l'autre partie, c'est-à-dire la contrepartie convenue<sup>139</sup>. Cette définition permettrait de ne pas réduire la cause à une notion purement abstraite<sup>140</sup>. Elle permettrait par ailleurs d'assurer un contrôle raisonnable de l'existence de la cause sans compromettre la sécurité juridique. Celle-ci serait en effet compromise si l'on assimilait la cause aux motifs déterminants à la seule condition qu'ils aient été connus de l'autre partie. On la garantit au contraire en exigeant, pour prendre en compte le but poursuivi par l'un des contractants, que ce qui l'a déterminé ait été promis par l'autre<sup>141</sup>.

Etudiant ensuite les principales applications jurisprudentielles du contrôle de l'existence de la cause dans les contrats à titre onéreux, Monsieur Ghestin considère toutefois que, dans les contrats synallagmatiques commutatifs, les obligations de chacune des parties ont pour contrepartie convenue celles de l'autre<sup>142</sup>. Il considère en particulier que « *le prix est une forme de contrepartie convenue* »<sup>143</sup>, et précise que « *l'existence du prix est (...) une*

---

<sup>132</sup> GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 140s., p. 100s.

<sup>133</sup> GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 143s., p. 103s.

<sup>134</sup> GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 145, p. 105.

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 196, p. 136.

<sup>138</sup> GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 197, p. 137.

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 188, p. 132.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 236, p. 161.

<sup>143</sup> GHESTIN (J.), L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue, art. préc., n° 12, p. 1885.

*condition de validité du contrat au regard de l'article 1131 du Code civil* »<sup>144</sup>. Le prix constitue donc bien, pour Monsieur Ghestin, la cause de l'engagement du vendeur<sup>145</sup>.

*b) La définition jurisprudentielle du prix comme cause des obligations du vendeur*

**408.** A l'instar de la doctrine, la jurisprudence appréhende différemment la cause des obligations dans les contrats synallagmatiques lorsqu'il s'agit d'apprécier sa licéité et son existence<sup>146</sup>. Elle prend en considération, dans le premier cas, le motif déterminant des parties<sup>147</sup>. Dans le second, elle pose pour principe que « *la cause des obligations d'une partie réside, lorsque le contrat est synallagmatique, dans l'obligation de l'autre* »<sup>148</sup>. La Cour de cassation apprécie donc dans ce cas abstraitement la nature de la cause de l'obligation d'une partie : dans les contrats synallagmatiques, elle est l'obligation de l'autre partie, sa contrepartie. Elle est toujours identique pour un type de contrat donné<sup>149</sup>. Ainsi, dans le contrat de vente, la cause de l'obligation de l'acheteur réside dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue<sup>150</sup>. Dans un contrat aux termes duquel une partie donne à bail une parcelle de terre en contrepartie d'un droit de passage consenti par les preneurs au bailleur sur des parcelles leur appartenant, le bail a pour cause les servitudes consenties<sup>151</sup>. L'obligation incombant à un employeur de payer à l'un de ses représentants de commerce une indemnité en contrepartie de la cessation par le représentant de son activité et de l'obligation incombant au représentant de présenter son successeur choisi par l'employeur à la clientèle trouve de même sa cause dans l'obligation corrélatrice mise à la charge du représentant<sup>152</sup>.

**409.** Appliquant au contrat de vente la formule qu'elle a dégagée de manière générale pour les contrats synallagmatiques, la Cour de cassation juge que « *dans toute vente, la cause de*

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat, op. cit.*, n° 238, p. 163, n° 313, p. 213, et n° 346s., p. 229s. On relèvera que Monsieur Ghestin n'écrit à aucun moment explicitement que la cause de l'obligation du vendeur réside dans l'obligation de payer le prix. Le lien qu'il fait entre existence du prix et annulation pour défaut de cause implique cependant nécessairement que l'obligation de payer le prix est la cause de l'obligation du vendeur.

<sup>146</sup> MAZEAUD (D.), *La cause, art. préc.*, n° 8, p. 455.

<sup>147</sup> En ce sens, V. notamment MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 626, p. 322 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 267, p. 212.

<sup>148</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 149, p. 102 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1982, pourvoi n° 81-10.746 ; V. pour les éléments altérant ce principe infra n° 411.

<sup>149</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation, op. cit.*, n° 394, p. 356.

<sup>150</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juil. 1989, *Bull. civ. I*, n° 293, p. 194 ; v. également Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 1976, *Bull. civ. I*, n° 200, p. 159, jugeant que l'obligation de l'acquéreur de payer le prix trouve sa cause dans l'obligation du vendeur de délivrer la chose vendue.

<sup>151</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 mai 1974, *Bull. civ. III*, n° 188, p. 141.

<sup>152</sup> Soc., 17 mars 1970, *Bull. civ. V*, n° 203, p. 159.

*l'obligation du vendeur réside dans l'obligation de l'acquéreur et réciproquement* »<sup>153</sup> ou que « *dans la vente, l'obligation de livrer contractée par le vendeur a pour cause le paiement d'un prix réel et juste par l'acheteur* »<sup>154</sup>. La cause de l'obligation du vendeur réside ainsi dans la perception du prix de vente<sup>155</sup>. La Cour de cassation a ainsi approuvé la cour d'appel qui avait annulé la vente d'un immeuble moyennant un prix dérisoire dans la mesure où elle était faite « *sans prix et sans cause* »<sup>156</sup>. A l'inverse, elle a approuvé l'arrêt ayant refusé d'annuler la vente d'un bijou dans la mesure où le prix, quoique inférieur à la valeur du bijou, n'était pas dérisoire, de telle sorte que « *la vente n'était pas nulle pour défaut de cause* »<sup>157</sup>. Enfin, elle annule au visa de l'article 1131 du Code civil les arrêts qui retiennent qu'une vente est dépourvue de prix sans procéder à des recherches suffisantes<sup>158</sup>.

**410.** Le prix constitue donc, traditionnellement la cause de l'obligation du vendeur. La tendance récente à la subjectivisation de la cause ne remet pas en cause cette définition.

## 2 - La permanence du caractère causal de l'obligation de payer le prix malgré la subjectivisation croissante de la cause.

**411.** Si l'on exclut l'influence de la jurisprudence relative au prix des droits sociaux, qui fera l'objet de développements ultérieurs, ni l'appréciation subjective par la jurisprudence de la cause (a), ni les définitions plus subjectives de la cause adoptées parfois en conséquence par la doctrine (b), n'affectent le caractère causal de l'obligation de payer le prix.

*a) L'absence d'effet sur le caractère causal de l'obligation de payer le prix des arrêts appréciant subjectivement la notion de cause*

**412.** Deux phénomènes distincts, traduisant une certaine subjectivisation de la cause dans les contrats synallagmatiques commutatifs, pourraient au premier abord porter atteinte à la nécessité de la contrepartie : l'adjonction à l'appréciation objective d'une appréciation subjective ( $\alpha$ ), et la substitution de celle-ci à celle-là ( $\beta$ ). Aucun ne peut cependant être

---

<sup>153</sup> Com., 25 mars 1991, pourvoi n° 89-17.580.

<sup>154</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 janv. 1955, *Bull. civ. I*, n° 34, p. 29.

<sup>155</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 janv. 2002, pourvoi n° 99-12.248. L'objet de la vente était, dans cette espèce, des parts sociales. La solution retenue par la Cour de cassation nous semble cependant pouvoir être évoquée dans le cadre des développements relatifs au prix en général dans la mesure où la question soulevée par le pourvoi n'était pas relative à la structure du prix, mais portait sur le point de savoir qui avait réellement vendu les actions.

<sup>156</sup> Cass., 14 juin 1826, *Rép.* n° 355, p. 124, note n° 3.

<sup>157</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juil. 1995, *Bull. civ. I*, n° 303, p. 212.

<sup>158</sup> V. par exemple Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 nov. 1986, *Bull. civ. III*, n° 160, p. 125 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 juil. 1988, pourvoi n° 87-11.651.

considéré comme remettant en cause l'appréhension de l'obligation de payer prix comme cause de l'obligation du vendeur.

*a) L'adjonction à l'appréciation objective d'une appréciation subjective*

**413.** Tout en considérant que la cause des obligations des parties dans un contrat synallagmatique réside dans les obligations réciproques, le juge décide parfois que certaines obligations sont dépourvues de cause alors même que leur contrepartie existe, dans la mesure où cette contrepartie n'est pas utile<sup>159</sup>.

Tel est par exemple traditionnellement le cas en matière de cession de brevet, où la vente est annulée lorsque l'invention n'innove pas ou est inutile<sup>160</sup>, ou en matière de révélation de succession, annulée pour absence de cause lorsque le bénéficiaire pouvait avoir normalement connaissance de sa qualité d'héritier, sans que la révélation soit nécessaire<sup>161</sup>.

**414.** Deux arrêts plus récents de la Cour de cassation semblent, en particulier, révéler une tendance à la subjectivisation de la cause<sup>162</sup> : un arrêt du 3 juillet 1996<sup>163</sup>, et l'arrêt Chronopost du 22 octobre 1996<sup>164</sup>.

Dans la première espèce, un couple avait conclu avec une société un contrat de création d'un « point-club vidéo » et de location de cassettes, permettant l'exploitation d'un commerce de location de cassettes vidéo dans une agglomération de 1314 habitants. A la demande du couple, la Cour d'appel de Grenoble avait annulé le contrat comme dépourvu de cause au motif qu'en raison de la taille de l'agglomération, l'exécution du contrat « *selon l'économie voulue par les parties était impossible* ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par la

---

<sup>159</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 103s., p. 96s. ; MAZEAUD (D.), La cause, art. préc., n° 20, p. 461.

<sup>160</sup> Civ., 27 fév. 1837, S. 1837.1.185, qui approuve la Cour d'appel ayant annulé pour défaut de cause la cession d'un brevet portant sur une méthode de calligraphie dont les résultats étaient matériellement impossibles ; Req., 22 août 1844, S. 1844.1.831, qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt ayant annulé la cession d'un brevet portant sur une méthode de lecture rapide au motif que ladite méthode requerrait « plutôt l'intelligence des élèves qu'elle ne prouvait l'intelligence de l'inventeur » ; v. encore Req., 22 avr. 1861, S. 1861.1.735.

<sup>161</sup> Civ., 18 avr. 1953, *Bull. civ. I*, n° 128, p. 108, *D.* 1953.403, *JCP* 1953.II.7761 ; V. Civ. 7 mai 1866, S. 1866.1. 273, décidant que la révélation n'était pas dépourvue de cause dans la mesure où les héritiers n'auraient pas connu la succession sinon, et les décisions des juges du fond citées par Madame Rochfeld, in ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 105, p. 98, note n° 139.

<sup>162</sup> En ce sens, V. notamment : TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), n° 322-1, p. 320.

<sup>163</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, *Bull. civ. I*, n° 286, p. 200, *D.* 1997.500, note REIGNE (P.) ; V. également dans le même sens un arrêt du 27 mars 2007 (pourvoi n° 06-10.452, *JCP* 2007.II.10119, note SERINET (Y.-M.)), rendu dans des circonstances de fait très similaires.

<sup>164</sup> Com., 22 oct. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 261, p. 223, *D.* 1997.121, note SERIAUX (A.), somm., p. 175, obs. DELEBECQUE (P.), *C.C.C.* 1997, n° 24, obs. LEVENEUR (L.), *JCP* 1997.I.4002, n° 1, obs. FABRE-MAGNAN (M.), *Defrénois* 1997.333, obs. MAZEAUD (D.), *JCP* 1997.II.22881, note COHEN (D.) ; *D. aff.* 8/1997, p. 235, note DELEBECQUE (P.).

société à l'encontre de l'arrêt, approuvant la cour d'appel d'avoir décidé que le contrat était dépourvu 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* ».

Dans le second arrêt, la Cour de cassation censura la décision ayant limité l'indemnisation due par la société Chronopost à l'un de ses clients du fait du retard enregistré dans la livraison des plis. La Cour d'appel, pour statuer comme elle l'avait fait, avait considéré que ce retard ne constituait pas une faute lourde exclusive de la limitation de responsabilité prévue au contrat, et en avait déduit que ladite limitation devait s'appliquer. La Cour de cassation censura cette décision au motif que la société Chronopost était spécialiste du transport rapide et qu'elle s'était engagée à livrer les plis du demandeur au pourvoi dans un délai déterminé. Elle en déduisit « *qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* ». L'arrêt, bien qu'il ne dise pas explicitement que la clause de non-responsabilité privait de cause l'obligation des clients de la société Chronopost, a été rendu au visa de l'article 1131 du Code civil. Aussi son fondement ne semble-t-il pas faire de doute<sup>165</sup>.

**415.** Les juges, et en particulier la Cour de cassation, ont donc considéré, dans ces espèces, que le contrat était dépourvu de cause malgré l'existence d'une contrepartie formelle, qu'il s'agisse de la cession d'un brevet, de la révélation d'une succession ou, dans les deux arrêts plus récents, de la mise à disposition effective des cassettes et du transport effectif des plis<sup>166</sup>. Ces arrêts remettent donc en cause le principe selon lequel la nature de la contrepartie est, dans les contrats typiques, appréciée objectivement, et justifient la définition de la cause comme un intérêt<sup>167</sup>.

**416.** La portée de cette évolution peut toutefois être circonscrite. D'une part en effet, aucun arrêt n'a, à ce jour, exigé que la contrepartie du transfert de propriété dans une vente isolée, c'est-à-dire l'obligation de payer le prix, soit utile. D'autre part, et en tout état de cause, ces arrêts ne remettent en cause que le caractère suffisant de la contrepartie formelle, mais non son caractère nécessaire. Aucun des arrêts prenant en compte l'utilité de la contrepartie ne conteste que les obligations du bénéficiaire de cette contrepartie auraient été

---

<sup>165</sup> COHEN (D.), note sous Com., 22 oct. 1996, *JCP* 1997.II.22881 ; DELEBECQUE (P.), note sous Com., 22 oct. 1996, *D. aff.* 8/1997, p. 235 ; FABRE-MAGNAN (M.), obs. sous Com., 22 oct. 1996, *JCP* 1997.I.4002, n° 1.

<sup>166</sup> V. également les arrêts cités par M. Mazeaud (MAZEAUD (D.), *La cause*, art. préc., n° 20, p. 461).

<sup>167</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 76s., p. 73s., spéc. n° 87, p. 79.

dépourvues de cause si la contrepartie n'avait pas existé, c'est-à-dire par exemple si la succession n'avait pas été matériellement révélée, ou si le transport n'avait pas été effectué<sup>168</sup>. A l'exigence d'existence de la cause abstraite est donc seulement adjointe celle d'une cause plus concrète, sans que cette adjonction ne rende superflue la cause abstraite de l'obligation. La cause demeure ainsi, a minima, la contreprestation promise, et peut, dans certaines hypothèses, être enrichie de la prise en compte de l'utilité du contrat, ou de l'économie voulue par les parties.

Cette définition de la cause n'est pas remise en cause par les arrêts substituant à l'appréciation objective une appréciation subjective de la cause.

*β) La substitution de l'appréciation subjective à l'appréciation objective*

**417.** La Cour de cassation a admis, dans un arrêt du 3 mars 1993, que l'obligation du vendeur d'un immeuble de transférer la propriété du bien pouvait trouver sa cause non dans le prix convenu, qui était symbolique, mais dans une autre prestation fournie par l'acheteur<sup>169</sup>. Dans cette espèce, la société Céramiques industrielles de Corse (CERINCO), avait acheté les locaux et le matériel de la briqueterie appartenant à la société Chiaffi Briqueterie et Tuilerie de la Corde (Chiaffi BTC) et un terrain appartenant à Monsieur Chiaffi, moyennant un prix de un franc. Il était en outre stipulé dans l'acte de vente que la société Cerinco reprenait à son compte les dettes de la société Chiaffi BTC. La société Cerinco fut cependant mise en redressement judiciaire et une procédure de réalisation du terrain fut engagée par un créancier titulaire d'une hypothèque sur celui-ci. Monsieur Chiaffi introduisit alors une action tendant à voir déclarer la vente du terrain nulle pour défaut de prix sérieux. La cour d'appel ayant débouté Madame Chiaffi venant aux droits de son mari décédé de ses demandes, la Cour de cassation rejeta le pourvoi. Elle releva pour ce faire que la cour d'appel avait souverainement retenu d'une part que la vente du terrain pour un franc ne pouvait être dissociée de celle des bâtiments et de la reprise des dettes de la société, d'autre part que l'ensemble formait un tout indivisible, et de troisième part que Monsieur Chiaffi avait grand intérêt à la vente, tant à titre

---

<sup>168</sup> Madame Fin-Langer le souligne implicitement, qui expose que les arrêts prenant en compte les motifs des contractants ont annulé des contrats pour défaut de cause alors que l'application traditionnelle de la cause de l'obligation aurait dû aboutir, au contraire, à leur validité (FIN-LANGER (L.), thèse préc., n° 698, p. 498). Il en résulte bien que la Cour de cassation, dans ces arrêts, ne remet pas en cause la nécessité d'une contrepartie formelle, mais, au contraire, ne se contente plus de l'existence de cette contrepartie.

<sup>169</sup> Civ. 3ème, 3 mars 1993, *Bull. civ.* III, n° 28, p. 18, Defrénois 1993, art. 325601, p. 927, obs. DAGORNE-LABBE (Y.), *R.T.D. com.* 1993.665, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), *JCP* 1994.I.3744, obs. FABRE-MAGNAN (M.), *R.T.D. civ.* 1994.124, obs. GAUTIER (P.-Y.).



personnel pour éviter les poursuites de ses créanciers qu'en tant qu'actionnaire de la société Chiaffi. La cour d'appel pouvait en déduire que, dans le cadre de l'économie générale du contrat, la vente du terrain était causée et avait une contrepartie réelle.

La Cour de cassation admet donc, dans cet arrêt, que l'obligation du vendeur peut avoir une autre cause que la cause abstraite et typique. Elle substitue à l'appréciation objective de la cause, dont il n'était pas contesté qu'elle fût inexistante, une appréciation plus subjective et semble ainsi abandonner le principe selon lequel la cause des obligations de chaque partie dans les contrats synallagmatiques typiques réside dans la contreprestation. Dans cette espèce en effet, le transfert de propriété du terrain n'avait pas de contreprestation directe.

**418.** La solution dégagée dans l'arrêt du 3 mars 1993 n'est toutefois pas aussi incompatible qu'il paraît avec la solution traditionnelle. Pour approuver la cour d'appel d'avoir statué comme elle l'a fait, la Cour de cassation observe en effet expressément que les juges du fond ont relevé que la vente du terrain ne pouvait être dissociée de celle des bâtiments et de la reprise des dettes de la société Chiaffi, et qu'elle formait avec ces deux autres contrats un « *tout indivisible* ». La vente litigieuse n'était donc pas isolée, de telle sorte que la solution peut être rattachée à celles qui prévalent en matière d'ensembles contractuels<sup>170</sup>, où l'appréciation de la cause n'est plus typique.

**419.** Cet arrêt de la Cour de cassation peut d'autant moins être interprété comme remettant en cause la nécessité de l'existence de la contrepartie typique dans les contrats typiques, et donc la définition de la cause comme contrepartie abstraite, que la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt récent, que la vente de l'actif d'une société moyennant un prix symbolique ne constituait pas une vente<sup>171</sup>. Il s'agissait, dans cette espèce, de déterminer si le juge commissaire ayant autorisé la cession de l'outil d'exploitation d'une société en redressement judiciaire moyennant un prix symbolique de cinq francs et l'engagement pris par le cessionnaire de reprendre des contrats de travail avait excédé ses pouvoirs. Le juge commissaire avait en effet statué au visa des articles 154 et 156 de la loi du 25 janvier 1985, relatifs à la vente des actifs immobiliers et mobiliers de l'entreprise en liquidation judiciaire. Pour décider que le juge commissaire avait excédé ses pouvoirs, la cour d'appel avait relevé que « *le prix de cinq francs ne constituait pas un prix réel pour la cession respective de trois*

---

<sup>170</sup> JOUARY (P.), thèse préc., n° 494, p. 451.

<sup>171</sup> Com., 28 sept. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 167, p. 188, *D.* 2005.302, note RAKOTOVAHINY (M.-A.), *RTD civ.* 2005.156, obs. GAUTIER (P.-Y.).

*aéronefs, d'un matériel d'exploitation, d'un stock, de deux créances dont l'une pouvant atteindre 1 000 000 francs et de la billetterie dans la limite de 5 000 000 francs* » puis avait retenu que « *l'engagement du cessionnaire de reprendre certains contrats de travail ne pouvait être considéré comme une contrepartie des biens cédés* ». Elle en avait déduit « *qu'en autorisant de telle cessions qui ne constituaient pas des ventes, le juge commissaire avait statué hors de la limite de ses attributions* ». La Cour de cassation approuve ces motifs et rejette le pourvoi qui les critique. Elle retient donc que la cession des éléments d'actif moyennant un prix symbolique ne constitue pas une vente qu'il est au pouvoir du juge commissaire d'autoriser. En décidant que l'absence de la contrepartie typique interdit que le contrat soit considéré comme appartenant au type visé, la Cour de cassation réaffirme, implicitement mais nécessairement, qu'il est nécessaire, dans les contrats typiques, qu'existe la cause typique, ce dont il résulte que la cause typique constitue a minima la cause des obligations des parties dans de tels contrats.

**420.** Aucun autre arrêt ne remet en cause de manière générale le caractère nécessaire de la contrepartie typique dans les contrats synallagmatiques typiques. De même, et en conséquence, les évolutions récentes de la définition doctrinale de la cause qui ont pris en compte cette subjectivisation laissent subsister le rôle causal du prix dans la vente.

*b) L'absence d'effet sur le caractère causal du prix de la définition de la cause comme un intérêt*

**421.** Les arrêts prenant en compte, pour l'appréciation de l'existence de la cause, les mobiles des parties ont conduit un certain nombre d'auteurs à proposer des définitions subjectives de la notion de cause<sup>172</sup>. Un certain nombre d'auteurs ont en particulier proposé de définir la cause comme un intérêt<sup>173</sup>. Au premier rang de ceux-ci, Madame Rochfeld, dans l'étude récente qu'elle a consacrée aux rapports de la cause et des types de contrat<sup>174</sup>, estime que la cause ne saurait être entendue comme la seule contreprestation promise, mais plus globalement comme un intérêt<sup>175</sup>. La notion d'intérêt, plus large et plus souple, permettrait de

---

<sup>172</sup> GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 751s., p. 483s. et les auteurs cités ; v. spécialement MAZEAUD (D.), *La cause*, art. préc., n° 22, p. 463.

<sup>173</sup> V. par exemple, outre les travaux de Madame Rochfeld, FIN-LANGER (L.), thèse préc., n° 448s., p. 310s., qui adopte la définition proposée par Madame Rochfeld ; PIETTE (G.), *La correction du contrat*, préf. M. Menjuçq, P.U.A.M., 2004, n° 554s., p. 294s., spéc. n° 564, p. 300.

<sup>174</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc..

<sup>175</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 76s., p. 73s., spéc. n° 87, p. 79 ; v. également ROCHFELD (J.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Cause, 2005, spéc. n° 20s., p. 8s.

rendre compte des hypothèses dans lesquelles la contrepartie « *n'épuise pas la profondeur du contrat* ». Tel serait par exemple le cas dans les contrats unilatéraux, dans lesquels le cadre contractuel ne saisit pas la contrepartie, ou dans les contrats dans lesquels la cause de l'obligation d'une partie ne réside pas dans l'objet de l'obligation corrélative<sup>176</sup>. Elle permettrait notamment de rendre compte des cas dans lesquels la jurisprudence considère que sont dépourvus de cause des obligations malgré l'existence d'une contreprestation, dans la mesure où celle-ci est inutile<sup>177</sup>. Elle permettrait encore de saisir les cas dans lesquels des contrats sont validés alors qu'une obligation n'a pas de contrepartie contractuelle immédiate. Il s'agit non seulement des contrats unilatéraux<sup>178</sup>, mais également des cessions de droits sociaux à prix symbolique<sup>179</sup>. La définition de la cause comme un intérêt permettrait en outre de ne pas limiter la cause à la seule présence formelle d'une contrepartie, mais de considérer l'intérêt réel qu'elle représente pour son bénéficiaire<sup>180</sup>.

La définition de la cause que présente Madame Rochfeld est ainsi fortement teintée de subjectivisme puisque, en permettant par exemple de considérer l'utilité de la contrepartie, elle conduit à prendre en compte, au moins partiellement, les motifs concrets qui ont conduit son créancier à contracter.

Dans les contrats typiques, parmi lesquels figure le contrat de vente<sup>181</sup>, ce subjectivisme est toutefois limité. L'intérêt y serait en effet lui-même typique, c'est-à-dire identique par type de contrat<sup>182</sup>. Cette typicité reposerait sur une présomption du raisonnement le plus courant à la base d'une structure juridique donnée<sup>183</sup>. La cause typique représente la cristallisation de la motivation la plus courante à la base d'une structure contractuelle, motivation qui, par un renversement de lien, est inférée du seul choix de cette structure<sup>184</sup>. La finalité typique d'un contrat va ainsi assigner à chacune des parties un ensemble d'obligations nécessaires pour l'atteindre<sup>185</sup>. En d'autres termes, la nature de la contrepartie convenue, censée déterminer le

---

<sup>176</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 87, p. 80.

<sup>177</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 104, p. 97. Madame Rochfeld cite notamment les hypothèses d'annulation de cession de brevet lorsque celui-ci existe mais n'a aucun intérêt, par exemple parce que l'invention visée n'est pas brevetable. Elle cite encore l'exemple de l'annulation des contrats de révélation de succession entre généalogistes et héritiers lorsque le bénéficiaire n'a pas intérêt à la révélation, c'est-à-dire lorsqu'il aurait pu avoir connaissance de sa qualité d'héritier.

<sup>178</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 113, p. 109.

<sup>179</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 112, p. 107.

<sup>180</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 87, p. 81.

<sup>181</sup> Le contrat de vente est à de nombreuses reprises cité par Madame Rochfeld comme exemple de type de contrat. V. notamment ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 19, p. 18 et n° 129, p. 125.

<sup>182</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 75s., p. 71s.

<sup>183</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 152, p. 142.

<sup>184</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 155, p. 145.

<sup>185</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 152, p. 142.

type de contrat, sera en fait déterminée par le type de contrat choisi par les parties, celles-ci étant présumées manifester leur volonté d'assumer les obligations typiques attachées au type de contrat qu'elle choisissent.

**422.** Ces approches subjectives de la notion de cause, et en particulier la définition de la cause comme un intérêt, ne semblent toutefois pas permettre de remettre en cause de manière générale le caractère causal de l'obligation de payer le prix dans la vente. Aucun auteur ne semble en effet contester la nécessité de la contrepartie dans les contrats synallagmatiques commutatifs, à tout le moins lorsqu'ils ne sont pas intégrés dans un ensemble contractuel. L'appréciation subjective de la cause conduit ainsi essentiellement à remettre en cause le caractère suffisant de la contrepartie. En particulier, Madame Rochfeld admet que, dans les contrats synallagmatiques commutatifs, la cause de l'engagement de chaque partie réside en principe dans la contrepartie promise<sup>186</sup>. Madame Rochfeld note en effet que « *la cause contrepartie masque le plus souvent la cause-intérêt, parce que la première fournit dans la plupart des contrats une explication immédiate de la seconde. (...) elle traduit d'emblée l'intérêt et les motivations de l'agent* »<sup>187</sup>. Elle ajoute que « *Dans la vente par exemple, le juge sait que l'avantage recherché réside dans le prix pour le vendeur* »<sup>188</sup>. Aussi l'obligation de payer le prix demeure-t-elle, en principe<sup>189</sup>, la cause de l'obligation du vendeur<sup>190</sup>.

A cet égard, les arrêts sur lesquels se fonde Madame Rochfeld pour proposer de définir la cause non comme la contrepartie mais comme l'intérêt<sup>191</sup> ont une portée qui peut être limitée au regard de l'objet de la présente recherche. A l'exception de l'arrêt précité du 23 mars 1993, ces arrêts, dont il résulte que les juges recherchent parfois la cause dans l'analyse des intérêts du contrat lorsque manque une contrepartie immédiate<sup>192</sup>, sont en effet relatifs d'une part aux cessions de droits sociaux à prix symbolique et, d'autre part, aux contrats unilatéraux. Les seconds n'ont donc pas d'influence sur la définition de la cause dans les

<sup>186</sup> V. notamment en ce sens ROCHFELD (J.), fasc. préc., n° 29, p. 10, qui estime que la définition de la cause dans les contrats synallagmatiques commutatifs comme la contrepartie espérée de son cocontractant « *convient à la majorité des hypothèses dans lesquelles une prestation est effectivement prévue en retour* ».

<sup>187</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 87, p. 80.

<sup>188</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 87, p. 80.

<sup>189</sup> L'une des raisons justifiant selon Madame Rochfeld que la cause soit définie comme un intérêt est, on l'a dit, la jurisprudence admettant la licéité de cession de droits sociaux à prix symbolique. Or nous verrons précisément que ces échanges à prix symbolique ne devraient pas être qualifiés de vente, et justifieraient la création d'un nouveau type de contrat.

<sup>190</sup> ROCHFELD (J.), fasc. préc., n° 56, p. 16.

<sup>191</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 112s., p. 107s.

<sup>192</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 112, p. 107.

contrats synallagmatiques. L'objet du présent travail est par ailleurs précisément de démontrer que les premiers soulèvent des difficultés notamment en ce qu'ils remettent en cause la réalité de la contrepartie dans le contrat de vente, et qu'ils justifieraient que les cessions de droits sociaux soient considérées comme des contrats innomés<sup>193</sup>.

**423.** L'obligation de payer le prix constitue ainsi la cause abstraite de l'obligation du vendeur, le but immédiat en vue duquel il s'engage, et dont l'absence est sanctionnée. S'il résulte de la subjectivisation de la cause qu'il ne constitue pas nécessairement la seule cause prise en compte par le droit, il n'en demeure pas moins qu'il constitue la cause *a minima*. Il constitue, dès lors, un substitut nécessaire de la chose vendue dans le patrimoine du vendeur.

## **§ 2 – Le prix, substitut nécessaire**

**424.** Il résulte de ce que l'obligation de payer le prix constitue la cause de l'obligation du vendeur que la vente dépourvue de tout prix est nulle (A). Par extension, est également nulle la vente dont le prix existe mais n'est pas sérieux, c'est-à-dire est tellement dérisoire par rapport à la valeur de la chose qu'il n'a pu être considéré par les parties comme la contrepartie de l'obligation du vendeur (B).

### **A – La nullité des ventes dépourvues de tout prix**

**425.** Le droit français, au contraire d'autres législations, ne reconnaît pas l'acte abstrait, c'est-à-dire « *l'acte détaché de sa cause, et dont la validité serait indépendante du point de savoir si celle-ci existe et si elle est licite* »<sup>194</sup>. Les rédacteurs du Code civil, niant qu'il pût exister des actes altruistes<sup>195</sup>, ne concevaient pas qu'un individu puisse s'engager sans cause. Portalis, présentant les articles 1130 et suivants du Code civil, exposait ainsi : « *il n'y a point d'obligation sans cause : elle est dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elle* »<sup>196</sup>. Cette conception a perduré en doctrine. Les auteurs font ainsi valoir qu'il ne peut y avoir de consentement valablement donné à défaut de cause<sup>197</sup>. Ils considèrent

---

<sup>193</sup> Infra spécialement deuxième partie.

<sup>194</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 260, p. 205 ; V. également MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale*, préc., n° 275, p. 281.

<sup>195</sup> MARTIN (X.), L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme, *Revue historique du droit français et étranger* 1982, p. 589.

<sup>196</sup> FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. XIII, p. 228.

<sup>197</sup> LAROMBIERE (M. L.), *op. cit.*, n° 3, p. 272 ; PLANIOL (M.), *op. cit.*, 4<sup>ème</sup> éd., t. 2, n° 302, p. 115.

qu'un individu ne saurait s'engager sans but, ou sans motif<sup>198</sup>. La volonté de celui qui contracte une obligation serait toujours nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui<sup>199</sup>. En particulier, dans un contrat synallagmatique, le débiteur ne s'engage qu'en considération d'une contrepartie<sup>200</sup>, sans laquelle on ne conçoit pas qu'un individu qui n'est pas animé par une intention libérale puisse se trouver obligé<sup>201</sup>. Un engagement sans but ne pourrait ainsi être « *que l'acte d'un fou* »<sup>202</sup>.

**426.** Or l'obtention du prix est le but poursuivi par le vendeur, la cause de son obligation. Il en résulte, quoique aucun arrêt ne semble l'avoir jugé, que la vente qui serait totalement dépourvue de prix est nulle pour défaut de cause, à tout le moins comme vente. La Cour de cassation a ainsi jugé que « *la vente déclarée nulle pour défaut de prix constitue un acte dépourvu d'existence légale et frappé d'une nullité absolue, qui ne saurait comporter ni confirmation ni ratification* »<sup>203</sup>. Tel est en particulier le cas lorsqu'un prix est stipulé sans intention d'être payé. De ce que le prix doit exister, la jurisprudence a déduit qu'un tel prix ne constituait pas un véritable prix. Rappelant qu'il n'y a de vente « *que si le prix est sérieux* », la Cour de cassation décide que « *le prix n'est pas sérieux quand il ne devait être ni payé ni exigé* »<sup>204</sup>. La vente faite moyennant un tel prix est nulle. Tel peut être le cas lorsque les parties conviennent, dans une contre-lettre, que le prix stipulé dans l'acte ne sera pas exigible, lorsque la situation de fortune de l'acheteur rend évidemment impossible, dès le jour de la vente, tout paiement<sup>205</sup>, ou lorsque aucun prix n'a été payé alors que l'acte de vente

<sup>198</sup> BEUDANT (R.) ET LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Rousseau, 1936, par G. LAGARDE, n° 202, p. 143

<sup>199</sup> CAPITANT (H.), *op. cit.*, n° 1, p. 17

<sup>200</sup> MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale*, préc., n° 265, p. 267 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 262, p. 207.

<sup>201</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 336, p. 348.

<sup>202</sup> CAPITANT (H.), *op. et loc. cit.* ; V. pour une expression proche BEUDANT (R.) ET LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *op. et loc. cit.* ; BAUDRY-LACANTINIERE (G.) ET BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. I, 1897, n° 297, p. 278 ;

<sup>203</sup> Civ., 4 août 1952, *Bull. civ. I*, n° 260, S. 1953.1.20 ; v. pour une formule très proche : Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 1959, *D.* 1960.294., et pour une formule identique, mais dans un arrêt relatif à la détermination du prix : Com., 30 nov. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 333, p. 288. Certains auteurs déduisent plus généralement de ces arrêts que la Cour de cassation sanctionne de manière générale l'absence de cause par une nullité absolue (V. par exemple ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 422, p. 381, TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 336, p. 335). Aucun arrêt ne semblant s'être clairement prononcé sur la sanction du défaut de cause de manière générale, il n'est pas certain que la solution appliquée en matière de défaut de prix puisse être étendue à tous les contrats. Le doute est d'autant plus permis que la Cour de cassation a récemment décidé que la nullité d'un acte de partage pour défaut de cause, protectrice du seul intérêt des copartageants, est une nullité relative (Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 sept. 2004, *Bull. civ. I*, n° 216, p. 181).

<sup>204</sup> Req., 13 juin 1860, *D. P.* 1860.1.503, S. 1861.1.237.

<sup>205</sup> Req., 13 juin 1860, *D. P.* 1860.1.503, S. 1861.1.237.

mentionne que le prix a été payé comptant<sup>206</sup>.

A défaut de prix, l'acte ne peut recevoir la qualification d'acte à titre onéreux, et donc de vente. Il peut constituer, si le vendeur est animé par une intention libérale, une donation<sup>207</sup>. La requalification suppose toutefois que soit caractérisée l'intention libérale, l'acte restant nul à défaut d'une telle intention<sup>208</sup>.

**427.** L'hypothèse d'une vente totalement dépourvue de prix semble cependant –si l'on exclut les cessions de droits sociaux- largement théorique, ainsi que l'atteste l'absence d'arrêt rendu dans de telles circonstances de fait.

La Cour de cassation a en revanche eu l'occasion de juger qu'étaient également nulles les ventes dont le prix n'était pas sérieux.

### **B – La nullité des ventes dépourvues de prix sérieux**

**428.** L'hypothèse du prix fictif, qui correspond fréquemment à une volonté des parties d'éluder les règles applicables en matière de libéralités<sup>209</sup>, ne constitue pas le seul cas de défaut de prix sérieux. Bien plus nombreux sont les arrêts rendus dans des espèces dans lesquelles les parties étaient convenues d'un prix, effectivement payé, mais dont le montant était dérisoire par rapport à la valeur de l'objet de la vente. Assimilant prix dérisoire et prix inexistant, la jurisprudence considère en effet que sont nulles les ventes dont le prix n'est pas

---

<sup>206</sup> Cass., 14 mess. an 12, *Rép.* n° 359p. 125, note n° 3; v. également Req., 9 déc. 1913, *D. P.* 1919.1.29.; Civ. 3ème, 21 mai 1979, *Bull. civ.* III, n° 112, p. 84.

<sup>207</sup> HUET (J.), *op. cit.*, 11189, p. 153.; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 136, p. 135; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 219, p. 148; MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 115, p. 106. La question de la validité des donations déguisées a fait à l'origine l'objet d'une divergence entre la chambre des requêtes, partisane de la nullité, et la chambre civile, qui s'était prononcée en sens contraire (en ce sens DAGOT (M.), *La simulation en droit privé*, L.G.D.J., 1967, spéc. n° 178, p. 180, et les arrêts cités). La validité des donations déguisées a été définitivement admise par un arrêt de la chambre civile du 31 octobre 1909 (Cass., 31 oct. 1809, S. 1809-1811.I.119) (en ce sens DAGOT (M.), *op. et loc. cit.*). La jurisprudence admet ainsi désormais que les « libéralités faites sous le couvert d'actes à titre onéreux sont valables lorsqu'elles réunissent les conditions de forme requises pour la constitution des actes dont elles empruntent l'apparence, les règles auxquelles elles sont assujetties quant au fond étant celles propres aux actes à titre gratuit » (V. en particulier Civ. 1ère, 27 oct. 1993, *Bull. civ.* I, n° 300, p. 206; Civ. 1ère, 29 mai 1980, *Bull. civ.* I, n° 163, p. 131; v. plus généralement NAJJAR (I.), *La validité des donations déguisées ou indirectes sous seing privé*, D. 1995, chr. 115). Une vente consentie moyennant un prix non sérieux pourra ainsi être requalifiée de donation, et échapper à la nullité, si l'intention libérale du « vendeur » est démontrée (V. par exemple Req., 8 juil. 1879, S. 1881.1.205), et si l'acte remplit par ailleurs les conditions de forme requises (V. par exemple Civ. 1ère, 12 oct. 1964, *Bull. civ.* I, n° 438, p. 339; Civ. 3ème, 7 avr. 1976, *Bull. civ.* III, n° 144, p. 114; Civ. 1ère, 27 oct. 1993, *Bull. civ.* I, n° 300, p. 206; V. également Civ. 3ème, 7 avr. 1976, *Bull. civ.* III, n° 144, p. 114; Civ. 1ère, 2 fév. 1970, *Bull. civ.* I, n° 40, p. 33).

<sup>208</sup> V. par exemple Req., 28 janv. 1879, *D. P.* 1880.1.54; Req., 9 déc. 1913, *D. P.* 1919.1.29.

<sup>209</sup> THIOYE (M.), thèse préc., n° 630, p. 640. Elle permet notamment aux parties de se soustraire aux règles relatives à la dévolution successorale, par exemple en transmettant un bien en fraude des droits des héritiers réservataires.

sérieux (1), c'est-à-dire dont le prix présente avec la valeur objective de la chose une disproportion telle qu'il ne peut être considéré comme sa contrepartie (2).

### 1 – L'assimilation du prix dérisoire au prix inexistant

**429.** La question du caractère non sérieux du prix se pose principalement<sup>210</sup> dans le cas de vente d'un immeuble moyennant une rente viagère. L'action est alors généralement intentée par les héritiers qui, découvrant que l'immeuble a été cédé moyennant un prix inférieur à sa valeur vénale, souhaitent voir prononcer la nullité de la vente.

En premier lieu, une jurisprudence constante et abondante décide que la vente d'un immeuble consentie moyennant une rente viagère inférieure ou égale aux revenus que produit l'immeuble est nulle pour défaut de prix sérieux<sup>211</sup>. La Cour de cassation considère en effet, aux termes d'une formule récurrente : « *en droit, que le prix est un des éléments essentiels et constitutifs du contrat de vente et, qu'en fait il appartient aux tribunaux de considérer la vente comme manquant en réalité de prix, lorsque, suivant leur appréciation, le revenu de la chose vendue est supérieur à la somme nécessaire pour l'exécution des engagements contractuels envers le vendeur, sans que l'acheteur ait aucun risque de perte à courir, ni aucun sacrifice à faire de ses propres deniers* »<sup>212</sup>.

En second lieu, une vente consentie moyennant le paiement d'une rente viagère peut également être annulée, alors même que les arrérages sont supérieurs aux revenus de l'immeuble, s'il apparaît que le prix n'est pas sérieux. La jurisprudence a ainsi annulé à de nombreuses reprises les ventes lorsqu'il apparaissait qu'en raison de l'âge et de l'état de santé du crédit-rentier, le débit-rentier ne courait aucun risque et qu'ainsi le contrat devait être annulé faute d'aléa et de prix sérieux<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> Si l'on exclut les cessions de droits sociaux, étudiées ultérieurement.

<sup>211</sup> V. par exemple Req., 2 juil. 1806, *Rép.* n° 355, p. 124, spéc. note n° 1, *S.* 2.1.261 ; Req., 14 juin 1826, *Rép.* n° 355, p. 124, spéc. note n° 3 ; Req., 28oct. 1895, *D. P.* 1896.1.36 ; Req., 15 mai 1899, *D. P.* 1899.1.312 ; Req., 27 mai 1908, *S.* 1911.1.459 ; Req., 10 fév. 1925, *D. H.* 1925.137 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 oct. 1978, *Bull. civ.* I, n° 319, p. 246.

<sup>212</sup> Req., 28oct. 1895, *D. P.* 1896.1.36 ; Req., 27 mai 1908, *S.* 1911.1.459 ; Req., 1<sup>er</sup> mai 1911, *S.* 1911.1.459, *D. P.* 1911.1.353, obs. PLANIOL (M.) ; Req., 10 fév. 1925, *D. H.* 1925.137 ; Req., 29 déc. 1930 ; *D. H.* 1931.53

<sup>213</sup> V. par exemple : Civ., 26 janv. 1931, *Gaz. Pal.* 1931.1.441 ; Req., 15 juin 1933, *D. H.* 1933.377 ; Req., 9 juil. 1934, *D. H.* 1934.442 ; Civ., 19 mai 1951, *Bull. civ.* I, n° 149, p. 116 ; Civ., 7 nov. 1956, *Bull. civ.* I, n° 398 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 fév. 1977, *Bull. civ.* III, n° 70, p. 55 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mars 1977, *Bull. civ.* I, n° 115, p. 89 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 déc. 1992, pourvoi n° 90-19.032 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 déc. 1998, *Bull. civ.* I, n° 353, p. 243 ; v. également Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 mai 1971, *Bull. civ.* III, n° 318, p. 227, qui censure pour défaut de base légale l'arrêt ayant décidé qu'une vente avait été consentie moyennant un prix sérieux sans rechercher si le montant des arrérages de la rente viagère stipulée pour prix et l'âge de la crédièntière n'excluait pas tout aléa.



Si l'appréciation du caractère sérieux du prix relève du pouvoir souverain des juges du fond<sup>214</sup>, encore ceux-ci doivent-ils motiver suffisamment leur décision, en recherchant par exemple si le prix total constitué du capital initialement versé et de la valeur en capital de la rente est vil<sup>215</sup>, ou si le capital versé initialement, et auquel s'ajoute une rente inférieure aux revenus procurés par l'immeuble, constitue un prix dérisoire<sup>216</sup>.

**430.** L'occurrence quelque peu spéciale des ventes dont le prix est payé sous forme de rente viagère n'est toutefois pas la seule circonstance dans laquelle la nullité est prononcée pour défaut de prix sérieux. Dans un arrêt récent, elle a jugé de manière générale que la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité absolue<sup>217</sup>. La jurisprudence a ainsi eu l'occasion d'annuler des ventes pour défaut de prix sérieux, alors même que le prix n'était pas versé sous forme de rente viagère<sup>218</sup>. Assimilant vileté du prix et prix non sérieux<sup>219</sup>, la Cour de cassation censure l'arrêt décidant que l'action en résolution pour vileté du prix ne peut être exercée que dans le cadre d'une action en rescision pour lésion, en retenant que « *la vente peut être annulée pour vileté du prix* »<sup>220</sup>. Rappelant que l'appréciation du caractère sérieux du prix relève du pouvoir souverain des juges du fond, elle approuve la cour d'appel qui avait décidé qu'une vente de fonds de commerce consentie moyennant un prix consistant en un dixième des revenus du fonds pendant dix ans était nulle<sup>221</sup>. Elle rejette de même le moyen reprochant à une cour d'appel d'avoir décidé qu'était dérisoire le prix d'un franc payé en échange d'une part de bateau évaluée quelques semaines plus tôt à 50 000 francs<sup>222</sup>. La cour,

---

<sup>214</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juil. 1995, *Bull. civ. I*, n° 304, p. 212 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 déc. 1998, *Bull. civ. I*, n° 353, p. 243.

<sup>215</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 nov. 1986, *Bull. civ. III*, n° 160, p. 125;

<sup>216</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 juil. 1988, pourvoi n° 87-11.651.

<sup>217</sup> Com., 27 octobre 2003, pourvoi n° 06-13.979, à paraître au *Bulletin, JCP* éd. E 2008.II.1281, obs. LECUYER (H.), *Dr. soc.* 2007, comm. 209 p. 14, obs. LECUYER (H.), *Bull. Joly* 2008, § 20 p. 90, obs. COURET (A.), *JCP* 2008.II.10024, note. ROGET (N.).

<sup>218</sup> Le nombre plus restreint d'arrêts rendus en matière de prix dérisoire dans des ventes consentie moyennant un prix payable sous forme de capital tient probablement partiellement à la nature du contrôle qu'exerce la Cour de cassation sur cette question. Alors en effet qu'elle semble exercer un certain contrôle sur la notion de prix sérieux dans les ventes moyennant rente viagère, elle rejette quasiment systématiquement les moyens reprochant aux juges du fond d'avoir considéré qu'un prix non viager était dérisoire, au motif que cette appréciation relève de leur pouvoir souverain (cf. infra). Aussi les pourvois sont-ils moins nombreux, les vendeurs étant conscients des chances de succès limitées que présentent de tels moyens.

<sup>219</sup> Le terme de vil prix semble ainsi recevoir deux acceptions. Il est, d'une part, compris comme prix dérisoire. Mais il est parfois employé également dans le sens de prix lésionnaire par la jurisprudence (en ce sens COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 158, p. 155). V. également, CAUCHY-PSAUME (M.-C.), note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 avr. 1998 et Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 déc. 1998, *D.* 2000.504.

<sup>220</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 juil. 2001, *Bull. civ. III*, n° 101, p. 78 ; v. également Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 avr. 1998, *Bull. civ. III*, n° 88, p. 58.

<sup>221</sup> Req., 3 mai 1922, *S.* 1922.1.310.

<sup>222</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1992, pourvoi n° 89-10.005.

ayant souverainement estimé qu'un tel prix n'était pas sérieux, a pu décider que l'acte de cession ne constituait pas une vente<sup>223</sup>.

## 2 – La notion de prix dérisoire

**431.** Le caractère dérisoire du prix étant souverainement apprécié par les juges du fond, il apparaît difficile de définir précisément à partir de quel stade un prix est considéré comme dérisoire. Les fondements de l'exigence d'un prix sérieux permettent cependant d'en préciser la notion.

**432.** Les arrêts jugeant que sont nulles des ventes pour défaut de prix sérieux se bornent fréquemment à rappeler que la stipulation d'un prix est une condition essentielle de la validité du contrat de vente, ou à viser les articles 1582 ou 1591 du Code civil, sans préciser pour quelle raison le caractère dérisoire du prix justifie l'annulation du contrat<sup>224</sup>.

La sanction du défaut de prix semble cependant constituer une sanction de l'absence de cause. La Cour de cassation a ainsi en premier lieu explicitement jugé que la vente dépourvue de prix sérieux était nulle comme dépourvue de cause<sup>225</sup>. A défaut de prix, l'objet de l'obligation de l'acheteur, et la cause de celle du vendeur, font défaut<sup>226</sup>. Réciproquement, la Cour de cassation semble rattacher la sanction du prix dérisoire à l'absence de cause. Les rares arrêts dans lesquels elle a exercé son pouvoir de censure en la matière ont en effet été rendus au visa de l'article 1131 du Code civil pour manque de base légale, les juges du fond

---

<sup>223</sup> *Ibid.*

<sup>224</sup> V. par exemple Req., 3 mai 1922, S. 1922.1.310 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1992, pourvoi n° 89-10.005 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 juil. 2001, *Bull. civ.* III, n° 101, p. 78 ; Com., 23 oct. 2007, pourvoi n° 06-13.979, à paraître au *Bulletin* ; V. par ailleurs GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. cit.*, n° 422, p. 488, qui observent que les arrêts annulant pour défaut de prix une vente d'immeuble moyennant constitution d'une rente viagère ne font pas expressément état d'un défaut de cause.

<sup>225</sup> V. notamment Req., 15 juin 1933, D. H. 1933.377. La Cour de cassation approuve la cour d'appel ayant annulé la vente d'immeuble moyennant l'obligation de loger, nourrir, chauffer, éclairer, blanchir le vendeur, de lui assurer les soins médicaux et pharmaceutiques et de veiller à ses obsèques. Cette convention ayant été conclue la veille du décès du vendeur la cour d'appel avait « à bon droit déclaré nulle une convention dépourvue de cause ». Certes, la convention ne constitue pas théoriquement une vente dans la mesure où le prix n'est pas constitué par une somme d'argent. Cependant, la Cour de cassation vise notamment les articles 1591 et suivants du Code civil, de telle sorte que la solution retenue semble effectivement applicable au contrat de vente. Un arrêt précité du 14 juin 1826 (Req., 14 juin 1826, Rép. n° 355, p. 124, note 3) décide par ailleurs que la vente consentie moyennant une rente inférieure aux revenus de l'immeuble est faite sans prix et sans cause. Dans la mesure toutefois où il s'agissait d'un contrat aléatoire, dont la cause est l'aléa, il n'est pas certain que l'expression « sans prix et sans cause » signifie « sans cause parce que sans prix ».

<sup>226</sup> THIOYE (M.), thèse préc., n° 652, p. 648 ; RIPERT (G.) ET BOULANGER (J.), *op. cit.*, t. 3, n° 1338, p. 454 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 214, p. 146 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 3, 2<sup>ème</sup> vol., *Principaux contrats*, 6<sup>ème</sup> éd., 1984, par M. DE JUGLART, n° 875, p. 143 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 905, p. 324 ; LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 2, p. 12 ;

n'ayant pas procédé à des recherches suffisantes pour statuer comme ils l'avaient fait<sup>227</sup>. La très grande majorité des auteurs qui précisent le fondement de l'annulation pour absence de prix ou pour prix dérisoire invoquent de même l'absence de cause. Certains font ainsi valoir que l'exigence trouve sa raison dans la théorie de la cause<sup>228</sup>. D'autres estiment que la nullité se justifie par l'assimilation du prix ni réel et sérieux à un prix inexistant, et que le « *contrat manque alors de cause* »<sup>229</sup>, que la vente sans prix est nulle, car l'obligation de l'acheteur n'a pas d'objet et celle du vendeur pas de cause<sup>230</sup>, ou que la nullité peut être rattachée à l'absence de cause<sup>231</sup>. Le lien avec la cause résulte, parfois, plus implicitement, de la définition qui est donnée du prix non sérieux. Planiol et Ripert estiment ainsi que le prix est dérisoire quand il n'est pas en réalité, la cause de l'obligation consentie par le vendeur<sup>232</sup>. L'exigence d'un prix sérieux est encore parfois définie comme celle d'un prix suffisamment conséquent pour que l'obligation ait une cause<sup>233</sup>.

**433.** Le prix dérisoire semble ainsi pouvoir être défini comme celui dont le montant est tellement inférieur à la valeur de la chose qu'on ne peut le considérer comme une contrepartie de la chose<sup>234</sup>. Il est le prix fixé à un chiffre ridiculement bas, qui ne peut être mis en rapport avec la valeur de la chose<sup>235</sup>. Il ne peut être considéré comme compensant, dans le patrimoine du vendeur, l'appauvrissement subi du fait du transfert de propriété de l'objet de la vente<sup>236</sup>. Le prix est non sérieux quand il n'est pas admissible que le vendeur ait consenti à vendre dans le but de l'obtenir, quand ce prix n'a pu être pour lui une raison déterminante d'aliéner sa propriété<sup>237</sup>. Son montant est tellement dérisoire que le vendeur ne peut avoir contracté dans

<sup>227</sup> V. par exemple Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 nov. 1986, *Bull. civ.* III, n° 160, p. 125 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 juil. 1988, pourvoi n° 87-11.651.

<sup>228</sup> MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 212, p. 144 ; MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 115, p. 106.

<sup>229</sup> COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 153, p. 151.

<sup>230</sup> MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 3, 2<sup>ème</sup> vol., *Principaux contrats*, 6<sup>ème</sup> éd., 1984, par M. DE JUGLART, n° 862, p. 131 ; V. encore ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *op. cit.*, n° 131, p. 108, qui estiment, pour justifier que le prix dérisoire ne peut constituer une véritable contrepartie, que « *la logique casualiste s'y oppose* » ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, Civils et commerciaux, op. cit.*, n° 36, p. 31 ; RIPERT (G.) ET BOULANGER (J.), *op. cit.*, t. 3, n° 1338, p. 454.

<sup>231</sup> GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. cit.*, n° 422, p. 488.

<sup>232</sup> PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.), *op. cit.*, t. 10, n° 41, p. 34.

<sup>233</sup> LAMBERT (T.), *L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux*, art. préc., n° 2, p. 12 ; V. encore SHINDLER-VIGUIE (S.), thèse préc., p. 385.

<sup>234</sup> COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 157, p. 153 ; ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *op. cit.*, n° 131, p. 108 ; V. également BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, Civils et commerciaux, op. cit.*, n° 36, p. 30.

<sup>235</sup> PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.), *op. cit.*, t. 10, n° 41, p. 34.

<sup>236</sup> V. HAYEM (F.), *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse Paris, 1899, n° 70, p. 103.

<sup>237</sup> BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET SAIGNAT (L.), *op. cit.*, n° 130, p. 109.

le but de l'obtenir<sup>238</sup>, et qu'il ne peut avoir été considéré par les parties comme l'équivalent de la chose<sup>239</sup>. La différence entre la valeur de l'objet et le montant du prix est tel qu'il ne s'agit plus d'une simple lésion, ou d'un simple défaut d'équivalence<sup>240</sup>. Elle conduit à présumer que le vendeur n'a pu consentir à un tel échange. La sanction de l'absence de prix repose ainsi d'abord, comme plus généralement celle de l'absence de cause, sur une présomption de vice du consentement<sup>241</sup>.

**434.** Cette disproportion s'apprécie toutefois objectivement<sup>242</sup>. Le juge ne recherche pas si le prix correspond à la valeur d'échange du bien vendu, telle qu'elle résulterait de l'accord des parties. L'existence de la contrepartie considérée comme constituant la cause de l'engagement de l'obligation réciproque n'est pas appréciée en tenant compte de la psychologie des parties, des raisons qui pouvaient justifier, à leurs yeux, une contrepartie quantitativement réduite<sup>243</sup>. L'appréciation du caractère dérisoire du prix intervient indépendamment de cette psychologie. Le juge annule le contrat lorsque la contrepartie fait objectivement défaut, ou lorsque sa valeur est tellement réduite par rapport à celle de l'obligation corrélative qu'il n'est pas possible de la considérer comme une contrepartie<sup>244</sup>. Les ventes consenties moyennant une rente viagère sont ainsi annulées pour défaut de prix sérieux, généralement à la demande des héritiers du vendeur, alors même que la réalité du consentement de celui-ci n'était pas contestée. Aucune des décisions n'annulant une vente « normale » pour défaut de prix ne fait ainsi état de la psychologie des contractants. La Cour de cassation a en outre explicitement rejeté un moyen soutenant que le prix n'était pas dérisoire dans la mesure où il avait été accepté par le demandeur à l'annulation<sup>245</sup>. Le fait que les parties aient manifesté leur volonté de conclure un contrat de vente ne suffit pas pour considérer que celui-ci a été valablement formé. Il faut encore que soient réunis l'ensemble des éléments objectifs qui rendent possibles les effets de la vente<sup>246</sup>, à savoir en particulier un

<sup>238</sup> BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET SAIGNAT (L.), *op. cit.*, n° 130, p. 109.

<sup>239</sup> AUBRY (C.) et RAU (G.), *op. cit.*, n° 349, p. 336 ; BEUDANT (R.) ET LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 9, *La vente, le louage des choses*, *op. cit.*, n° 142, p. 103.

<sup>240</sup> THIOYE (M.), thèse préc., n° 652, p. 648 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, Civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 36, p. 32.

<sup>241</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, *op. cit.*, n° 858, p. 858.

<sup>242</sup> GHESTIN (J.), thèse préc., n° 229, p. 272, qui écrit : « La réalité de la contrepartie fait l'objet d'une appréciation strictement objective, et se déduit de la simple analyse de l'économie de la convention » ; V. également MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 212, p. 144.

<sup>243</sup> GHESTIN (J.), thèse préc., n° 229, p. 272

<sup>244</sup> GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, *op. cit.*, n° 858, p. 858.

<sup>245</sup> Civ. 1ère, 17 déc. 1959, D. 1960.294.

<sup>246</sup> BOYER (L.), thèse préc., p. 203.

prix sérieux. La volonté des parties, à supposer qu'elle ne soit pas contestée, ne peut suppléer l'absence d'un élément objectif<sup>247</sup>.

**435.** Il apparaît ainsi finalement que le prix ne doit pas présenter avec la valeur de la chose une disproportion telle qu'il ne puisse être considéré comme la somme compensant, dans l'intention des parties, l'appauvrissement résultant, pour le vendeur, du transfert de propriété de l'objet de la vente. Il est une contrepartie nécessaire.

Ce principe fait courir aux cessions de droits sociaux comportant des clauses d'adaptation du prix et de la valeur des droits des risques de nullité.

## **SECTION 2 – LE PRIX ADAPTE DANS LES CESSIONS DE DROITS SOCIAUX, CONTREPARTIE**

### **DEFICIENTE**

**436.** Les parties adaptent le prix à la valeur d'échange des droits sociaux selon différentes modalités. Elles fixent parfois initialement un prix correspondant à cette valeur. Elles peuvent également convenir d'un mécanisme reportant cette fixation à une date à laquelle l'état exact de la société sera connu. Enfin, elles conviennent fréquemment de mécanismes aux termes desquels le vendeur s'engage à garantir le cédant des conséquences d'une modification de l'état de la société par rapport à celui sur la base duquel avait été déterminé initialement le prix<sup>248</sup>.

Un certain nombre de ces modalités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange affectent le montant du prix (§ 1). Elles peuvent alors générer des incertitudes résultant de l'atteinte portée à l'existence même du prix (§ 2).

### **§ 1 – L'influence sur le prix des modalités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux**

**437.** Toutes ces modalités d'adaptation ont pour objet de faire correspondre le prix et la valeur d'échange des droits sociaux.

Certaines de ces modalités affectent sans doute possible le montant du prix. Tel est le cas lorsque les parties conviennent dès la conclusion du contrat d'un prix définitif correspondant à la valeur des droits sociaux. Tel est également le cas lorsqu'elles conviennent lors de cette même conclusion d'un prix déterminable. Dans tous ces cas, l'adaptation résulte de la

---

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> Supra Sous-titre I, n° 164.

variation du montant de l'obligation monétaire qui pèse sur l'acquéreur en contrepartie du transfert des droits sociaux.

La réalisation d'un tel objet n'implique cependant pas nécessairement de modifier le montant du prix. Elle peut résulter de la modification de la valeur d'échange des droits sociaux à travers, par exemple, le maintien de la consistance du patrimoine de la société. On peut dès lors douter de l'influence sur le prix de certaines des sommes que le garant s'oblige à payer au cessionnaire des droits sociaux dans la convention de garantie : des sommes payées à la société, et non à l'acquéreur, peuvent-elles être considérées comme réduisant le prix ? Des sommes dépassant le montant de ce prix peuvent-elles réellement être considérées comme une véritable réduction du prix ? Des sommes qui, dans l'intention des parties, ont pour objet l'indemnisation du préjudice subi par le cessionnaire du fait de la perte de valeur des parts peuvent-elles être considérées comme une réduction du prix ?

Répondant à ces questions, doctrine et jurisprudence ont proposés plusieurs critères de distinction entre les clauses modifiant le prix et celles dépourvues d'un tel effet (A). La définition précitée du prix de vente conduit toutefois à n'en retenir qu'un : le bénéficiaire de la garantie (B).

#### **A – L'influence controversée des mécanismes de garantie sur le prix**

**438.** Doctrine (1) et jurisprudence (2) ont retenu des critères de distinction différents.

##### 1 - Les critères doctrinaux

**439.** Certains auteurs fondent la distinction sur des critères matériels. D'autres prennent également en compte l'objet que les parties ont entendu conférer à la garantie.

##### *a) Les critères matériels*

**440.** Quelques auteurs semblent fonder sur la seule personnalité du bénéficiaire de la clause la distinction entre les clauses ayant un impact sur le prix et celles n'ayant pas un tel impact. D'autres ajoutent ou substituent à ce premier critère une distinction fondée sur les montants que le cédant s'engage à verser.

**441.** Le bénéficiaire du mécanisme d'adaptation semble parfois être considéré comme l'unique critère de qualification des clauses de reconstitution ou de révision du prix.

Monsieur Germain estime ainsi qu'une qualification précise des clauses de garantie de passif peut être cherchée en considération des bénéficiaires de la garantie : la clause de garantie de passif impliquerait un paiement à la société ou aux créanciers intéressés et la clause de révision du prix jouerait au profit de l'acquéreur<sup>249</sup>. Il ne rejette pas explicitement pour le surplus les autres critères. Néanmoins, il considère que les propositions aux termes desquelles la révision du prix ne jouerait qu'en proportion des parts ou actions cédées, ou serait limitée au prix de cession, quand la garantie de passif ne devrait pas se voir appliquer ces restrictions, ne sont fondées sur aucun argument décisif. Les clauses pourraient prévoir un paiement total ou partiel sans que la qualité du bénéficiaire ne modifie la nature de la garantie et ses conséquences<sup>250</sup>. Ces limitations, dès lors qu'elles ne sont pas automatiquement associées à la révision du prix, mais peuvent également être prévues dans une clause de garantie de passif ne peuvent donc constituer un critère de distinction des deux types de clauses.

Similairement, Madame Galia-Beauchesne distingue, d'une part, les promesses des cédants de payer directement aux créanciers sociaux les dettes sociales antérieures à la cession et, d'autre part, les promesses d'indemniser les cessionnaires des moins-values subies par leurs actions ou parts sociales<sup>251</sup>. Gardant le silence, dans les développements relatifs au premier type de clause, sur un quelconque effet sur le prix, elle considère en revanche que les sommes versées en exécution du second type constituent une révision du prix<sup>252</sup>. Elle ajoute que le second type de clause peut prévoir une indemnisation égale au total du passif supplémentaire ou de la diminution d'actif, même si la cession ne porte que sur une fraction des parts sociales ou actions, tout en demeurant une clause de révision du prix<sup>253</sup>. Non seulement, cet auteur retient comme critère le bénéficiaire de la garantie, mais elle admet que les sommes versées en exécution d'une clause de révision du prix peuvent excéder le montant dudit prix. Elle exclut donc, implicitement mais nécessairement, un éventuel plafonnement comme critère de

---

<sup>249</sup> GERMAIN (M.), art. préc., p. 74. Cet auteur n'exprime pas explicitement son adhésion à cette analyse. Après avoir observé qu'une qualification plus précise peut être cherchée en considération des bénéficiaires de la garantie, il ajoute : « *Il est en effet fréquent de distinguer la garantie de passif qui impliquerait un paiement à la société ou aux créanciers intéressés de la clause de révision du prix qui joue au profit de l'acquéreur* ». L'auteur semble donc se borner à rapporter la distinction proposée, sans l'approuver. Cette approbation semble toutefois pouvoir être déduite de ce que, exposant ensuite les conséquences parfois associées à cette qualification, il les critique, alors qu'il s'abstient de remettre en cause le critère du bénéficiaire.

<sup>250</sup> *Ibid.*

<sup>251</sup> GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 37s.

<sup>252</sup> GALIA BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 44.

<sup>253</sup> GALIA BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 46. Elle ajoute qu'une restitution supérieure au prix soulève la question de la viabilité du prix, mais n'envisage en revanche pas qu'elle remette en cause la qualification de la clause.

distinction des deux types de clauses et semble, de la sorte, admettre comme seul critère le bénéficiaire de la garantie.

Une incertitude demeure toutefois sur la portée que ces auteurs confèrent au critère ainsi retenu. Ils ne précisent en effet ni que seules les clauses prévoyant un versement au profit du cessionnaire ont un impact sur le prix, ni que toutes ces clauses ont un tel impact<sup>254</sup>.

**442.** D'autres auteurs se sont fondés, pour distinguer les clauses de révision du prix et les garanties de reconstitution, sur le double critère du bénéficiaire et du montant dû par le garant. Madame Bessis a ainsi suggéré d'appliquer successivement ces deux critères. La clause serait une garantie de reconstitution lorsque le bénéficiaire est la société ou les créanciers, les sommes versées n'ayant, alors, pas d'influence sur le prix<sup>255</sup>. Il faudrait, lorsque le bénéficiaire est le cessionnaire, opérer une distinction en fonction des montants dus. La clause ne constituerait une clause de révision du prix que lorsque le cédant s'engage à rembourser au cessionnaire le montant correspondant à la moins-value subie par les titres<sup>256</sup>, c'est-à-dire lorsque le cessionnaire s'engage à prendre en charge une fraction du passif proportionnelle à la part de capital cédée<sup>257</sup>. Lorsque le cessionnaire s'engage à rembourser au cédant la totalité du passif, il s'agirait en revanche d'une indemnité, sans influence sur le prix<sup>258</sup>.

Monsieur Lambert a associé plus explicitement l'effet des clauses sur le prix et le montant que le garant s'engage à payer. Il expose en effet que la qualification de la clause –« véritable garantie ou clause de révision du prix »– se déduit à titre essentiel du montant que le garant s'oblige à payer<sup>259</sup>. Les clauses de garantie de passif sont celles aux termes desquelles le

---

<sup>254</sup> V. également CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., spéc. n° 13s., p. 48s., qui semblent également adopter comme critère le bénéficiaire de la garantie. Messieurs Viandier et Caussain distinguent les clauses de garantie de valeur ou révision du prix et les clauses de garantie de passif, les sommes étant versées, en exécution du premier type de clause, au cessionnaire, et en exécution du second, à la société ou aux créanciers. Ils précisent que la désignation du bénéficiaire est conditionnée par le choix qui sera opéré entre l'une ou l'autre des garanties (CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), art. préc., n° 18, p. 49). Il n'est toutefois aucunement certain que la personnalité du bénéficiaire détermine, pour ces auteurs, l'influence que les sommes versées auront sur le prix. D'une part en effet, cette question n'est pas explicitement envisagée. Ils estiment, d'autre part, que la garantie de valeur joue en proportion du nombre d'actions acquises, de telle sorte qu'il n'est pas certain que le plafonnement des sommes dues ne constitue pas également un critère de qualification, la garantie ne pouvant avoir d'influence sur le prix si les sommes dues ne sont pas proportionnées à la part de capital acquise.

<sup>255</sup> BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 111, p. 110.

<sup>256</sup> BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 118, p. 116.

<sup>257</sup> BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 102, p. 100.

<sup>258</sup> BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 110, p. 117. Notons que Madame Bessis ne précise pas ce qu'elle entend par indemnité.

<sup>259</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 485, p. 373. On peut d'ores et déjà noter que la position de Monsieur Lambert semble avoir ensuite évolué. Il expose ainsi, dans un article récent (LAMBERT (T.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., p. 46), que les clauses de révision du prix se reconnaissent en ce qu'elles ont pour



cédant s'oblige à indemniser le cessionnaire de l'ensemble des dettes sociales apparues<sup>260</sup>, mais dont il admet par ailleurs que le bénéficiaire du paiement peut être la société ou les créanciers sociaux<sup>261</sup>. Elles ne peuvent s'analyser en une révision du prix<sup>262</sup>. Intervenant lors de l'exécution du contrat et non lors de sa formation, elles demeurerait des clauses d'indemnisation sans influence sur le prix, que le bénéficiaire en soit la société, les créanciers sociaux ou le cessionnaire<sup>263</sup>. Les clauses de révision du prix, aux termes desquelles le cédant ne s'oblige à indemniser le cessionnaire que de la perte de valeur subie par les actions ou parts sociales<sup>264</sup>, ont au contraire une influence marquée sur le prix<sup>265</sup>. La personnalité du bénéficiaire ne semble toutefois pas systématiquement indifférente. Monsieur Lambert considère en effet que les clauses de révision du prix ne peuvent bénéficier qu'au cessionnaire<sup>266</sup>. Quoique l'auteur ne le précise pas, cette restriction devrait conduire à exclure la qualification de révision du prix lorsque les sommes dues doivent être versées à la société ou aux créanciers sociaux.

*b) La prise en compte de l'objet des sommes versées*

**443.** Jeantin, le premier, considéra que les clauses de garantie n'avaient pas d'effet sur le prix. Il exposa que les clauses prévoyant un versement au cessionnaire, quoique aboutissant en fait à une réduction du prix de cession, ne pouvaient être considérées comme entraînant une révision du prix de cession<sup>267</sup>. La clause de garantie n'opèrerait pas une révision du prix convenu, mais imposerait au cédant une obligation de payer une somme d'argent au cessionnaire, qui n'aurait d'influence sur le prix que par le jeu de la compensation<sup>268</sup>. Une telle clause ne rendrait donc pas le prix indéterminable<sup>269</sup>. Il exclut par ailleurs implicitement tout effet sur le prix des clauses prévoyant un versement à la société<sup>270</sup>.

---

but de garantir la valeur financière des droits sociaux, et les clauses de garantie de reconstitution en ce qu'elles visent à renflouer les caisses sociales.

<sup>260</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 490, p. 376.

<sup>261</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 502, p. 385.

<sup>262</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 492, p. 379.

<sup>263</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 525, p. 401.

<sup>264</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 490, p. 376.

<sup>265</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 508s., p. 390s.

<sup>266</sup> LAMBERT (T.), thèse préc., n° 494, p. 380.

<sup>267</sup> JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3ème éd., 1994, n° 253, p. 133.

<sup>268</sup> *Ibid.*

<sup>269</sup> *Ibid.*, spéc. note n° 148.

<sup>270</sup> Après avoir évoquer la question de l'effet sur le prix à propos des clauses prévoyant un versement au cessionnaire, il présente les clauses prévoyant un versement à la société, sans mentionner ce risque, ce qui ne peut s'expliquer que par le fait qu'il considère qu'une telle influence est totalement exclue (JEANTIN (M.), *op. cit.*, n° 253, p. 133).

A sa suite, certains auteurs, tout en distinguant deux types de garanties, ont considéré qu'aucune n'a d'influence sur le prix, dans la mesure où leur objet n'est pas la révision du prix convenu, mais le versement d'une indemnité.

**444.** Messieurs Hausmann et Torr  retiennent ainsi l'existence de deux catégories de clauses de garantie. La première est constituée par les garanties de reconstitution, aux termes desquelles le cédant s'engage à indemniser la société cible des conséquences d'éventuelles variations de l'actif, ou à indemniser directement les créanciers sociaux en cas d'apparition de dettes postérieurement à la cession et dont l'origine lui est antérieure<sup>271</sup>. La seconde catégorie est constituée par les garanties de valeur, qui prévoient le dédommagement de l'acq reur de la moins value affectant les parts en raison des variations de l'actif net de la société<sup>272</sup>. Ce dédommagement n'est pas nécessairement plafonné à hauteur du prix de cession<sup>273</sup>. Le premier critère de distinction entre les deux types de garanties est ainsi le bénéficiaire de la garantie : société cible ou créanciers dans le cas d'une garantie de reconstitution, acq reur dans le cas d'une garantie de valeur<sup>274</sup>.

Ni l'une ni l'autre de ces garanties n'a toutefois, selon ces auteurs, d'influence sur le prix. Ils excluent en premier lieu, implicitement, toute modification du prix du fait de la mise en jeu d'une garantie de reconstitution. Envisageant les critères juridiques de choix entre les deux types de clauses, ils évoquent en effet le risque que les garanties de valeur font peser sur la détermination du prix, sans mentionner aucunement un risque similaire pour les garanties de reconstitution<sup>275</sup>. Cependant, ils ne considèrent pas davantage que la garantie de valeur modifie le prix. Reprenant les réflexions pr c t es de Jeantin, ils distinguent en effet les clauses d'ajustement du prix des véritables « *clauses de garantie de type de réduction du prix* »<sup>276</sup>. Seules les premières, qui auraient pour objet la détermination du prix définitif des titres, impliqueraient une révision du prix. Les secondes, n'intervenant que postérieurement à la fixation du prix, n'entraîneraient qu'un remboursement de celui-ci<sup>277</sup> et n'encourraient donc pas de risque de nullité<sup>278</sup>.

---

<sup>271</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, né 50, p. 36.

<sup>272</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, né 53, p. 38.

<sup>273</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>274</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, né 55, p. 39.

<sup>275</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, né 81, p. 54. Il semble pouvoir être déduit de cette omission l'absence d'influence desdites garanties sur le prix. Pourquoi mentionner sinon la question de la détermination du prix à propos des garanties de valeur mais non à propos des garanties de reconstitution ?

<sup>276</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, né 82s, p. 55s.

<sup>277</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, né 83, p. 55.

<sup>278</sup> HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *op. cit.*, né 82, p. 55.

**445.** Similairement, Monsieur Pierre Mousseron d'une part, Monsieur Langles d'autre part, distinguent les garanties de reconstitution, aux termes desquelles le cédant s'engage envers le cessionnaire à payer à la société ou aux créanciers les dettes ou passifs supplémentaires qui pourraient se révéler à la charge de la société<sup>279</sup>, et les garanties de valeur, prévoyant le versement au cessionnaire de sommes compensant la moins-value subie par les parts sociales ou actions<sup>280</sup>.

Toutefois, à la différence de Messieurs Hausmann et Torr , ils incluent, dans la catégorie des garanties de valeur, les clauses de révision du prix. Les garanties de valeur modifient ainsi le prix si le mécanisme adopté conduit à une révision du montant du prix tel que fixé lors de la formation du contrat<sup>281</sup>. Tel est par exemple le cas des clauses de *earn-out*<sup>282</sup>. Elles restent en revanche sans effet sur le prix si le mécanisme met à la charge du garant le paiement d'une indemnité qui se compensera avec les sommes dues par le cessionnaire, dont le montant a été préalablement définitivement fixé<sup>283</sup>.   l'instar de MM. Hausmann et Torr , Monsieur Mousseron considère qu'il convient, pour faire le départ entre les deux mécanismes, de rechercher si les parties ont entendu modifier le prix ou prévoir une garantie<sup>284</sup>. La mise en œuvre des garanties de reconstitution demeure par ailleurs sans influence sur le prix<sup>285</sup>.

**446.** D'autres auteurs ont proposé des critères similaires, et considéré que les clauses de garantie n'avaient pas d'influence sur le prix dès lors qu'elles avaient pour objet le versement d'une indemnité et non la modification de l'un des éléments nécessaires à la formation du contrat.

Monsieur Danet, définissant les clauses de garantie de passif comme les clauses « dont l'objectif général est de garantir que l'image de la société, qui apparaît à travers l'ensemble des documents produits et qui détermine la décision de prise de participation ou de contrôle, est conforme à la réalité », estime qu'elles n'interviennent que lors de l'exécution du contrat, et sont en conséquence sans influence sur le prix<sup>286</sup>. Elles se distinguent ainsi des clauses de révision du prix, qui interviennent lors de la formation du contrat<sup>287</sup>.

---

<sup>279</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., né 221, p. 146 et né 228, p. 150 ; LANGLES (T.), thèse préc., né 239, p. 202.

<sup>280</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., né 223, p. 147 ; v.  galement MOUSSERON (P.), note sous Com., 1<sup>er</sup> avr. 1997, *Bull. Joly* 1997, § 247, p. 647 ; LANGLES (T.), *op. et loc. cit.*

<sup>281</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., né 247, p. 167 ; LANGLES (T.), thèse préc., né 279, p. 226.

<sup>282</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., né 209, p. 139.

<sup>283</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., né 209, p. 141 et né 248, p. 168.

<sup>284</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., né 209, p. 140s.

<sup>285</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., né 264, p. 179 ; LANGLES (T.), thèse préc., né 240, p. 202 et né 285, p. 230.

<sup>286</sup> DANET (D.), art. préc., p. 339.

<sup>287</sup> *Ibid.*

Monsieur Paillusseau distingue similairement les mécanismes de révision du prix des indemnités dues en exécution d'une clause de garantie de passif, destinées à compenser le préjudice résultant de l'absence de conformité de la situation contractuelle à la situation réelle, sans influence sur le prix<sup>288</sup>. La clause prévoyant le versement d'une somme au cessionnaire ne serait pas pour autant une clause de révision du prix<sup>289</sup>.

Accordant davantage d'importance à l'intention des parties, Messieurs Paillusseau, Lazarski, Caussain, et Peyramaure estiment que les clauses prévoyant un versement au cessionnaire doivent préciser, pour ne pas risquer d'être qualifiées de clauses de révision du prix, que les sommes dues constituent l'indemnisation du préjudice subi par l'acquéreur<sup>290</sup>. Ils n'envisagent en outre pas l'influence sur le prix des clauses prévoyant un versement à la société ou aux créanciers, ce dont il semble une fois encore possible de déduire que ces auteurs excluent une telle influence.

**447.** De nombreux auteurs<sup>291</sup> prennent donc en considération, en sus du critère du bénéficiaire des versements, l'objet que les parties ont entendu lui attribuer, quand d'autres se fondent uniquement sur des critères matériels.

## 2 - Les critères jurisprudentiels

**448.** La Cour de cassation n'a pas explicitement défini de critère permettant de distinguer, parmi les clauses tendant à l'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux

---

<sup>288</sup> PAILLUSSEAU (J.), L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle, art. préc., p. 38.

<sup>289</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 59, p. 198.

<sup>290</sup> PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1726-2, p. 305 et n° 1727-7, p. 309.

<sup>291</sup> V. également, pour une analyse qui semble proche : BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, préc. ; BERTREL (J.-P.), La garantie de passif social dans les acquisitions de contrôle, art. préc.. L'auteur distingue les clauses de garantie de passif stricto sensu, aux termes desquelles le cédant s'engage à prendre en charge toute augmentation du passif dont l'apparition est postérieure à la cession et dont la cause est antérieure, et les clauses de révision du prix, aux termes desquelles le cédant s'engage à indemniser le cessionnaire par le biais d'une réduction du prix (BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, art. préc., p. 51s. ; BERTREL (J.-P.), La garantie de passif social dans les acquisitions de contrôle, art. préc., p. 245s.). Le bénéficiaire des premières pourrait être soit le créancier, soit la société, soit le cessionnaire (BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, art. préc., p. 52 ; BERTREL (J.-P.), La garantie de passif social dans les acquisitions de contrôle, art. préc., p. 245), alors que les secondes ne pourraient « être invoquées que par le cessionnaire » (BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, art. préc., p. 53). A l'instar de MM. Hausmann et Torrè, il n'envisage un éventuel impact sur le prix qu'à propos des secondes clauses, mais semble lui aussi adopter l'argumentation développée par Jeantin. Contrairement à MM. Hausmann et Torrè, il ne fait toutefois pas explicitement le départ entre garanties de révision et clauses d'ajustement, de telle sorte qu'il apparaît difficile de déterminer quelle est exactement l'opinion de cet auteur ; v. encore COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), art. préc., p. 5 ; COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *op. cit.*, n° 75s., p. 39s. ; TRICOT (D.) ET PACLOT (Y.), Garantie de passif : pourquoi choisir la voie de l'arbitrage, *Droit et patrimoine*, janvier 2008, p. 50, spéc. p. 52.

postérieurement à la cession, celles ayant une influence sur le prix de celles qui en sont dépourvues.

Il semble toutefois résulter de sa jurisprudence que l'élément essentiel n'est pas matériel, mais réside dans l'objet de la convention tel qu'envisagé par les parties.

**449.** Dans un arrêt du 28 janvier 1992<sup>292</sup>, qui semble être le premier dont il soit possible de tirer quelque enseignement, elle a notamment jugé « *que c'est par une interprétation rendue nécessaire par les termes ambigus des conventions de cession que la cour d'appel a retenu que la clause litigieuse ne constituait pas une clause de révision du prix, mais une garantie de passif* ». Elle approuve en conséquence l'arrêt qui avait déduit de cette qualification que seule la société pouvait être bénéficiaire de la garantie, et avait en conséquence déclaré les cessionnaires irrecevables à demander le bénéfice du versement des sommes dues au titre de la garantie.

Il est possible de se demander si la Cour de cassation n'approuve pas, de la sorte, la distinction adoptée par la cour d'appel<sup>293</sup>. Cependant, l'attendu révèle surtout la volonté de confier aux juges du fond le soin de déterminer si les parties ont entendu réviser le prix convenu, ou obliger l'une d'elles au versement d'une indemnité. Il résulte en effet de la référence à « *l'interprétation rendue nécessaire par les termes ambigus des conventions de cession* » que la définition du type de clause relevait du pouvoir dont disposent les juges du fond pour interpréter les conventions obscures<sup>294</sup>. Elle découlait de la volonté des parties. Cette volonté ne se bornerait donc pas à déterminer les éléments matériels du mécanisme de garantie –bénéficiaire, montant-, sur le fondement de laquelle pourrait être déterminée une qualification juridique –révision du prix ou garantie de passif-, constituant une question de droit contrôlée par la Cour de cassation. Le pouvoir de la volonté s'étendrait à la détermination de l'objet de la convention –révision du prix ou indemnité-, au-delà même de ses éléments caractéristiques. Le principal critère de distinction ne résiderait pas dans les éléments matériels, mais dans l'objet de la convention tel que déterminé par les parties.

---

<sup>292</sup> Com., 28 janv. 1992, pourvoi n° 90-15.935, *Dr. soc.*, mai 92, comm. n° 119, obs. LE NABASQUE (H.), *BRDA* 1992, n° 5, p. 9, *JCP* 1992.I.3612, p. 392, *JCP* éd. E 1992.I.172, p. 404, obs. CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.).

<sup>293</sup> V. sur ce point supra note n° 264, p. 201.

<sup>294</sup> Sur ce pouvoir : BORE (J.) ET BORE (L.), *op. cit.*, n° 79.41s., p. 407s., spéc. n° 79.53, p. 407, n° 79.57, p. 408, et n° 79.162, p. 417.

**450.** Cette interprétation de la position de la Cour de cassation peut trouver une première confirmation dans un arrêt du 7 octobre 1997<sup>295</sup>. Dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, le cédant des actions demandait la condamnation du cessionnaire au paiement d'intérêts sur le solde du prix de vente des actions. La cour d'appel le débouta de ses demandes au motif que, compte-tenu d'un « ajustement » résultant de la mise en jeu d'une clause de garantie de passif, l'ensemble du prix avait été versé. Le cédant forma un pourvoi à l'appui duquel il soutint en substance que les sommes versées en exécution de la garantie auraient eu la nature non pas d'un ajustement du prix mais d'une indemnité, ce dont il déduisait que la compensation était impossible. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation releva que la convention « *ne prévoyait pas une « indemnité » mais un « ajustement du prix »* » et approuva en conséquence la cour d'appel d'avoir décidé que le prix, tel que résultant de cet ajustement, avait été versé.

La Cour de cassation semble, dans cet arrêt, étendre son contrôle. Elle ne se borne en effet pas à renvoyer à l'interprétation souveraine qu'en aurait faite la cour d'appel, mais relève elle-même que la convention ne prévoyait pas une indemnité mais un ajustement du prix. La citation de ces termes entre guillemets suggère toutefois que la Cour de cassation se fonde, pour approuver la cour d'appel d'avoir considéré que les sommes dues réalisaient un ajustement du prix, non sur les caractéristiques matérielles du mécanisme adopté, mais sur la dénomination que lui ont donnée les parties.

**451.** Cette interprétation de la position de la Cour de cassation peut trouver une seconde confirmation dans un arrêt du 21 octobre 1997<sup>296</sup>. Elle y a rejeté le pourvoi reprochant à l'arrêt d'appel d'avoir déclaré la société dont les titres avaient été cédés dépourvue du droit d'agir contre les cédants en garantie du passif social. Pour statuer de la sorte, la Cour de cassation a relevé que l'arrêt attaqué avait retenu : « *que l'acte litigieux énonçait, d'une part, que la garantie de passif avait été « souscrite en faveur de la société TLR » (le cessionnaire) et, d'autre part, que « les sommes dues au titre de cette garantie avaient juridiquement le caractère d'une diminution du prix de cession des actions Transports Pierre Cassegrain SA achetées par le garanti »* ». La Cour de cassation a ensuite considéré « *qu'ainsi, en décidant que la clause dont l'application était requise constituait une clause de révision de prix ne*

---

<sup>295</sup> Com., 21 oct. 1997, pourvoi n° 95-18.077, Bull. Joly 1998, § 86, p. 223, obs. MOUSSERON (P.), *RJDA* 5/98, n° 602, p. 419.

<sup>296</sup> Com., 7 oct. 1997, pourvoi n° 95-12.941.

*profitant qu'au cessionnaire, la cour d'appel, appréciant le sens et la portée de la convention, » n'avait pas violé l'article 1134 du Code civil.*

La Cour de cassation juge donc dans cet arrêt que la nature du mécanisme adopté par les parties résulte de l'appréciation du sens et de la portée de la convention, c'est-à-dire de l'intention des parties, souverainement appréciée par les juges du fond<sup>297</sup>.

**452.** Un dernier arrêt marque, au contraire, la volonté de la Cour de cassation de contrôler la qualification de clause de révision du prix. La cour d'appel avait, dans cette espèce, réduit à zéro le prix de cession et condamné en outre les cédants à garantir la société cessionnaire de la variation d'actif net en exécution d'une clause de garantie. La Cour de cassation censura la décision par un arrêt du 18 décembre 2001<sup>298</sup>. Elle considéra qu'il résultait des constatations de la cour d'appel, qui avait relevé que la clause était intitulée « *révision du prix-garantie d'actif net* » et prévoyait que « *en cas de diminution de l'actif net... cet écart négatif viendra en diminution du prix fixé ci-dessus* », que la clause litigieuse constituait une clause de révision du prix et que les parties n'avaient pas entendu que la garantie puisse excéder le prix de cession. La cour d'appel, en condamnant le garant à indemniser le cessionnaire de la variation d'actif net, après réduction du prix à zéro, n'avait donc pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations.

La Cour de cassation juge donc, dans cet arrêt, que la détermination de la nature de la clause de garantie ne relève plus du seul pouvoir souverain des juges du fond, puisqu'elle censure l'arrêt ayant retenu une qualification qu'elle juge erronée. Elle se fonde toutefois, pour retenir la qualification de révision du prix, non sur les caractéristiques matérielles du mécanisme, mais sur le fait que les parties ont précisé que les sommes payées viendraient en diminution du prix de cession.

**453.** Les intentions réelles de la Cour de cassation étaient, dans les arrêts précédents celui du 18 décembre 2001, incertaines. Il s'agit d'arrêts de rejet et à aucun moment la Cour de cassation ne décide explicitement que l'effet sur le prix des clauses de garantie résulte de la volonté des parties, et non des éléments matériels du mécanisme mis en place. En décidant en

---

<sup>297</sup> En ce sens que l'appréciation du sens et de la portée d'une convention relèvent du pouvoir souverain des juges du fond : BORE (J.) ET BORE (L.), *op. cit.*, n° 62.111, p. 249 ; v. également les nombreux arrêts soulignant que l'appréciation du sens et de la portée d'une conventions est effectuée souverainement (v. par exemple Com., 28 sept. 2004, pourvoi n° 02-11.710 ; Com., 14 mai 2002, *Bull. civ.* IV, n° 88, p. 93 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1993, *Bull. civ.* III, n° 163, p. 104)

<sup>298</sup> Com., 18 déc. 2001, pourvoi n° 98-17.320, *Bull.* Joly 2002, § 105, p. 487, *JCP* 2002.I.188, n° 2, obs. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.), *Deffrénois* 2002, n° 37564, p. 821, note HOVASSE (H.).

revanche, dans ce dernier arrêt, que la nature de la clause résultait de ce que les parties avaient prévues que les sommes payées viendraient en diminution du prix, et en censurant sur cette base la décision attaquée, elle révèle plus clairement, sinon explicitement, le critère de distinction entre les clauses ayant un effet sur le prix et celles dépourvues d'un tel effet. Ce ne sont pas les mécanismes adoptés qui dictent cette distinction, mais directement l'intention des parties.

**454.** Si quelques auteurs fondent la distinction entre les clauses ayant un effet sur le prix et celles dépourvues d'un tel effet sur des éléments matériels, la majorité d'entre eux, ainsi que la Cour de cassation, semblent préférer un critère tiré de la volonté des parties. Cependant, le critère de distinction semble devoir résider dans le bénéficiaire de la clause.

### **B – L'influence affirmée sur le prix des seules clauses de garantie dont le bénéficiaire est le cessionnaire**

**455.** Le prix est habituellement défini comme la contrepartie monétaire due par l'acquéreur. Cette définition ne suffit toutefois pas à distinguer les sommes qui, parmi celles versées par le vendeur en exécution d'un mécanisme d'adaptation des obligations des parties, ont réellement un impact sur le prix. Faut-il uniquement se fier à l'intention des parties, à ce qu'elles ont considéré comme un prix ? Faut-il considérer toutes les sommes réduisant le prix effectivement payé par l'acquéreur ? Faut-il adopter une définition objective, et prendre en compte les sommes qui enrichissent le vendeur ?

Aussi la distinction des clauses d'adaptation du prix et d'adaptation de la valeur (2) implique-t-elle, préalablement, de définir la notion de modification du prix (1).

#### 1 - La notion de modification du prix

**456.** La recherche de l'influence sur le prix des clauses d'adaptation insérées par les parties dans les contrats de cession de droits sociaux a pour but de déterminer celles de ces conventions qui remettent en cause l'exigence d'un prix sérieux et, à travers elle, l'exigence de la cause de l'obligation du vendeur. Quoique appréciée en principe subjectivement, cette cause existe, dans le contrat de vente et en l'état du droit positif, tant qu'existe formellement l'obligation de payer un prix, et ce quelle que soit l'utilité de cette contrepartie<sup>299</sup>.

---

<sup>299</sup> Supra n° 411s.



Il est dès lors possible d'exclure a minima des clauses modifiant le prix celles qui n'ont aucun effet, fût-ce par le jeu de la compensation, sur l'obligation de l'acheteur. Tant que l'acquéreur reste tenu de payer une certaine somme d'argent, la cause de l'obligation du vendeur ne disparaît pas. Tout au plus les obligations mises à sa charge font-elles naître un certain déséquilibre entre les prestations réciproques. Ce déséquilibre, s'il devenait trop prononcé, pourrait certes conduire à remettre en cause le caractère sérieux du prix. La disparition de la cause résulterait toutefois dans ce cas de la modification des obligations du vendeur et non de celles de l'acheteur. Au demeurant, l'hypothèse semble théorique.

**457.** Toute somme qui modifie l'obligation de l'acheteur, et en particulier son quantum, ne saurait cependant être considérée comme modifiant le prix. La nécessité du prix résulte en effet de ce que l'obligation du vendeur doit être causée. Or l'existence de la cause s'apprécie lors de la conclusion du contrat<sup>300</sup>.

**458.** Il en résulte que toute obligation qui naît postérieurement à la conclusion du contrat ne doit pas être considérée, quel que soit son objet, comme affectant ce prix<sup>301</sup>.

**459.** Plus généralement, ainsi que le considèrent implicitement les auteurs qui estiment que les clauses d'adaptation n'ont un effet que sur l'exécution de l'obligation de payer le prix<sup>302</sup>, les clauses qui affectent l'obligation de payer le prix non au stade de sa formation, mais uniquement lors de son exécution, ne peuvent être considérées comme modifiant le montant du prix<sup>303</sup>. Dans la mesure où elles laissent inchangée l'obligation de l'acheteur en considération de laquelle le vendeur s'engage lors de la formation du contrat, elles n'influent pas sur l'existence de la cause. En particulier, ainsi que l'estimait Jeantin<sup>304</sup>, la seule remise en cause de l'obligation de l'acquéreur résultant de la compensation ne saurait être considérée comme une modification du prix. La compensation peut en effet s'opérer, sous certaines conditions<sup>305</sup>, entre des créances réciproques de sommes d'argent dès lors qu'elles sont

---

<sup>300</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 353, p. 363 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 619, p. 317 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 262, p. 208 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 185, p. 146 ; MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n° 312, p. 197 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 853, p. 506.

<sup>301</sup> Nous n'étudions, dans ce paragraphe, que l'effet des obligations qui pourraient être mises à la charge du vendeur, et non celui d'une éventuelle convention qui modifierait a posteriori les termes du contrat de cession, situation différente de celle résultant de la mise en place de mécanismes d'adaptation du prix.

<sup>302</sup> V. DANET (D.), art. préc., p. 339 ; MOUSSERON (P.), *op. cit.*, n° 227, p. 149.

<sup>303</sup> MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 247, p. 168.

<sup>304</sup> JEANTIN (M.), *op. cit.*, n° 253, p. 133.

<sup>305</sup> V. sur ces conditions TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 1392s., p. 1318

certaines, liquides et exigibles<sup>306</sup>. Elle n'est qu'un mode de règlement d'une dette dont le principe n'est pas remis en cause. De nombreuses créances de l'acquéreur sur le vendeur qui sont liquides, certaines et exigibles peuvent ainsi se compenser avec l'obligation de payer le prix. Rien ne justifie toutefois que ces créances, lorsqu'elles n'ont pas été prises en compte lors de la formation du contrat, affectent la cause de l'obligation du vendeur<sup>307</sup>.

En particulier, toute obligation mise à la charge du vendeur qui n'aurait pas pour objet de corriger le déséquilibre créé entre les patrimoines du vendeur et de l'acheteur par l'opération de cession de droits sociaux ne peut être considérée comme modifiant le prix<sup>308</sup>. Une telle somme, dès lors qu'elle a un objet autre que le maintien de l'égalité des patrimoines, n'est en principe pas prise en compte par le vendeur lorsqu'il consent à céder ses titres et elle n'affecte pas l'existence de la cause de l'obligation de transférer les titres. Une somme dont serait débiteur le vendeur par exemple en vertu d'un contrat de bail totalement indépendant de la cession des droits sociaux, ou à titre de réparation d'un dommage occasionné à l'acquéreur et indépendant de la cession, ne modifie pas le prix de vente. Son versement a une autre cause, de telle sorte qu'elle ne peut en principe être considérée par le vendeur comme affectant la contrepartie des droits sociaux. Il en serait ainsi alors même que le contrat de bail et celui de cession seraient conclus simultanément, voire dans le même instrumentum. Sauf à ce que les différents contrats soient considérés comme formant une opération complexe, les sommes dues par le vendeur au titre du bail ne visent nullement à corriger le déséquilibre engendré par la cession des droits sociaux. Elles ne remettent donc pas en cause la réalité de la contrepartie que perçoit le vendeur pour cette cession, c'est-à-dire la cause de son obligation.

**460.** En revanche, toute obligation qui naît en même temps que celle de payer le prix, et qui a pour objet de corriger le déséquilibre créé par l'opération de cession entre les patrimoines du vendeur et de l'acheteur, doit être considérée comme affectant le prix. Plus précisément, toute obligation monétaire mise à la charge du vendeur dans le contrat de cession de droits sociaux qui a pour objet de rétablir l'équilibre qui pourrait être mis à mal par la perte de valeur de la société modifie le prix de vente. Une telle somme, dès lors qu'elle modifie le montant des sommes que le vendeur escompte effectivement recevoir en échange de la cession des droits,

---

<sup>306</sup> V. par exemple Com., 17 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 178.

<sup>307</sup> En ce sens que la compensation ne remet pas en cause l'existence de la cause, qui doit s'apprécier lors de la formation du contrat : BERTREL (J.-P.), *Quel type de garantie de passif choisir ?*, art. préc., p. 54.

<sup>308</sup> Les auteurs qui estiment que doit être prise en compte l'intention des parties, ou l'objet de la clause (V. supra n° 443s.), ne contestent pas que les clauses ayant un objet autre que le maintien de cet équilibre doivent être considérées comme n'ayant pas d'impact sur le prix, mais estiment au contraire que l'objet doit restreindre la notion de clause modificative du prix.

a une influence sur le caractère sérieux du prix. Dans la mesure où elle est due en raison de la cession, le vendeur la prend nécessairement en compte, lorsqu'il consent à l'opération. Très concrètement, le vendeur ne cède plus ses titres en espérant recevoir un prix X. Il vend en sachant que ce prix X pourra être diminué d'une somme Y. Si la somme Y égale ou excède le prix X, il peut craindre de céder ses titres sans contrepartie.

**461.** Il est possible, sur la base de ces précisions, de définir le critère de distinction des clauses d'adaptation du prix et de la valeur.

## 2 - L'identification des mécanismes modificatifs du prix

**462.** Des trois critères retenus par la doctrine et la jurisprudence, que sont le bénéficiaire de la garantie, son montant et son objet, seul le premier est opérant. Il apparaît d'une part en effet que la mise en œuvre des garanties dont le cessionnaire n'est pas bénéficiaire ne peut être considérée comme ayant un impact sur le prix, et, d'autre part, réciproquement, que toutes les conventions dont le bénéficiaire est le cessionnaire modifient le prix.

### *a) L'absence d'incidence sur le prix des clauses dont le cessionnaire n'est pas bénéficiaire*

**463.** Ainsi que le considère l'ensemble de la doctrine, explicitement<sup>309</sup> ou implicitement<sup>310</sup>, les conventions prévoyant que les sommes dues au titre de la garantie doivent être versées à un autre que le cessionnaire, c'est-à-dire, en pratique, à la société ou aux créanciers sociaux<sup>311</sup>, ne peuvent être considérées comme modifiant le prix de vente. Une somme dont l'acheteur n'est pas créancier, et qui ne peut diminuer, fût-ce par le jeu de la compensation, celle dont il est débiteur, ne peut être considérée comme réduisant le prix de vente<sup>312</sup>.

**464.** Cette absence d'influence trouve une confirmation dans la qualification attribuée à la convention de garantie dans les cas où les bénéficiaires ne sont pas parties à la convention,

---

<sup>309</sup> V. globalement supra n° 441s., et plus spécialement GERMAIN (M.), Cession de contrôle des sociétés non cotées, questions de principe, art. préc., p. 74 ; BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 111, p. 110 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 264, p. 179 ; LANGLES (T.), thèse préc., n° 240, p. 202 et n° 285, p. 230 ; V. également LAMBERT (T.), thèse préc., n° 494, p. 380, qui ne considère par que la personnalité du bénéficiaire constitue un critère essentiel de distinction, mais qui limite la qualification de clause de révision du prix à celles dont bénéficie le cessionnaire.

<sup>310</sup> Certains auteurs – Madame Galia-Beauchesne, Messieurs Hausmann et Torré, Messieurs Paillusseau, Lazarski, Caussain, et Peyramaure, ou enfin Jeantin, n'évoquent on l'a dit la question de l'influence sur le prix que des clauses dont le bénéficiaire est le cessionnaire, semblant, de la sorte, exclure toute influence lorsque le bénéficiaire n'est pas le cessionnaire. V. en ce sens : supra n° 441s.

<sup>311</sup> En ce sens, supra n° 292s.

<sup>312</sup> BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 111, p. 110.

qui sont les plus fréquents en pratique<sup>313</sup>. Celle-ci peut alors être considérée comme une stipulation pour autrui, dont le cessionnaire serait le stipulant, le cédant le promettant, et la société ou les créanciers le tiers bénéficiaire<sup>314</sup>. Or il est constant que les sommes payées par le promettant au tiers bénéficiaire sont réputées ne jamais avoir figuré dans le patrimoine du stipulant<sup>315</sup>. Elles ne corrigent donc le déséquilibre entre les patrimoines qu'indirectement, en faisant augmenter la valeur des titres, mais non directement, en comblant dans le patrimoine de l'acquéreur l'espace laissé vacant par la perte de valeur des parts sociales ou actions.

**465.** La solution contraire reviendrait d'ailleurs à nier que le bénéficiaire de la garantie puisse être un tiers. Le cessionnaire bénéficierait en effet également de la convention si le montant du prix de vente, c'est-à-dire de la somme qu'il s'est engagé à verser en contrepartie des droits sociaux, était modifié par la convention de garantie prévoyant le versement des sommes dues à la société ou aux créanciers. Sauf à contester que la convention puisse prévoir comme unique bénéficiaire un tiers, ce qui ne semble faire ni la doctrine<sup>316</sup>, ni la jurisprudence<sup>317</sup>, les clauses prévoyant un versement à la société ou aux créanciers doivent donc être considérées comme dépourvues d'incidence sur le prix.

**466.** Peut ainsi être exclue toute incidence sur le prix des sommes dues en exécution d'une convention dont le bénéficiaire n'est pas le cessionnaire. Réciproquement, toutes les sommes versées au cessionnaire doivent être considérées comme modifiant le prix des droits sociaux.

*b) L'incidence sur le prix des clauses dont le cessionnaire est bénéficiaire*

**467.** Ni le montant des sommes versées ( $\alpha$ ), ni l'objet des clauses ( $\beta$ ), ne peuvent constituer des critères d'identification des mécanismes modificatifs du prix, de telle sorte que la personnalité du bénéficiaire demeure le seul critère de différenciation des mécanismes d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux.

---

<sup>313</sup> En ce sens supra n° 295.

<sup>314</sup> Supra n° 296 et n° 298s.

<sup>315</sup> En ce sens : TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 498, p. 479, spéc. note n° 1 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 467, p. 384 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 818, p. 432 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 1544, p. 534 ; FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 175, p. 461 ; v. notamment Civ., 16 janv. 1888, *D. P.* 1888.1.77, *S.* 1888.1.121.

<sup>316</sup> V. Supra n° 289s.

<sup>317</sup> v. notamment en ce sens Com., 28 janv. 1992, pourvoi n° 90-15.935 (cf. supra n° 449), qui approuve une cour d'appel ayant déclaré les cessionnaires irrecevables à demander le bénéfice du versement des sommes dues au titre d'une garantie de passif, ce qui implique bien que les garanties peuvent prévoir d'autres bénéficiaire que les cessionnaires.

*α) L'indifférence des montants dus*

**468.** Le plafonnement ou l'absence de plafonnement des sommes dues en exécution de la garantie au montant du prix, ou la réduction à proportion de la quote-part des actions achetées de ces sommes, ne permettent pas de caractériser, objectivement<sup>318</sup>, les clauses modifiant le prix des droits sociaux. Dès lors que sont considérés comme modifiant le prix toutes les clauses qui conduisent les parties à envisager, lors de la conclusion du contrat de vente, la variation du montant des sommes que l'acheteur versera au vendeur en contrepartie des droits sociaux, le fait que les modifications puissent réduire à zéro le montant des sommes dues, voire puissent mettre à la charge du vendeur le paiement de diverses sommes, ne supprime pas l'impact des clauses de variation sur le prix, bien au contraire. Similairement, le problème posé par l'éventuel équilibre objectif entre les prestations n'est pas résolu par le fait que le prix peut devenir nul ou négatif<sup>319</sup>.

*β) Le caractère inopérant de l'objet de la clause*

**469.** L'objet d'une obligation, entendu comme le but dans lequel elle est stipulée, est, avec le bénéficiaire de la clause, le principal critère permettant de distinguer les clauses modifiant le prix de celle dépourvues d'un tel effet<sup>320</sup>. Mais ce critère est inopérant en matière de clause d'adaptation. Ainsi que l'écrit Monsieur Viandier, les sommes dues en exécution d'une garantie de passif correspondent « économiquement, fiscalement, et comptablement, à une réduction de prix »<sup>321</sup>. Les clauses de réduction du prix comme les clauses de garantie de passif ont donc le même objet économique : compenser, dès le stade de la conclusion du contrat, le déséquilibre pouvant découler de la perte de valeur des droits. Toutes influent sur la contrepartie que le vendeur des droits est en droit d'espérer lorsqu'il consent à la cession, c'est-à-dire sur la cause de son obligation.

**470.** Il ne semble ainsi pas fondé de distinguer, ainsi que le proposent Messieurs Hausmann et Torrè<sup>322</sup>, les clauses d'ajustement du prix, qui auraient pour objet la détermination du prix

---

<sup>318</sup> Ils pourraient constituer des indices de l'intention des parties. Celle-ci ne constitue cependant pas un critère de distinction opérant (infra n°475s.), de telle sorte que les montants dus sont de quelque point de vue que l'on se place sans influence sur l'effet de la clause sur le prix.

<sup>319</sup> Ce critère semble d'ailleurs avoir été abandonné par l'un des deux auteurs qui le proposait, à savoir Monsieur Lambert (en ce sens : supra n° 442, note n° 259).

<sup>320</sup> Supra n° 459.

<sup>321</sup> VIANDIER (A.), Arbitrage et garanties de passif, *Rev. arb.* 1994.439, spéc. n° 31, p. 447. L'auteur estime cependant qu'elles ne sont pas « juridiquement » équivalentes.

<sup>322</sup> V. supra n° 444.

définitif des titres, des clauses de garantie, qui n'interviendraient que postérieurement à la fixation du prix et n'entraîneraient qu'un remboursement de celui-ci, sans risque de nullité. Il semble en effet difficile de distinguer, au regard de l'accord que peuvent donner les parties sur le prix lors de la conclusion de la cession, d'une part, la stipulation d'un prix provisoire et ajustable en fonction de certaines données comptables, d'autre part, celle d'un prix définitif, mais qui peut être réduit en fonction des mêmes données comptables. La différence réside en fait dans l'appréciation que porte chaque partie sur la probabilité de réalisation des événements ouvrant droit à garantie. Plus que d'une appréciation binaire, la certitude du prix doit faire l'objet d'une approche graduelle. Il apparaît alors difficile de déterminer un stade à partir duquel le prix est provisoire ou définitif.

**471.** La distinction entre les clauses prévoyant le paiement d'une indemnité et celles prévoyant un ajustement du prix ne semble pas devoir davantage être retenue<sup>323</sup>.

Il ne saurait certes être question de nier que les indemnités qu'un contractant est condamné à verser en raison d'une exécution défectueuse du contrat n'ont en principe aucun effet sur le prix<sup>324</sup>. La question de la révision du prix ne se pose en effet que lors de la formation du contrat, alors que le versement d'indemnités intervient lors de son exécution<sup>325</sup>. Ainsi, rien ne permettrait de soutenir que les indemnités versées par le vendeur à l'acquéreur et tendant, par exemple, à réparer le préjudice résultant d'un vice caché de l'objet réduisent le montant du prix.

Appliquée aux sommes versées en exécution d'une clause de garantie de passif, cette distinction ne semble cependant pas opérante. Les deux obligations –de payer une indemnité ou de rembourser une partie du prix en raison de sa révision- sont en effet identiques. Elles ont les mêmes sujets : le débiteur est le garant, c'est-à-dire généralement le cédant, et le créancier est le cessionnaire. Elle porte sur le même bien -une somme d'argent- et ont le même objet : elles tendent à assurer que, quoiqu'il arrive, le prix payé correspondra à la valeur des actions ou des parts sociales acquises<sup>326</sup>. Le préjudice que répare cette

---

<sup>323</sup> V. pour une telle distinction les auteurs cités supra n° 445s.

<sup>324</sup> Encore convient-il de réserver l'hypothèse de la réfaction du prix dans les ventes commerciales de marchandises.

<sup>325</sup> V. DANET (D.), art. préc., p. 339 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 227, p. 149, qui retiennent cette distinction à propos des clauses de garantie de passif. Or si, on va le voir, elle ne semble précisément pas pouvoir s'appliquer à celles-ci, rien ne remet en revanche en cause la pertinence de son application à d'autres types d'indemnités.

<sup>326</sup> GALIA BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 27 ; v. également VINCENT (F.), La vente de titres dans les sociétés non cotées, *Petites affiches*, n° 139 du 8 décembre 1980, p. 6, spéc. p. 12 ; LAMBERT (T.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., n° 3, p. 46. Monsieur Mousseron souligne par ailleurs (MOUSSERON (P.), thèse

indemnité<sup>327</sup>, qui résulterait de l'absence de conformité de la situation contractuelle à la situation réelle de la société dont les titres sont cédés<sup>328</sup>, ne consiste ainsi pas en autre chose que la perte de valeur des droits sociaux, que la révision du prix a pour objet de compenser. Elles ont enfin, par hypothèse, la même source : la convention de garantie. Sauf à ce que cette convention soit conclue postérieurement à la cession, ce qui semble être en pratique très rarement le cas, sinon jamais<sup>329</sup>, il ne semble pas possible de considérer que le versement d'une indemnité interviendrait lors de l'exécution du contrat, quand la clause de révision du prix interviendrait lors de sa formation. La perspective de devoir verser une indemnité, dès lors qu'elle intervient antérieurement ou concomitamment à la formation du contrat de cession des droits sociaux, n'affecte pas moins le consentement des parties que celle de la révision du prix. Dans les deux cas, le garant accepte le prix en sachant qu'il devra verser au cessionnaire une somme d'argent si certains événements se produisent, somme qui diminuera d'autant le montant globalement perçu en contrepartie de la cession des titres. Réciproquement, le cessionnaire accepte de payer le prix convenu en sachant que le cédant lui versera certaines sommes si les événements se produisent. Le consentement qu'ils donnent sur le montant du prix dépend donc au moins partiellement de la clause de garantie de passif, sans qu'il soit à cet égard opportun de distinguer les clauses intervenant lors de la formation du contrat et celles intervenant lors de son exécution.

De cette identité de sujets, de source et d'objet résulte l'identité des obligations de verser une indemnité ou de rembourser une partie du prix révisé<sup>330</sup>. En l'absence de différence, les deux

---

préc., n° 227, p. 149) que la révision du prix ou l'indemnité de garantie ne sont que deux modalités parmi d'autres d'exécution de la garantie.

<sup>327</sup> En ce sens qu'une indemnité est une somme d'argent destinée à réparer un préjudice : Cornu.

<sup>328</sup> PAILLUSSEAU (J.), L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle, art. préc., p. 38 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1727-7, p. 309. Les autres auteurs adoptant la distinction entre indemnité et clause de révision du prix ne précisent pas quel préjudice ces indemnités tendraient à réparer. On voit mal cependant quel autre préjudice les indemnités prévues par les clauses de garantie de passif dont le bénéficiaire est le cessionnaire pourraient compenser.

<sup>329</sup> Les termes des conventions de garantie, constituant l'un des éléments essentiels de l'accord sur la cession de contrôle, sont généralement arrêtés avant même de procéder aux opérations antérieures à la cession (en ce sens : CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 13, p. 209 ; PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, n° 1728, p. 309). Sauf circonstances particulières, on voit mal ce qui pourrait inciter le cédant, une fois les parts sociales ou actions cédées, à accepter de garantir l'état de la société. Aucun arrêt n'a ainsi été rendu dans une espèce où la convention de garantie avait été conclue postérieurement à la cession. On peut toutefois noter que, dans ce cas, l'influence de la convention de garantie sur le prix des droits sociaux dépendrait largement de ces termes. Une telle influence semblerait ainsi avérée si les parties procédaient à une véritable renégociation des termes de la cession, se substituant à la précédente. Elle serait en revanche contestable si la convention ne prévoyait qu'une révision du prix ou le versement d'une indemnité. Dans ce cas en effet, le consentement initialement donné à la cession ne serait pas affecté par la garantie.

<sup>330</sup> Exposant qu'une obligation est caractérisée par ses sujets, sa source, et son objet : GROSS (B.), thèse préc., n° 107, p. 106, ce dont il résulte que deux obligations ayant mêmes sujets, mêmes sources, et mêmes objets, sont identiques.

mécanismes ne peuvent être distingués pour apprécier leur effet sur le prix des droits sociaux<sup>331</sup>. Une telle distinction apparaîtrait à tout le moins difficile à mettre en œuvre, voire procéderait d'une « *lecture divinatoire de la volonté des parties* »<sup>332</sup>.

**472.** Il apparaît ainsi finalement qu'aucune distinction ne doit être opérée, parmi les conventions de garantie ayant le cessionnaire comme bénéficiaire, entre les clauses prévoyant un ajustement du prix et celles prévoyant une simple révision, non plus qu'entre celles mettant à la charge du cédant le paiement d'une indemnité, et celles révisant le prix.

Seul le bénéficiaire de la clause semble ainsi constituer un critère permettant de différencier les conventions d'ajustement ultérieur du prix et de la valeur qui modifient le prix, de celles dépourvues d'un tel effet. Si toutes les conventions de garantie ne modifient pas le prix, celles aux termes desquelles le cédant s'engage à verser au cessionnaire différentes sommes produisent un tel effet.

Les modalités d'adaptation du prix peuvent dès lors porter atteinte à son existence.

## **§ 2 : Les incertitudes résultant de l'influence sur le prix des modalités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux**

**473.** Tous les mécanismes tendant à maintenir la correspondance entre le montant de l'obligation monétaire du cessionnaire et la valeur d'échange des droits sociaux ne sont pas également facteurs de risques. Les clauses d'adaptation de la valeur des droits sociaux –c'est-à-dire les clauses de garantie dont le bénéficiaire n'est pas le cessionnaire lui-même-, dans la mesure où elles ne modifient pas le prix convenu<sup>333</sup>, ne remettent en effet pas en cause l'existence de l'obligation du cessionnaire<sup>334</sup>. Les obligations du cédant ne sont dès lors pas dépourvues de contrepartie formelle ni, si l'on applique la conception traditionnelle<sup>335</sup>, de cause<sup>336</sup>. Certes, les sommes que le cédant peut se voir contraint de payer en exécution de la

---

<sup>331</sup> Madame Galia-Beauchesne souligne ainsi que la notion d'indemnité « *ne donne (...) pas une vue exacte de la nature l'opération* » (GALIA BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 43) et que « *la révision du prix qui est ainsi opérée par la suite d'une différence entre l'apparence que présentait la société et sa situation réelle n'est pas sans analogie avec la réfaction des contrats en matière de vente commerciale mobilière* » (GALIA BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 44).

<sup>332</sup> LAMBERT (T.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, art. préc., n° 4, p. 46, qui estime que la distinction « *procède bien souvent plus d'une lecture divinatoire que d'une interprétation réelle de la volonté des parties* ».

<sup>333</sup> Supra n° 463s.

<sup>334</sup> LANGLES (T.), thèse préc., n° 279, p. 226 ; MOUSSERON (P.), thèse préc., n° 246, p. 167.

<sup>335</sup> Supra n° 405.

<sup>336</sup> LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 34, p. 40.



garantie de passif peuvent égaler, voire excéder, celles qu'il reçoit à titre de prix. L'acquéreur demeure cependant, au moins formellement, tenu de payer un prix que n'a pas modifié la garantie de passif. Le seul déséquilibre entre les obligations de l'acquéreur et celles du cédant –tenu non seulement de transférer la propriété des titres, mais également de payer à la société ou aux créanciers des sommes égales ou supérieures au prix perçu- ne suffit dès lors pas à caractériser une absence de cause des obligations du cessionnaire<sup>337</sup>.

**474.** En revanche, la réduction du prix à un montant non significatif conduit à s'interroger sur la capacité de ce prix à remplir les fonctions qui lui sont assignées. Au premier abord, il ne semble en effet pas pouvoir constituer la cause de l'engagement du vendeur. Les conditions de l'opération doivent toutefois conduire à opérer des distinctions. Le caractère sérieux du prix s'appréciant en fonction de la valeur objective du bien vendu<sup>338</sup>, le caractère dérisoire d'un prix d'un montant très modique apparaît moins évident si les titres cédés sont eux-mêmes dépourvus de valeur vénale. La principale distinction semble cependant devoir être faite entre les opérations dans lesquelles l'acquéreur reste tenu d'une autre contrepartie que le prix et celles dans lesquelles il n'est tenu que de payer un prix non significatif. Les incertitudes suscitées par l'adaptation du prix ne sont en effet pas identiques selon que l'acquéreur était tenu d'une autre contrepartie que le paiement du prix (A) ou que le prix symbolique, dérisoire, réduit à zéro ou négatif, constituait la seule contrepartie mise à sa charge (B)<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> On peut relever que l'évolution du droit positif pourrait conduire à remettre en cause la validité d'une telle cession, dès lors que le paiement du prix n'aurait, pour le vendeur, plus d'utilité. Ainsi que l'a démontré Madame Rochfeld (ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 102s., p. 96s.), la Cour de cassation a, dans différents arrêts récents, jugé que l'existence d'une contrepartie formelle ne suffisait plus à considérer que les obligations du créancier de cette contrepartie étaient causées, dès lors que la contrepartie n'était pas utile (Supra n° 413). Elle a en particulier estimé qu'était dépourvu de cause un contrat de location de vidéo-cassettes permettant l'exploitation d'un commerce de location de vidéo-cassettes dans la mesure où la population de la ville dans laquelle s'était implanté le commerce ne permettait pas son exploitation « *selon l'économie voulue par les parties* ». Or cette appréciation subjective de la cause pourrait justifier l'annulation de cessions de droits sociaux comportant une clause d'adaptation de la valeur de la société. L'utilité du paiement du prix pour le cédant est en effet réduite dès lors qu'il est tenu de verser une somme égale ou supérieure à ce prix. On pourrait certes faire valoir que l'intérêt du paiement du prix est précisément de lui permettre de payer les sommes dont il est débiteur en exécution du mécanisme d'adaptation. Mais le transfert de propriété des titres apparaît dépourvu de contrepartie utile dans la mesure où l'appauvrissement en résultant pour le vendeur n'est aucunement compensé.

<sup>338</sup> Supra n° 434.

<sup>339</sup> La distinction est généralement d'abord faite entre les cessions comportant un prix symbolique et celles comportant un prix négatif (V. par exemple LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc ; MASSART (T.), fasc. préc.). Une distinction fondée sur l'existence ou non d'autres obligations assumées par le cessionnaire nous semble cependant préférable. D'une part, la distinction entre les cessions comportant un prix négatif et celles prévoyant un prix symbolique exclut, à tout le moins formellement, les cas où le prix est nul ou dérisoire, qui sont également problématiques. D'autre part, les questions posées par les cessions mettant uniquement à la charge du cessionnaire le paiement d'un prix symbolique, à l'exclusion de

## A - Les incertitudes limitées en présence d'une autre contrepartie que le prix

**475.** La validité des cessions de droits sociaux consenties moyennant un prix nul, dérisoire ou symbolique, est généralement admise lorsque pèse sur l'acheteur d'autres obligations<sup>340</sup>, dès lors que la contrepartie demeure réelle et sérieuse<sup>341</sup>. Le transfert de titularité des titres trouve en effet, dans ce cas, sa contrepartie non dans le prix symbolique, mais dans les obligations imposées par ailleurs à l'acquéreur<sup>342</sup>. Si la question de la qualification de tels contrats peut se poser<sup>343</sup>, leur validité ne devrait pas faire de doute. La Cour de cassation a ainsi approuvé les arrêts qui, pour rejeter des demandes en nullité de la vente pour défaut de prix, avaient retenu que le prix des droits sociaux consistait en l'obligation de prise en charge par l'acquéreur du passif de la société<sup>344</sup> ou des dettes du cédant des droits<sup>345</sup>.

**476.** La solution est identique dans les cas où le prix n'est pas nul, mais est devenu « négatif » par le jeu d'une clause d'adaptation, c'est-à-dire dans les cas où le cédant doit payer une somme d'argent supérieure au prix dû, par exemple en exécution d'une garantie de passif. Dans ce cas, ce n'est plus le seul transfert de titularité des droits mais l'ensemble des obligations pesant sur le cédant qui trouve sa contrepartie dans l'obligation mise à la charge du cessionnaire. Sauf à ce que cette obligation apparaisse elle-même dérisoire par rapport à celles pesant sur le cédant, les obligations du cédant ne semblent pas dépourvues de cause.

---

toute autre obligation, et les réponses que l'on peut y apporter, sont pour l'essentiel identiques à celles posées par les cessions à prix négatif.

<sup>340</sup> LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 7, p. 16 ; FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 9, p. 54 ; GARRIGUES (B.), art. préc., p. 464 ; MASSART (T.), fasc. préc., n° 28, p. 12 ; JOUARY (P.), thèse préc., n° 494, p. 448 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 157, p. 153 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 215, p. 146.

<sup>341</sup> FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 9, p. 54. Ceci implique notamment que les obligations mises à la charge de l'acquéreur constituent bien la contrepartie de la cession. La Cour de cassation a en effet approuvé une cour d'appel ayant annulé pour vileté du prix la cession des parts d'une SCI moyennant un prix symbolique, dans la mesure où la cour avait retenu souverainement que les obligations mises à la charge de l'acquéreur ne constituaient pas la contrepartie de la cession (Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 oct. 1994, pourvoi n° 92-17.909). V. également Com., 22 nov. 1989, *Bull. Joly* 1989, § 19, p. 85. Dans cette dernière affaire, une cour d'appel avait décidé que l'engagement de caution pris par les cédants avant la cession était indéterminé dans la mesure où sa durée n'était pas précisée et où il concernait toutes les dettes de la société rachetée sans référence à leur montant ou à l'identité des créanciers. Ayant constaté que le prix des parts avait été converti en un prêt sans intérêts, auquel les vendeurs avaient renoncé en contrepartie de la mainlevée du cautionnement qui était nul, la cour d'appel était fondée à en déduire que la cession était dépourvue de prix réel.

<sup>342</sup> LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 7, p. 16 ; GARRIGUES (B.), art. préc., p. 464 ; MASSART (T.), fasc. préc., n° 28, p. 13 ; FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 9, p. 54.

<sup>343</sup> V. infra n° 519.

<sup>344</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 déc. 1984, *Gaz. Pal.* 1985.2, pan. 143, Rev. arb. 1986.263, obs. MAYER (P.).

<sup>345</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 17 fév. 1981, *Gaz. Pal.* 1981.2, pan. 245 ; v. également Com., 27 nov. 1984, *Bull. Joly* 1985, § 12, p. 89.

La Cour de cassation a ainsi jugé que n'était pas dépourvue de cause la cession de droits sociaux ayant pour contrepartie non seulement un prix, mais également la libération des cautionnements souscrits par les vendeurs, alors même que ces avantages avaient été absorbés par les sommes dues par les vendeurs au titre de la garantie de passif<sup>346</sup>. La cour d'appel, qui avait constaté la situation obérée des sociétés et avait relevé les avantages personnels qu'apportaient les accords conclus aux cédants, pouvait considérer ces avantages comme la cause de la cession d'actions moyennant un prix qui s'était révélé inférieur aux sommes dues par les cédants au titre de la garantie de passif. Elle pouvait en conséquence refuser d'annuler la cession.

**477.** La cession semble encore être valide alors même que les obligations en cause ne seraient pas mises à la charge du cédant dans le contrat portant cession de droits sociaux, mais, lorsque la cession est partie d'une opération économique plus large, dans l'un des éléments de cette opération. Dans ce cas en effet, les différents contrats doivent être appréhendés dans leur ensemble. Ils sont indivisiblement liés par une cause qu'ils cherchent ensemble à réaliser<sup>347</sup>, de telle sorte que cette cause ne réside pas dans la seule contrepartie prévue dans le contrat de vente, mais plus globalement dans l'intérêt que présente l'opération pour le vendeur<sup>348</sup>. La Cour de cassation a ainsi jugé, on l'a vu, le 3 mars 1993<sup>349</sup>, que la contrepartie de la vente d'un terrain pour un franc symbolique pouvait résider d'une part dans l'acquisition des bâtiments construits sur ce terrain, et d'autre part dans la reprise des dettes de la société exploitant ces bâtiments. Elle admet donc dans cet arrêt que la cause de l'engagement du vendeur du terrain peut résider dans les obligations souscrites par l'acquéreur vis-à-vis de la société dont le cédant était actionnaire, dans la mesure où celui-ci avait un intérêt à la reprise des dettes de cette société et au rachat des bâtiments. Or rien ne semble interdire la transposition de la solution ainsi adoptée à la cession de droits sociaux à prix symbolique, et ce d'autant plus que l'opération dont a eu à connaître la Cour de cassation dans cette affaire avait un objet proche de celui d'une cession de droits sociaux, à savoir la cession d'une entreprise.

---

<sup>346</sup> Com., 22 fév. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 72.

<sup>347</sup> JOUARY (P.), thèse préc., n° 494, p. 449.

<sup>348</sup> ROCHFELD (J.), *op. cit.*, n° 112, p. 107 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 77, p. 92.

<sup>349</sup> Civ. 3ème, 3 mars 1993, *Bull. civ.* III, n° 28, p. 18, *Defrénois* 1993, art. 325601, p. 927, obs. DAGORNE-LABBE (Y.), *RTD com.* 1993.665, obs. CHAMPAUD (C.) ET DANET (D.), *JCP* 1994.I.3744, obs. FABRE-MAGNAN (M.), *RTD civ.* 1994.124, obs. GAUTIER (P.-Y.). V. supra n° 417.

**478.** Deux arrêts peuvent cependant faire douter de la volonté de la Cour de cassation de prendre en compte, à titre de contrepartie, des obligations autres que le paiement du prix pesant sur l'acquéreur<sup>350</sup>.

La Cour de cassation a, dans la première de ces décisions<sup>351</sup>, censuré l'arrêt qui avait pris en compte, parmi les contreparties d'immeubles vendus moyennant un franc symbolique, les engagements pesant sur les cessionnaires de maintenir l'emploi dans les sociétés cédant les immeubles. Dans cette espèce, la cour d'appel saisie de l'action en rescision pour lésion de ces ventes d'immeubles avait relevé qu'elles avaient notamment pour contrepartie un engagement de maintien de l'emploi, et avait ordonné une expertise au fin de déterminer la valeur de cet engagement. La Cour de cassation censura l'arrêt, au motif que les juges du fond n'avaient pas à prendre en compte la masse salariale pour apprécier l'existence de la lésion.

Elle a, dans le second arrêt, approuvé la décision ayant estimé que l'engagement pris par le cessionnaire des actifs d'une société en liquidation judiciaire de reprendre certains contrats de travail ne pouvait être considéré comme une contrepartie des biens cédés<sup>352</sup>. La cour d'appel, ayant considéré qu'un prix de 5 francs ne constituait pas un prix réel pour la cession de trois aéronefs et de divers matériels d'exploitation, pouvait décider que cette cession ne constituait pas une vente, et en déduire que le juge commissaire n'avait pas pouvoir pour les autoriser sur le fondement des articles 154 et 156 de la loi du 25 janvier 1985<sup>353</sup>.

<sup>350</sup> En ce sens à propos du premier de ces arrêts : FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 4, p. 52 (le second étant postérieur à cet article). Monsieur Freyria invoque en outre, à l'appui de son observation, un arrêt du 12 octobre 1967 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 oct. 1967, *Bull. civ. I*, n° 292), et un arrêt du 17 mars 1981 (Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1981, *Bull. civ. III*, n° 56, p. 42, *D.* 1981, I.R., p. 442, obs. LARROUMET (C.)). Mais, bien au contraire, le premier de ces arrêts approuve la cour d'appel qui avait rejeté l'action en nullité d'une vente pour défaut de prix en raison de l'existence d'une autre contrepartie. Il juge en effet que ne constitue pas une vente la cession de la nue propriété d'un immeuble moyennant l'obligation d'effectuer les réparations nécessaires, de telle sorte que l'acte ne peut être annulé pour défaut de prix sérieux. Le second, après avoir rappelé que le prix consiste en la somme d'argent que l'acquéreur s'oblige à payer, estime que l'obligation d'établir un centre équestre sur le terrain vendu ne pouvait être considérée comme un prix, et écarte en conséquence l'application des dispositions de l'article 2108 du Code civil, relatif au privilège du vendeur. S'il écarte la qualification de vente, il ne se prononce pas sur la validité de l'acte (LARROUMET (C.), obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1981, *D.* 1981, I.R., p. 442), et n'exclut pas, de manière générale, qu'une obligation de faire puisse constituer une contrepartie valable du transfert de propriété d'un bien.

<sup>351</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 janv. 1992, *Bull. civ. III*, n° 9, p. 5, *RTD civ.* 1992.777, obs. GAUTIER (P.-Y.).

<sup>352</sup> Com., 28 sept. 2004, *Bull. civ. IV*, n° 167, p. 188, *D.* 2005.302, note RAKOTOVAHINY (M.-A.), *RTD civ.* 2005.156, obs. GAUTIER (P.-Y.).

<sup>353</sup> L'article 154 de la loi du 25 janvier 1985 dispose notamment que le juge-commissaire peut autoriser la vente de gré à gré des immeubles composant l'actif de la société liquidée aux prix et conditions qu'il détermine. L'article 156 de la même loi dispose que le juge-commissaire ordonne la vente aux enchères publiques ou de gré à gré des biens de l'entreprise autres que les immeubles et les unités de production (visées par l'article L. 622-17 du Code de commerce). Le litige ne portait donc pas directement, dans cet arrêt, sur la validité de la cession, mais sur le pouvoir du juge commissaire de l'ordonner. Dans la mesure toutefois où la Cour de cassation décide

**479.** Ces arrêts ne remettent pas directement en cause les arrêts précédemment cités, qui admettent que soient prises en compte, au titre de contrepartie de la cession des droits sociaux, les obligations incombant à l'acheteur.

Le premier est en effet relatif à la vente d'un immeuble, et non à la cession de droits sociaux. Il se prononce en outre sur la notion de prix pour l'appréciation de la lésion, alors que les arrêts validant des cessions de droits sociaux pour un franc symbolique portaient sur la question de l'existence d'une contrepartie. Or on pourrait avancer que si l'existence de la contrepartie doit être appréciée en prenant en compte toutes les obligations incombant à l'acquéreur, la lésion ne doit, conformément à une conception classique, s'apprécier qu'au regard du seul prix de vente, c'est-à-dire de la somme d'argent payée par l'acheteur<sup>354</sup>. Enfin, et en tout état de cause, il est antérieur à l'arrêt rendu par la même chambre de la Cour de cassation le 3 mars 1993, qui a admis la prise en compte d'autres obligations.

Le second ne porte pas davantage sur une cession de droits sociaux, ni sur la question de la validité de la cession<sup>355</sup>. Il peut en outre s'expliquer par la spécificité de la mission du juge commissaire, qui doit s'assurer que la cession des actifs de l'entreprise permet de désintéresser les créanciers sociaux<sup>356</sup>. Or la reprise des contrats de travail ne remplit pas un tel objectif<sup>357</sup>.

Il n'en demeure pas moins que dans ces deux arrêts, la Cour de cassation a jugé que certaines obligations de faire ne peuvent constituer une contrepartie. En l'absence d'arrêt ayant réaffirmé récemment que la contrepartie d'une cession de droits sociaux pour un franc symbolique pouvait résider dans les obligations incombant par ailleurs à l'acquéreur, un doute subsiste sur la validité des cessions de droits sociaux consenties pour un prix symbolique moyennant la mise à la charge de l'acquéreur de différentes obligations.

## **B - Les incertitudes plus marquées en l'absence d'autre contrepartie que le prix**

**480.** En l'absence d'autre contrepartie due par l'acheteur que le prix, les obligations à la charge du vendeur ne peuvent, par hypothèse, trouver leur cause dans cette contrepartie. La

---

explicitement que l'obligation de reprendre les contrats de travail souscrite par l'acquéreur « ne pouvait être considéré comme une contrepartie des biens cédés », l'étude de cet arrêt trouve sa place dans le présent paragraphe, portant sur le point de savoir dans quelle mesure des engagements pris par l'acquéreur d'un bien peuvent constituer la contrepartie de ce bien.

<sup>354</sup> En ce sens : GAUTIER (P.-Y), obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 janv. 1992, *RTD civ.* 1992.777, qui critique ensuite cette conception classique, en faisant notamment valoir que la rescision n'est pas ouverte lorsque le prix ne constitue pas la cause principale de la cession.

<sup>355</sup> Cf. supra note n° 353.

<sup>356</sup> RAKOTOVAHINY (M.-A.), note sous Com., 28 sept. 2004, *D.* 2005.302.

<sup>357</sup> *Ibid.*

convention semble cependant conserver un caractère onéreux (1), de telle sorte que l'absence de contrepartie l'expose à des risques de nullité (2).

### 1 – Le maintien du caractère onéreux de l'acte

**481.** Lorsque les titres cédés conservent une valeur vénale, l'absence de caractère significatif du prix entraîne un appauvrissement du vendeur et un enrichissement de l'acheteur. A moins que ne soit caractérisée l'intention libérale, ce qui semble devoir être relativement rare<sup>358</sup>, l'acte conserve cependant son caractère onéreux<sup>359</sup>.

**482.** Ce caractère onéreux est plus incertain lorsque les parts ou actions cédées sont dépourvues de valeur vénale.

Le défaut de toute intention libérale exclut là aussi la qualification de libéralité<sup>360</sup>.

Sans être animé d'une telle intention, les associés peuvent cependant souhaiter se débarrasser des titres, afin d'échapper par exemple à une action en comblement de passif<sup>361</sup>. Des auteurs en ont déduit que l'opération se rapprocherait d'un déguerpissement<sup>362</sup>, défini comme « *l'acte juridique par lequel le propriétaire d'un bien renonce à son droit au profit d'une personne déterminée afin de s'affranchir d'une charge* »<sup>363</sup>. Cette qualification, si elle pouvait être retenue, permettrait d'écarter l'exigence d'une contrepartie. Pour certains auteurs en effet, le déguerpissement est un acte abstrait<sup>364</sup>. Pour d'autres, sa cause réside dans le but extinctif de l'acte, c'est-à-dire dans la considération de ce qu'il aura pour conséquence de faire sortir le droit du patrimoine de son auteur<sup>365</sup>, ou dans l'effet consécutif à l'extinction du droit<sup>366</sup>. Il

---

<sup>358</sup> Aucun arrêt relatif à une cession de droits sociaux à prix non significatif n'envisage ainsi l'existence d'une quelconque intention libérale du cédant.

<sup>359</sup> CHILSTEIN (D.), Les biens à valeur vénale négative, *RTD civ.* 2006.663, n° 27, p. 678 ; V. également implicitement : RACINE (J.-B.), art. préc., p. 83 ; GARRIGUES (B.), art. préc., p. 460 ; FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 1, p. 51, qui n'exposent pas que l'acte demeure onéreux, mais qui soulignent qu'il encourt un risque de nullité si l'intention libérale n'est pas démontrée.

<sup>360</sup> CHAMPAUD (C.) et LE FLOCH (P.), obs. sous Com., 3 janv. 1985, *RTD com.* 1986.520 ; MASSART (T.), fasc. préc., n° 28, p. 12 ; V. également implicitement GRIMALDI (M.), *op. cit.*, n° 1001, p. 4 ; MALAURIE (P.), *op. cit.*, n° 350, p. 172.

<sup>361</sup> CHAMPAUD (C.) et LE FLOCH (P.), obs. sous Com., 3 janv. 1985, *RTD com.* 1986.520 ; MASSART (T.), fasc. préc., n° 28, p. 12.

<sup>362</sup> CHAMPAUD (C.) et LE FLOCH (P.), *eod. loc.* ; GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 janv. 1992, *RTD civ.* 1992.777.

<sup>363</sup> GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 janv. 1992, *RTD civ.* 1992.777.

<sup>364</sup> BRETON (A.), Théorie générale de la renonciation aux droits réels, le déguerpissement en droit civil français, *RTD civ.* 1928.261, spéc. n° 38, p. 316.

<sup>365</sup> SEILLAN (Y.), L'acte abdicatif, *RTD civ.* 1966.686, spéc. n° 20, p. 700.

<sup>366</sup> En ce sens : BOUBLI (B.), La fonction libératoire du déguerpissement, *JCP* 1973.I.2518, qui estime que la cause ne peut résider dans le seul but extinctif, dans la mesure où ceci reviendrait à confondre cause et objet de l'obligation.

n'est donc pas nécessaire, que l'on retienne l'une ou l'autre de ces définitions de la cause du déguerpissement, que l'aliénation de la propriété des droits sociaux ait une contrepartie. La cession de droits sociaux moyennant un prix nul ou négatif ne peut toutefois être totalement assimilée au déguerpissement. Certes, le transfert de propriété d'un bien meuble peut résulter de son abandon. Tout propriétaire peut abdiquer son droit sur un bien meuble<sup>367</sup>, sauf certaines restrictions liées à la protection de l'environnement<sup>368</sup>, non applicables en matière de droits sociaux. Ce bien peut, ensuite, faire l'objet d'une appropriation par un tiers par la voie de l'occupation<sup>369</sup>. La propriété n'est cependant pas transmise directement au tiers<sup>370</sup>. La chose devient en effet une *res delictae* avant de faire l'objet d'une appropriation<sup>371</sup>. L'abandon est en outre un acte unilatéral<sup>372</sup>, de telle sorte que ce mode de transfert de la propriété ne correspond pas à l'hypothèse où le transfert est organisé par un contrat. Le « déguerpissement » résultant d'une convention ne peut ainsi être qu'un acte translatif de propriété – vente, donation, échange...<sup>373</sup>.

**483.** N'étant pas à titre gratuit, l'acte semble finalement devoir être considéré comme un acte à titre onéreux<sup>374</sup>.

<sup>367</sup> LARROUMET (C.), *Droit civil, sous la direction de Christian Larroumet, Les Biens, Droits réels principaux*, t. 2, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 259, p. 136 ; MALAURIE (P.) et AYNES (L.), *Droit civil, Les biens*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 462, p. 135 ; TERRE (F.) et SIMLER (PH.), *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 126, p. 119 ; Comp. BOUBLI (B.), La fonction libératoire du déguerpissement, art. préc., n° 9, qui estime que le déguerpissement doit être limité aux hypothèses légales, mais qui invoque, pour justifier cette position, des arguments relatifs à l'abandon d'un droit réel immobilier, et ne justifie nullement l'impossibilité qu'il y aurait à abandonner un bien meuble.

<sup>368</sup> LIBCHABER (R.), *Encyclopédie juridique Dalloz, Biens*, 2002, n° 20, p. 5 ; TERRE (F.) et SIMLER (PH.), *op. et loc. cit.*

<sup>369</sup> LARROUMET (C.), *Les Biens, Droits réels principaux, op. cit.*, n° 261, p. 138 ; MALAURIE (P.) et AYNES (L.), *op. cit.*, n° 598, p. 185 ; TERRE (F.) et SIMLER (PH.), *op. cit.*, n° 412, p. 307.

<sup>370</sup> TERRE (F.) et SIMLER (PH.), *op. cit.*, n° 126, p. 119.

<sup>371</sup> MALAURIE (P.) et AYNES (L.), *op. cit.*, n° 164, p. 52 ; LARROUMET (C.), *Les Biens, Droits réels principaux, op. et loc. cit.* ; LIBCHABER (R.), fasc. préc., n° 19, p. 5.

<sup>372</sup> BRETON (A.), art. préc., p. 298 ; LARROUMET (C.), *Les Biens, Droits réels principaux, op. cit.*, n° 259, p. 136 ; MALAURIE (P.) et AYNES (L.), *op. cit.*, n° 363, p. 94.

<sup>373</sup> BRETON (A.), art. préc., p. 298. Cet auteur définit ainsi le déguerpissement comme l'abdication unilatérale d'un droit réel (BRETON (A.), art. préc., n° 2, p. 265) ; contra : SEILLAN (Y.), art. préc., n° 10s., p. 695, qui distingue les actes translatifs, dans lesquels le nouveau titulaire du droit en est investi par la volonté de celui qui renonce au droit, et les actes abdicatifs, dans lesquels l'acquisition du droit abdicqué s'effectue par le seul effet de la loi. Et parmi les hypothèses d'acquisition par l'effet de la loi figurerait l'acquisition consécutive à un abandon : la chose abandonnée devient une *res nullius*, sur laquelle un tiers peut acquérir des droits par le jeu de l'occupation (SEILLAN (Y.), art. préc., n° 10s., p. 695.).

<sup>374</sup> V. en ce sens DENECKER (J.), art. préc., p. 14 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), art. préc., p. 36 ; v. également LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 24, p. 31. On relèvera qu'il en est encore ainsi si l'on retient comme critère de distinction, avec Madame Rochfeld, l'existence d'un intérêt rationnel à l'acte (ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 594s., p. 533s.). Le cédant, en se débarrassant de ses titres sans contrepartie poursuit en effet un objectif parfaitement identifié et rationnel : être libéré des contraintes et des risques liés à la possession des parts sociales ou actions. En ce sens que l'acte qui n'est pas à titre gratuit est nécessairement à titre onéreux : supra n° 397.

Se pose alors la question de la validité de la cession dépourvue de prix.

## 2 – Le risque de nullité à défaut de contrepartie

**484.** La validité ou l'absence de validité de l'acte ne fait guère de doute lorsque les droits sociaux conservent une valeur vénale réelle (a). La validité de l'acte est en revanche incertaine lorsque les droits sociaux sont dépourvus de valeur vénale réelle (b).

### *a) Les solutions certaines*

**485.** La nullité de la cession de droits sociaux consentie moyennant un prix nul, dérisoire, négatif ou symbolique, ne semble pas faire de doute lorsque les titres cédés conservent une valeur vénale réelle<sup>375</sup>. Le prix de vente n'est en effet pas considéré comme réel et sérieux lorsque son montant est hors de proportion avec la valeur de marché de l'objet de la vente<sup>376</sup>. La Cour de cassation a ainsi approuvé l'arrêt ayant annulé une cession de droits sociaux en raison du caractère dérisoire d'un prix consistant en une rente inférieure au revenu net produit par les parts pour une année<sup>377</sup>, ou l'arrêt qui a annulé pour vileté du prix la cession consentie pour le prix symbolique d'un franc après avoir souverainement constaté que les obligations mises à la charge du cessionnaire des droits n'en constituaient pas la contrepartie<sup>378</sup>. En outre, dans un arrêt récent, elle a censuré la décision qui, pour refuser d'annuler la cession des parts d'une SCI moyennant un franc, avait retenu que la nullité pour vileté du prix se prescrivait par cinq ans. Pour statuer ainsi, elle a jugé que « *la vente consentie sans prix*

---

<sup>375</sup> FREYRIA (C.), *Le prix de vente symbolique*, art. préc., n° 4, p. 52 ; LAMBERT (TH.), *L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux*, art. préc., n° 10, p. 18 ; DENECKER (J.), art. préc., p. 14 ; GARRIGUES (B.), art. préc., p. 464 ; JOUARY (P.), thèse préc., n° 504, p. 456.

<sup>376</sup> *Supra* n° 433.

<sup>377</sup> Com., 25 avr. 1967, *Bull. civ.* III, n° 168, p. 163.

<sup>378</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 oct. 1994, pourvoi n° 92-17.909 ; V. également CA Paris, 21 avr. 1989, *Bull. Joly* 1989, § 221, p. 610. Une décision récente pourrait faire douter de la pérennité de cette approche. Dans un arrêt du 30 novembre 2004 (Com., 30 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 139, p. 631, obs. LUCAS (F.-X.)), la Cour de cassation a jugé que n'était pas vil un prix d'un franc convenu en contrepartie de la cession des parts d'une SNC et de l'engagement du cédant d'assumer certaines dettes et pertes de la société. Compte-tenu de l'engagement du cédant d'assumer ces dettes, la valeur des parts sociales ne semblait pas nulle. La cession des parts pouvait donc sembler dépourvue de contrepartie. La Cour de cassation a cependant approuvé l'arrêt ayant rejeté la nullité pour vileté du prix. Elle a considéré que ce prix correspondait tant à la volonté de désengagement du cédant qu'à l'aléa affectant l'activité sociale. La faiblesse du prix est ainsi justifiée par la possibilité offerte au cédant de quitter la société et d'échapper au risque lié à la qualité d'associé en nom (en ce sens : LUCAS (F.-X.), obs. sous Com., 30 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 139, p. 631).



*sérieux est affecté d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun* »<sup>379</sup>.

Les parties à une cession de droits sociaux qui souhaitent mettre en place un mécanisme de révision du prix, et spécialement une clause de garantie de passif, se trouvent alors exposées à un risque non négligeable de nullité du contrat. Le jeu du mécanisme de garantie peut aboutir à la disparition du prix, cependant que le passif déclenchant le jeu de la garantie n'a pas ôté toute valeur vénale réelle aux parts sociales ou actions cédées. L'appréciation objective de l'existence de la cause peut alors conduire à annuler un contrat aux conditions duquel les parties avaient pourtant consenti en connaissance de cause. Tout cédant ou tout cessionnaire se trouve ainsi exposé au risque de voir son cocontractant demander et obtenir l'annulation de la cession afin de ne pas assumer les engagements souscrits.

**486.** Au contraire, la validité de la cession de droits sociaux dont le prix n'aurait pas été stipulé comme symbole de la contrepartie, mais dont le montant serait devenu très faible<sup>380</sup> semble devoir être admise lorsque la valeur vénale des droits sociaux est elle-même très faible. Rien ne permet de contester la valeur économique du franc ou de l'euro lorsqu'il constitue le prix non symbolique d'un bien dont la valeur est faible<sup>381</sup>. Cette somme doit en particulier pouvoir constituer le prix de titres dont la valeur serait dérisoire. Il n'est, dans cette hypothèse, pas contestable que sa fixation résulte d'une évaluation du bien, de telle sorte qu'il n'est pas possible d'invoquer ici son caractère forfaitaire et spéculatif pour lui contester la qualité de prix réel et sérieux<sup>382</sup>.

#### *b) Les solutions incertaines*

**487.** La perte de toute valeur vénale ne fait pas disparaître tout risque de nullité. Certes, il n'y a pas dans ce cas, à proprement parler, absence d'équivalence des prestations, dans la

---

<sup>379</sup> Com., 23 oct. 2007, pourvoi n° 06-13.979, à paraître au *Bulletin, Bull. Joly* 2008, § 20, p. 90, note COURET (A.), *Dr. soc.*, déc. 2007, comm. 209, p. 14, obs. LECUYER (H.), *JCP* 2008.II.10024, note. ROGET (N.).

<sup>380</sup> Les deux notions doivent être distinguées (FREYRIA (C.), *Le prix de vente symbolique*, art. préc., n° 2, p. 51). Le prix symbolique est, on l'a dit (supra n° 169), une représentation forfaitaire de la contrepartie, mais ne résulte pas d'une évaluation de la chose. Il se distingue donc d'un prix modique parce que les parties attribuent à la chose une valeur d'échange modique.

<sup>381</sup> Considérant que toute somme, fût-elle symbolique, conserve une valeur patrimoniale : GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janv. 1995, *RTD civ.* 1995.914 ; DOM (J.-P.), obs. sous Paris, 9 sept. 1997, *Bull. Joly* 1998, § 4, p. 20 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), art. préc., p. 36. Si un doute peut naître sur ce point lorsque le prix est symbolique, en raison de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 1995 (V. supra n° 521) décidant qu'un prix symbolique d'un franc ne constitue pas une valeur patrimoniale, aucun arrêt ne dénie de manière générale à la somme de un franc le caractère patrimonial.

<sup>382</sup> V. pour un tel argument à propos du prix symbolique : supra n° 487.

mesure où, à l'absence de prix, correspond une absence de valeur. Cependant, les droits sociaux, alors même qu'ils ont perdu toute valeur vénale en raison des pertes subies par la société, n'en continuent pas moins d'exister<sup>383</sup>. Ils permettent à leur titulaire d'exercer, tant que la personnalité morale de la société subsiste, les prérogatives extra-pécuniaires découlant de leur possession : droit de vote, droit à l'information...<sup>384</sup>, de telle sorte que la cession n'est pas nulle faute d'objet<sup>385</sup>. Un auteur en a déduit que la cession de droits sociaux ayant perdu toute valeur vénale devrait être annulée pour défaut de cause lorsqu'elle est consentie moyennant un prix symbolique<sup>386</sup>, ou négatif<sup>387</sup>. La disparition de la valeur des droits ne ferait pas disparaître l'exigence d'un prix sérieux, le contrat devant conserver ses caractères onéreux et causé<sup>388</sup>. L'idée selon laquelle le contrat serait causé lorsqu'il y a équivalence des conditions ne serait pas applicable lorsque cette équivalence résulte du défaut de valeur des prestations réciproques<sup>389</sup>.

**488.** Ce n'est pas la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt, à ce jour apparemment unique, dans lequel elle a été amenée à statuer sur la validité de la cession d'actions sans valeur moyennant un prix symbolique<sup>390</sup>. Dans cette espèce, la cour d'appel avait annulé pour défaut de prix une cession d'actions dont le prix devait être déterminé par un expert. Elle s'était fondée, pour statuer ainsi, sur le fait que l'expert, après avoir estimé que les actions cédées étaient sans valeur, avait fixé le prix à la somme de un franc. La Cour de cassation censura l'arrêt. La cour d'appel, ayant constaté que le tiers avait estimé que les actions cédées étaient sans valeur, n'avait pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en annulant la cession pour défaut de prix.

Le fondement de cet arrêt apparaît cependant incertain.

<sup>383</sup> Com., 7 déc. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 466, p. 339, *Bull. Joly* 1994, § 43, p. 180, obs. LAMBERT (T.) ; LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 11, p. 19 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 157, p. 153.

<sup>384</sup> LAMBERT (T.), obs. sous Com., 7 déc. 1993, *Bull. Joly* 1994, § 43, p. 180 ; LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 11, p. 19 ; contra JOUARY (P.), thèse préc., n° 506, p. 457, qui estime « vaine » la distinction entre la dimension patrimoniale et la dimension politique de la société.

<sup>385</sup> LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 11, p. 19 ; v. sur cette opinion : MASSART (T.), fasc. préc., n° 29, p. 13.

<sup>386</sup> LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 11s, p. 19s.

<sup>387</sup> LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 24, p. 31.

<sup>388</sup> *Ibid.*

<sup>389</sup> LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 13, p. 20.

<sup>390</sup> Com., 3 janv. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 8, p. 6, *Rev. soc.* 1985.826, obs. J. H., *RTD com.* 1986.520, obs. CHAMPAUD (C.) et LE FLOCH (P.), *Bull. Joly* 1985, § 56, p. 181, *JCP éd. E* 1985.I.14265.

**489.** On pourrait en premier lieu soutenir qu'il trouve sa justification dans le régime de l'intervention d'un tiers<sup>391</sup>. L'évaluation faite par le tiers est en effet définitive sauf erreur grossière<sup>392</sup>. L'existence d'une erreur grossière ne semblant pas invoquée dans cette espèce, à tout le moins dans le pourvoi, la décision du tiers aurait été irrévocable<sup>393</sup>.

Cet arrêt n'adopte toutefois pas explicitement une telle solution<sup>394</sup>. S'il souligne que le prix était déterminé par un expert, il n'évoque aucunement le caractère définitif de l'évaluation, et souligne en revanche le fait que l'expert avait estimé que les actions étaient sans valeur. Aussi cet argument semble-t-il devoir être, sinon écarté, tout au moins complété par d'autres considérations.

**490.** On peut, en deuxième lieu, justifier la solution retenue dans cet arrêt par la stipulation d'un prix symbolique. Certains auteurs font valoir que toute somme conserve une valeur patrimoniale, même lorsqu'elle est stipulée symboliquement<sup>395</sup>. Une telle somme peut servir comme appoint, et constituer la partie d'un prix (d'un journal, d'une baguette)<sup>396</sup>, voire le prix d'un bien (bonbon à l'unité, crayon...) <sup>397</sup>. Un prix symbolique dont le montant n'est pas hors de proportion avec la valeur des titres cédés parce que ceux-ci ont une valeur nulle pourrait dès lors constituer un prix réel et sérieux<sup>398</sup>.

Ce fondement demeure toutefois critiquable. La Cour de cassation a en effet exclu le caractère patrimonial de la somme symbolique de un franc<sup>399</sup>. En outre, de même que le franc ou l'euro symbolique ne constituent pas, lorsque les droits sociaux ont une valeur vénale et

---

<sup>391</sup> En ce sens : LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 16s, p. 22s., qui estime cependant finalement que cette interprétation ne peut être retenue.

<sup>392</sup> Supra n° 368.

<sup>393</sup> En ce sens : LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, art. préc., n° 18, p. 25.

<sup>394</sup> En ce sens : LAMBERT (T.), *eod. loc.*

<sup>395</sup> GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janv. 1995, *RTD civ.* 1995.914 ; DOM (J.-P.), obs. sous Paris, 9 sept. 1997, *Bull. Joly* 1998, § 4, p. 20 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), art. préc., p. 36.

<sup>396</sup> GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janv. 1995, *RTD civ.* 1995.914.

<sup>397</sup> GAUTIER (P.-Y.), *eod. loc.* ; DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), art. préc., p. 36.

<sup>398</sup> COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 157, p. 153 ; JOUARY (P.), thèse préc., n° 491, p. 448. Certains auteurs exposent qu'un prix symbolique constitue un prix sérieux dès lors que les titres sont dépourvus de valeur vénale (PAILLUSSEAU (J.), L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle, art. préc., p. 37 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 215, p. 146). Ils ne précisent toutefois pas explicitement le fondement de cette opinion, de telle sorte qu'il est difficile d'en déduire qu'ils estiment que le franc symbolique conserve une valeur patrimoniale lorsque les titres sont dépourvus de valeur vénale.

<sup>399</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 33, p. 23, *D.* 1995.401, note MARTIN (D.), *JCP* 1995.I.3869, n° 12, obs. SIMLER (P.), *RTD civ.* 1995.914, obs. GAUTHIER (P.-Y.), *Bull. Joly* 1995, § 229, obs. COURET (A.) ; adde DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), art. préc., p. 35. Certes le prix symbolique ne constituait pas, dans cet arrêt, la seule contrepartie de la cession des droits sociaux. Mais la Cour de cassation ne précise aucunement que l'absence de valeur patrimoniale du franc symbolique résulte de ce qu'une autre contrepartie est prévue. Aussi semble-t-il résulter de cet arrêt que le franc n'est pas une valeur patrimoniale dès lors qu'il ne constitue qu'un symbole.

lorsque l'acheteur est soumis à d'autres obligations, la contrepartie réellement attendue par le vendeur<sup>400</sup>, ils ne semblent pas constituer la contrepartie réellement attendue lorsque les droits sociaux sont dénués de valeur<sup>401</sup>. Ainsi que le soulignent de nombreux auteurs, la contrepartie attendue réside dans la décharge des obligations et contraintes inhérentes à la propriété des droits sociaux<sup>402</sup>. On considère ainsi parfois que le prix symbolique traduit seulement la double volonté de liquidation et de spéculation qui anime respectivement le vendeur et l'acquéreur<sup>403</sup>. Il ne vaudrait que par et pour la charge psychologique que lui prête la tradition<sup>404</sup>. Or le prix doit en principe procéder d'une évaluation du bien<sup>405</sup>. Les aspects forfaitaire et spéculatif du prix symbolique le distingueraient ainsi du prix réel et sérieux, même lorsque le bien paraît avoir une valeur nulle<sup>406</sup>.

**491.** On peut, en troisième lieu, considérer que l'obligation du vendeur a pour contrepartie, et donc pour cause, la décharge des obligations liées à la propriété des parts et au contrôle qu'elle implique sur l'entreprise<sup>407</sup>. La cause de la cession résiderait dans les effets inhérents à la cession elle-même<sup>408</sup>. Elle permettrait au cédant d'éviter un dépôt de bilan et une procédure collective pouvant aboutir à une action en comblement de passif, de telle sorte qu'il trouverait un intérêt à se « débarrasser » des titres devenus sans valeur du fait des pertes subies par la société<sup>409</sup>. L'acte resterait un contrat synallagmatique<sup>410</sup>.

Ce raisonnement se heurte toutefois à la définition traditionnelle de la cause dans les contrats synallagmatiques. La cause d'une obligation réside en effet, selon cette définition, dans l'obligation réciproque, sans que soient pris en compte les motifs des parties<sup>411</sup>. L'obligation du vendeur ne peut en principe être causée si l'acquéreur n'est soumis à aucune obligation.

---

<sup>400</sup> En ce sens DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), art. préc., p. 36.

<sup>401</sup> Il se distingue ainsi du prix d'un objet de très faible valeur : le boulanger qui vend ses bonbons au prix d'un franc ou de quelques centimes d'euros l'unité attend réellement que ce prix, qui contribuera à son chiffre d'affaires, soit payé, ce qui n'est généralement pas le cas du cédant de droits sociaux.

<sup>402</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), art. préc., p. 36 ; GARRIGUES (B.), art. préc., p. 464 ; DENECKER (J.), art. préc., p. 14 ; MASSART (T.), fasc. préc., n° 28, p. 13 ; FREYRIA (C.), Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, art. préc., n° 16, p. 328.

<sup>403</sup> GARRIGUES (B.), art. préc., p. 461.

<sup>404</sup> MARTIN (D. R.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janv. 1995, *D.* 1995.401.

<sup>405</sup> GARRIGUES (B.), *eod. loc.*

<sup>406</sup> *Ibid.* ; V. également CHILSTEIN (D.), art. préc., n° 36, p. 683.

<sup>407</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), art. préc., p. 36 ; GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 janv. 1992, *RTD civ.* 1992.777.

<sup>408</sup> GARRIGUES (B.), art. préc., p. 464.

<sup>409</sup> DENECKER (J.), art. préc., p. 14 ; MASSART (T.), fasc. préc., n° 28, p. 13 ; FREYRIA (C.), Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, art. préc., n° 16, p. 328 ; GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 janv. 1992, *RTD civ.* 1992.777, préc..

<sup>410</sup> FREYRIA (C.), *eod. loc.*

<sup>411</sup> *Supra* n° 404s.

Certains arrêts récents semblent, certes, adopter une définition plus subjective de la notion de cause<sup>412</sup>. Toutefois, aucun n'admet la validité d'une obligation ayant pour seule contrepartie les effets de la cession. Les motifs, s'ils peuvent être pris en compte pour conclure à l'absence de cause d'un contrat, ne permettent pas de conclure qu'une obligation dénuée de contrepartie serait causée<sup>413</sup>. En particulier, l'arrêt Chiaffi du 3 mars 1993<sup>414</sup>, qui admet la validité de la cession d'un terrain moyennant un franc symbolique, prend en compte, pour déterminer la cause de cette cession, non le seul contrat de vente, mais l'opération globale. La cause semble ainsi devoir être définie plus largement comme l'intérêt que pourrait avoir une partie au contrat à la réalisation de celui-ci<sup>415</sup>. Aucun arrêt, autre que celui du 3 janvier 1985, n'admet par ailleurs, fut-ce implicitement, que la cause de l'obligation du vendeur pourrait consister uniquement dans les effets de la cession pour le cessionnaire.

**492.** L'incertitude qui affecte le fondement de la solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 3 janvier 1985 fait ainsi douter de la pérennité d'une telle solution. Compte-tenu des critiques que l'on peut adresser à chacun des fondements possibles, n'y aurait-il pas lieu de considérer que les cessions de droits sociaux dépourvus de valeur vénale consenties moyennant un prix symbolique sont nulles ?

En outre, cette incertitude rejaillit sur la question de la validité des cessions de droits sociaux dont le prix est nul ou négatif. L'obligation du vendeur doit en effet être considérée comme dépourvue de cause, et donc nulle, si la justification de l'arrêt du 3 janvier 1985 réside dans la stipulation d'un prix symbolique. Elle ne peut être valable que si l'on admet que la cause de l'obligation du vendeur réside dans la décharge des obligations liées à la propriété des parts. Cette décharge constituerait, lorsque le prix est nul, la cause de l'obligation de transférer les droits sociaux et, lorsqu'il est négatif, non seulement la cause de l'obligation de transférer les droits sociaux, mais également de celle de payer des sommes à l'acheteur en exécution de la garantie de passif. Cette analyse, parfois admise<sup>416</sup>, se heurte aux mêmes écueils auxquels elle se heurte lorsqu'elle relative au prix symbolique, à savoir la définition de la cause dans les contrats synallagmatiques.

---

<sup>412</sup> Supra n° 412s.

<sup>413</sup> Supra n° 416.

<sup>414</sup> Supra n° 417.

<sup>415</sup> ROCHFELD (J.), thèse préc., et spécialement sur cet arrêt : n° 112, p. 107.

<sup>416</sup> FREYRIA (C.), Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, art. préc., n° 16, p. 328 ; MASSART (T.), fasc. préc., n° 30, p. 14.

### CONCLUSION DU CHAPITRE

**493.** Les modalités dont sont convenues les parties pour adapter le prix des droits sociaux à leur valeur d'échange font peser sur ces contrats un risque de nullité. Le prix, en tant qu'il compense l'appauvrissement du vendeur, constitue une contrepartie nécessaire. Dès lors, les mécanismes d'adaptation qui portent atteinte à la capacité du prix à constituer une telle contrepartie exposent le contrat à un risque d'annulation.

Toutes les modalités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux ne remettent certes pas en cause l'exigence d'un prix sérieux et n'entraînent pas la nullité de la cession. Il en est en particulier ainsi des clauses de garantie qui prévoient que le cédant versera les sommes convenues, non au cessionnaire, mais à la société ou à un tiers. De telles clauses n'affectent pas le prix, de telle sorte que leur mise en œuvre ne porte pas atteinte à l'exigence d'un prix sérieux. La nullité semble en revanche encourue lorsque les titres conservent une valeur vénale, et lorsque l'acquéreur n'est tenu à aucune autre obligation que le paiement du prix non sérieux. L'absence de toute contrepartie réelle aux sacrifices consentis par le vendeur justifie que soit prononcée la nullité de la vente. Une incertitude subsiste au surplus sur la validité des cessions de droits sociaux dépourvus de valeur vénale moyennant un prix symbolique, nul ou négatif.

Ce deuxième risque révèle un peu plus l'inadaptation du droit de la vente aux besoins des parties à une cession de droits sociaux.

Cette inadaptation résulte, enfin, de l'incertitude affectant la qualification du contrat.



## **CHAPITRE 3 : L'ATTEINTE PORTEE AU CARACTERE MONETAIRE DE LA CONTREPARTIE**

**494.** Les clauses d'adaptation du prix et de la valeur d'échange mettent en œuvre trois types de mécanismes. Elles tendent parfois à modifier le montant de l'obligation monétaire de l'acquéreur. Elles peuvent également mettre à sa charge différentes obligations, telle que la prise en charge du passif de la société, la reprise des cautionnements.... Certaines clauses prévoient enfin que le cédant rétablira la valeur de la société en payant à celle-ci ou aux créanciers les sommes affectant cette valeur<sup>1</sup>.

Les clauses de garantie, dès lors qu'elles ne modifient pas le montant des sommes dues par l'acquéreur, et qu'elles ne font pas peser sur lui d'autres obligations, n'ont pas d'effet sur la contrepartie formellement due par l'acquéreur et *a fortiori* sur son caractère monétaire. Tel n'est en revanche pas le cas des stipulations mettant à la charge de l'acquéreur certaines obligations autres que le paiement d'une somme d'argent au vendeur ou modifiant le montant du prix. Elles peuvent en effet conduire à la suppression de toute obligation monétaire significative à la charge de l'acquéreur. Elles peuvent également réduire l'importance qualitative de cette obligation par rapport aux obligations de faire qui lui incombent. Or le caractère monétaire de la contrepartie due par l'acquéreur est un élément de qualification du contrat de vente (Section 1). Les différentes modalités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange soumettent dès lors les cessions de droits sociaux à un risque de requalification (Section 2).

### **SECTION 1 – LA CONTREPARTIE MONETAIRE, ELEMENT DE QUALIFICATION DU CONTRAT DE VENTE**

**495.** La monnaie ne peut être, en raison de sa spécificité<sup>2</sup>, traitée comme n'importe quel autre objet.

Ainsi, le transfert de propriété des choses de genre intervient en principe lors de leur individualisation<sup>3</sup>. Par exception, celui de la monnaie<sup>4</sup>, dont il est admis qu'elle constitue une

---

<sup>1</sup> Cf. Sous-titre I et, pour la distinction des clauses de garantie modifiant le prix et la valeur d'échange des droits sociaux, supra n° 437.

<sup>2</sup> V. globalement sur cette question SOUSI (G.), La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, , *RTD civ.* 1982.514 ; LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 146s., p. 115s.

<sup>3</sup> GORE (F.), Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre, *D.* 1954, chr. 175, spéc. p. 176. L'article 1585 du Code civil dispose en effet : « *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès*



chose de genre<sup>5</sup>, n'intervient que lors de la remise effective au créancier de la somme due. Le véritable objet d'une dette monétaire n'étant pas la remise d'instruments de paiement mais le pouvoir d'achat lié aux unités de paiement, seule son acquisition effective par le créancier justifie la libération du débiteur<sup>6</sup>. C'est ainsi que la jurisprudence décide en principe, en application de l'article 62 du décret-loi du 30 octobre 1935 devenu L. 131-67 du Code monétaire et financier<sup>7</sup>, ou des règles relatives à la preuve du paiement, qu'en cas de paiement par chèque, le débiteur n'est libéré qu'au moment où le créancier acquiert effectivement la valeur qui lui est due<sup>8</sup>. Un virement ne vaut de même paiement qu'au moment où il a été effectivement réalisé par l'inscription de son montant au compte du bénéficiaire<sup>9</sup>. Il semble encore, quoique aucun arrêt ne l'ait explicitement jugé<sup>10</sup>, que le débiteur qui paye en espèces

---

*l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier* ». V. également Req., 17 mars 1925, *D. P.* 1927.1.29 pour l'individualisation d'une quantité de vin résultant de son mesurage ; Com., 28 février 1950, *Bull. civ.* II, n° 80, p. 55 pour celle d'orge résultant de son pesage ; Com., 27 mai 1986, *Bull. civ.* IV, n° 107.

<sup>4</sup> Le fait que la monnaie puisse être objet de propriété est parfois contesté en raison du pouvoir que conserve sur elle le souverain (CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 696, p. 1571 ; GRUA (F.), Monnaie, Nature de la monnaie, *Juris-classeur civil*, App. art. 1235 à 1270, fasc. 60, n° 15s., p. 3s). Mais les incertitudes relatives à l'appropriation de la monnaie portent essentiellement sur les supports monétaires, non sur les unités qu'ils incorporent (LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 174, p. 138). Si le détenteur des unités ne dispose pas sur celles-ci d'un droit de propriété *stricto sensu*, il est titulaire du droit d'en jouir (LIBCHABER (R.), *op. et loc. cit.*). Dans la mesure où cette distinction entre propriété et titularité n'a pas d'influence sur la distinction de la vente et d'autres contrats, nous emploierons, à l'instar de la majorité de la doctrine (En ce sens, GRUA (F.), fasc. préc., n° 22, p. 4 ; V. par exemple FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 46, p. 28 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 268, p. 377), le terme de propriété pour désigner cette titularité.

<sup>5</sup> SOUSI (G.), art. préc., n° 8, p. 520 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 1189, p. 414 ; TERRE (F.) et SIMLER (PH.), *op. cit.*, n° 11, p. 14 ; et les auteurs cités par Monsieur Libchaber (LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 125, p. 100). Contra : LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 128, p. 101, qui considère que la monnaie n'est pas une chose de genre dans la mesure où elle n'est pas individualisable. Monsieur Libchaber semble cependant admettre quelques lignes plus loin une certaine forme d'individualisation, considérant que le fait de mettre des billets dans une enveloppe la réalise.

<sup>6</sup> CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, thèse Paris, 1960, n° 79, p. 144 ; LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 127, p. 103.

<sup>7</sup> Il dispose : « *La remise d'un chèque en paiement, accepté par un créancier, n'entraîne pas novation. En conséquence, la créance originaire, avec toutes les garanties qui y sont attachées, subsiste jusqu'au paiement du chèque* ».

<sup>8</sup> CATALA (N.), thèse préc., n° 79, p. 144 ; SOUSI (G.), art. préc., n° 13, p. 522 ; et V. par exemple Civ., 17 mars 1924, *D. P.* 1925.1.71 ; Req., 21 mars 1932, *D.* 33.1.65 ; V. aussi, Civ. 3<sup>ème</sup>, 7 nov. 1990, *Bull. civ.* III, n° 225, p. 129 ; v. également ISSA-SAYEGH (J.), Contrats et obligations, Extinction des obligations, Paiement : objet, moyens et frais, *J.-Cl. civil*, Art. 1235 à 1248, fasc. 30, 2006, n° 133, p. 20, et les tempéraments apportés par la Cour de cassation à ce principe.

<sup>9</sup> GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Instruments de paiement et de crédit*, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 472, p. 421 ; V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 juin 1993, *Bull. civ.* I, n° 229, p. 158.

<sup>10</sup> Un arrêt de la Cour de cassation du 3 août 1870 (Req., 3 août 1870, *D. P.* 1870.1.319) a jugé que le débiteur ayant envoyé par la poste une somme en numéraire qui avait été perdue, n'était pas libéré envers son créancier. Cet arrêt semble confirmer le fait que le débiteur n'est pas libéré tant que le créancier n'a pas reçu les fonds. La portée de la solution retenue demeure cependant incertaine, dans la mesure où la solution pourrait s'expliquer par le fait que le paiement devait, par dérogation aux dispositions de l'article 1247 du Code civil, se faire au domicile du créancier. Quelques arrêts (Req., 1<sup>er</sup> juillet 1857, *D. P.* 1857.1.433 ; Req., 26 mars 1867, *D. P.* 1867.1.305) décident au contraire que le débiteur est libéré par le seul fait qu'il s'est dessaisi des fonds, mais les

ne soit libéré ni au moment de l'individualisation des espèces, ni au moment où il s'en dessaisit –par exemple en les envoyant par la poste-, mais au moment de la remise effective des fonds à son créancier<sup>11</sup>.

Par ailleurs la plupart des biens consommables sont susceptibles de deux utilisations : la destruction ou l'aliénation<sup>12</sup>. Or la monnaie ne peut faire l'objet que d'une consommation juridique<sup>13</sup> ; sa seule utilisation possible est l'aliénation<sup>14</sup>. Sa consommation ne résulte que de sa disparition du patrimoine de son utilisateur<sup>15</sup>.

La monnaie peut enfin dans certaines conditions, se substituer à toutes autres choses<sup>16</sup>. A toute chose évaluable en argent peut ainsi notamment être substituée, sur décision du juge, une somme d'argent<sup>17</sup>. L'obligation de somme d'argent diffère alors de toute autre obligation dans la mesure où le débiteur de l'obligation de payer une somme d'argent est tenu d'une obligation de « résultat absolu ». Le créancier est en effet assuré d'obtenir pleine satisfaction en cas d'exécution forcée comme de réparation du préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation, puisque toutes aboutiront au versement d'une somme d'argent<sup>18</sup>.

**496.** Ces spécificités de la monnaie et de l'obligation monétaire ont conduit le droit positif à exclure la qualification de vente en l'absence de toute contrepartie monétaire (§ 1). Elle est également exclue lorsque l'obligation monétaire peut être considérée comme l'accessoire d'une obligation de donner un autre bien ou de fournir une prestation (§ 2)<sup>19</sup>.

---

solutions retenues par ces arrêts reposent sur les modalités de paiement dont étaient convenues les parties dans ces espèces.

<sup>11</sup> STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. et loc. cit.* ; SOUSI (G.), art. préc., n° 13, p. 522 ; LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 127, p. 102 ; GRUA (F.), fasc. préc., n° 56, p. 7.

<sup>12</sup> JAUBERT (P.), Deux notions du droit des biens, la consommabilité et la fongibilité, *RTD civ.* 1943.75, spéc. p. 81.

<sup>13</sup> JAUBERT (P.), *eod. loc.* ; SOUSI (G.), art. préc., n° 19, p. 524. En ce sens que la monnaie est un bien consommable : SOUSI (G.), *eod. loc.*

<sup>14</sup> JAUBERT (P.), *eod. loc.* ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 714, p. 1607. Comp. LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 130, p. 105.

<sup>15</sup> On peut certes envisager d'autres utilisations de la monnaie n'emportant pas sa destruction, par exemple comme élément d'une collection. Mais de telles utilisations n'impliquent plus l'unité de paiement, mais le seul support monétaire. La monnaie perd alors son caractère essentiel, cesse d'être monnaie (JAUBERT (P.), art. préc., p. 81).

<sup>16</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 716, p. 1610.

<sup>17</sup> CATALA (N.), thèse préc., n° 73, p. 139.

<sup>18</sup> SOUSI (G.), art. préc., spéc. n° 39s, p. 532s. ; V. aussi LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 155s., p. 121s.

<sup>19</sup> On pourrait s'interroger sur les fondements exacts de cette distinction entre la vente et les autres contrats. Certains contrats, tels le bail, conservent leur qualification alors même que la contrepartie n'est pas monétaire (en ce sens COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 458, p. 380 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 622, p. 342). On eut ainsi pu imaginer qu'une qualification unique désigne l'ensemble des contrats translatifs de propriété à titre onéreux. La recherche des fondements exacts de cette distinction n'est toutefois pas nécessaire pour la poursuite du présent travail. Nous proposons en effet (cf. infra deuxième partie, spécialement n° 620s.), de qualifier de contrats innomés les cessions soulevant des difficultés. En revanche, la distinction entre la vente et les contrats voisins, fondée sur la nature de la contrepartie due par

## **§ 1- L'exclusion de la qualification de vente en l'absence de toute contrepartie monétaire**

**497.** Le caractère monétaire de la contrepartie conduit d'abord à distinguer la vente de l'échange (A). Il conduit ensuite à distinguer la vente d'autres contrats emportant transfert de propriété d'un bien (B).

### **A – Le caractère monétaire de la contrepartie, critère de distinction de la vente et de l'échange**

**498.** La nécessité du caractère monétaire du prix était déjà admise à l'époque classique<sup>20</sup> et apparaît expressément dans les textes de Justinien<sup>21</sup>. Le caractère monétaire permettait, en droit romain, de distinguer le contrat de vente de l'échange, en tant que convention en exécution de laquelle était donnée une chose contre une autre chose<sup>22</sup>. Cette distinction était importante dans la mesure non seulement où les deux contrats ne produisaient pas les mêmes effets<sup>23</sup>, mais également où ils ne se formaient pas de la même manière. La vente était un contrat *consensu*, se formant par le seul échange des consentements<sup>24</sup>. L'échange n'était en revanche obligatoire que lorsque l'un des copermutants avait exécuté sa prestation<sup>25</sup>.

**499.** La plupart des raisons fondant la distinction entre la vente et l'échange disparurent progressivement dans l'Ancien droit<sup>26</sup>. Les rédacteurs du Code civil ont cependant souhaité conserver la distinction entre l'échange et le contrat de vente, dans lequel l'une des parties

---

« l'acheteur », n'est pas remise en cause. Aussi n'est-il pas nécessaire d'en déterminer plus précisément les fondements.

<sup>20</sup> Période qui s'étend du II<sup>ème</sup> siècle avant J.-C. au début du III<sup>ème</sup> siècle après J.-C., correspondant au début du Bas Empire ; GIFFARD (A.-E.) et VILLERS (R.), *Droit romain et ancien droit français*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1967 ; n° 75, p. 51 ; Il est ainsi écrit, dans les Institutes de Gaius (3, 141) : *Pretium in numerata pecunia consistere debet* (cité par GIRARD (P.-F.), *op. cit.*, p. 574).

<sup>21</sup> Inst. 3, 23, 2

<sup>22</sup> MONIER (R.), *op. cit.*, n° 110, p. 138 ; GIRARD (P.-F.), *op. et loc. cit.* ; MAY (G.), *op. cit.*, n° 147, p. 341 ; V. globalement sur le contrat d'échange, POUGHON (J.-M.), thèse préc., spéc. n° 21s., p. 12s. sur l'échange en droit romain.

<sup>23</sup> Les actions que faisaient naître les contrats différaient par exemple, le vendeur à terme ayant livré la chose ne pouvant que demander le paiement du prix (CUQ (E.), *Manuel des institutions juridiques des romains*, Plon L.G.D.J., 1917, p. 473), quand l'échangiste pouvait obtenir restitution du bien livré (POUGHON (J.-M.), thèse préc., n° 39s., p. 20s.).

<sup>24</sup> GIRARD (P.-F.), *op. cit.*, p. 568 ; MONIER (R.), *op. cit.*, n° 103, p. 128 ; CUQ (E.), *op. cit.*, p. 452.

<sup>25</sup> POUGHON (J.-M.), thèse préc., n° 38, p. 19.

<sup>26</sup> POUGHON (J.-M.), thèse préc., n° 165s., p. 101s.

verse une contrepartie monétaire<sup>27</sup>. Le contrat d'échange est ainsi « *un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* »<sup>28</sup>.

Il a parfois été exposé que le transfert de propriété d'un bien moyennant un prix consistant non en monnaie, mais en une autre chose, pouvait constituer une vente et non un échange<sup>29</sup>.

La Cour de cassation a en outre décidé que constituait une vente l'opération par laquelle une partie transférait la propriété d'un bien moyennant une contrepartie consistant en un prix payable pour moitié en une somme d'argent et pour moitié en actions d'une société<sup>30</sup>. S'il est excessif de déduire de cet arrêt que la Cour de cassation a admis qu'un prix puisse consister en une valeur aisément transformable en argent<sup>31</sup>, il est toutefois une illustration du fait que le principe d'un prix monétaire n'a pas toujours été entendu strictement.

Cette appréhension souple du principe n'a cependant pas prévalu. Elle a été explicitement combattue par une partie de la doctrine classique, notamment par Duvergier<sup>32</sup> et Guillouard<sup>33</sup>.

La majorité des auteurs affirme par ailleurs désormais que le prix que l'acheteur s'engage à payer doit consister en une somme d'argent, afin de distinguer la vente de l'échange<sup>34</sup>, sans

<sup>27</sup> La portée de la distinction doit toutefois être relativisée. L'article 1703 de ce code précise ainsi que l'échange se forme par le seul échange des consentements, comme la vente. Il résulte par ailleurs de l'article 1707 du Code civil que toutes les règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent à l'échange, sous réserve des exceptions prévues par les articles 1704 à 1706 du même code.

<sup>28</sup> Art. 1702 C. civ.

<sup>29</sup> V. par exemple DELVIN COURT, *op. cit.*, p. 354 ; DURANTON (A.), *op. cit.*, t 16, n° 119, p. 154.

<sup>30</sup> Civ. 26 fév. 1883, *D.P.* 1883.1.453

<sup>31</sup> Plusieurs éléments de l'espèce interdisent une telle conclusion. Le prix était en premier lieu stipulé en monnaie, et seulement partiellement payable en actions. En outre, ainsi que l'a remarqué le Doyen Hamel (HAMEL (J.), *Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, t. 1 et 2, Les Cours de droit, 1941-1942, p. 37), la solution peut s'expliquer par le fait que la partie payable en actions était égale à celle payable en monnaie. La Cour de cassation, plutôt que de considérer qu'il s'agissait d'un contrat mixte de vente et d'échange, qu'elle aurait finalement dû qualifier globalement de vente, a pu préférer considérer que cette contrepartie en action équivalait à un prix monétaire, et ce bien que la valeur mobilière ne soit ni consommable *primo usu*, ni fongible (sur ce dernier point, HAMEL (J.), *op. cit.*, p. 35).

<sup>32</sup> DUVERGIER (J.-B.), *op. cit.*, t. 16, n° 147, p. 163.

<sup>33</sup> GUILLOUARD (L.), *Traité de la vente et de l'échange*, *op. cit.*, n° 93, p. 106. Il estime qu'admettre cette solution, en abandonnant le sens historique du mot prix qui vise une somme d'argent, mènerait à l'arbitraire, dans la mesure où certains admettront comme prix certaines denrées, quand d'autres ne les admettront pas. Ainsi, Monsieur Carré limite l'admission aux denrées dont le prix est fixé, quand Duranton l'étend à toutes les denrées aisément échangeables. Guillouard ajoute que les denrées, qui peuvent devenir rares, n'offrent pas les mêmes avantages que la monnaie. V. dans le même sens : HUC (T.), *op. cit.*, t. 10, n° 34, p. 54..

<sup>34</sup> V. notamment, par ordre chronologique : BRAILLARD, *Le Code civil expliqué par lui-même*, Paris, t. 3, 1807, n° 3517, p. 1300 ; AUBRY (C.) et RAU (G.), *op. cit.*, n° 249, p. 336 ; LAURENT (F.), *op. cit.*, t. 24, n° 68, p. 77 ; GUILLOUARD (L.), *Traité de la vente et de l'échange*, *op. cit.*, n° 92, p. 105 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET SAIGNAT (L.), *op. cit.*, n° 128, p. 107 ; PLANIOL (M.), *op. cit.*, 2<sup>ème</sup> éd., t. 2, n° 1374, p. 432 ; COLIN (A.) ET CAPITANT (H.), *op. cit.*, 7<sup>ème</sup> éd., n° 538, p. 495 ; BEUDANT (R.) ET LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 9, *La vente, le louage des choses*, *op. cit.*, n° 112, p. 83 ; JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, *op. cit.*, n° 1021, p. 607 ; RIPERT (G.) ET BOULANGER (J.), *op. cit.*, t. 3, n° 1333, p. 453 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 3, 2<sup>ème</sup> vol., *Principaux contrats*, 3<sup>ème</sup> éd., 1968, par M. DE JUGLART, n° 860, p. 106 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, Civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 31, p. 27 ; MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 110, p. 102 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) ET DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n°

autre restriction. L'appréhension souple de l'exigence d'un prix monétaire n'a par ailleurs jamais été consacrée explicitement par la Cour de cassation qui a, au contraire, eu l'occasion d'affirmer que prix de vente consistait en une somme d'argent<sup>35</sup>.

### **B – Le caractère monétaire de la contrepartie, critère de distinction de la vente et d'autres contrats translatifs de propriété**

**500.** Le caractère monétaire du prix permet de même de distinguer la vente d'autres contrats emportant transfert de propriété d'une chose.

**501.** L'existence d'un prix permet ainsi de distinguer l'apport en société, rémunéré par des droits sociaux<sup>36</sup>, de la vente, rémunérée par un prix monétaire<sup>37</sup>.

**502.** La stipulation d'un prix monétaire conduit, surtout, à distinguer la vente des contrats dans lesquels « l'acheteur » contracte une obligation de faire<sup>38</sup>.

Jurisprudence et doctrine refusent en effet d'assimiler à un prix les obligations de faire. La Cour de cassation a explicitement jugé qu'une obligation de faire, en l'occurrence

---

137 p.136 ; HUET (J.), *op. et loc. cit.* ; v. également OVERSTAKE (J.-F.), thèse préc., p. 51 ; LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 156, p. 123.

<sup>35</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1981, *Bull. civ.* III, n° 56, p. 42 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 436, p. 317.

<sup>36</sup> La définition de l'apport implique en effet l'attribution de droits sociaux. V. notamment en ce sens BLAISE, qui définit l'apport comme « *la mise en commun d'un bien moyennant l'attribution à l'apporteur de droits sociaux* » (BLAISE (H.), thèse préc., n° 6, p. 13) ; V. aussi COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.) *Droit des Sociétés*, Litec, 14<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 140, p. 52. Mais ces droits sociaux ne sont pas nécessairement matérialisés, et peuvent, notamment dans le cas précis d'une société créée de fait, consister en un droit sur la société.

<sup>37</sup> BLAISE (H.), thèse préc., n° 85s., p. 125s., spéc. n° 95, p. 140 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 69, p. 44 ; ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *op. cit.*, n° 84, p. 72 ; HUET (J.), *op. cit.*, n° 11120, p. 65.

<sup>38</sup> De nombreux auteurs remettent aujourd'hui en cause la pertinence de la distinction des obligations de donner, faire, et ne pas faire, retenue par l'article 1101 du Code civil (En ce sens, TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 267, p. 276 ; v. également sur ces critiques LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 219, p. 179), en faisant en substance valoir, d'une part, que l'acte et l'abstention s'apparentaient l'un à l'autre, de telle sorte que « *ne pas faire, c'est encore faire* » (CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 925, p. 1926) et, d'autre part, qu'il n'existe pas, à proprement parler, d'obligation de donner. Le transfert de propriété ne serait pas une obligation, mais un effet légal du contrat, qui s'exécute automatiquement, y compris lorsque les parties ont entendu reporter le transfert de propriété (en ce sens v. notamment FABRE-MAGNAN (M.), *Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ.* 1996.85, spéc. n° 5, p. 89 ; ANCEL (P.), *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ.* 1999.771, n° 17, p. 782). Une distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature est ainsi souvent préférée (en ce sens, v. notamment TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 268, p. 276 ; LIBCHABER (R.), thèse préc., n° 220s., p. 180s.). Nous emploierons toutefois le terme d'obligation de faire pour désigner les obligations ne portant ni sur le transfert d'une somme d'argent, ni sur celui d'un autre bien, ni sur une abstention, dans la mesure où ce terme est employé par la Cour de cassation dans les arrêts dans lesquels elle statue sur la qualification de tels contrats (V. par exemple Civ., 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1981, *Bull. civ.* III, n° 56, p. 42), ainsi que par de très nombreux auteurs, y compris parmi ceux soulignant l'imperfection de la classification (V. par exemple CARBONNIER (J.), *op. et loc. cit.* ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 297, p. 306 ; FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 71, p. 166 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 3, p. 2 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 42, p. 26).

l'engagement d'aménager et d'exploiter un centre équestre, ne constituait pas un prix<sup>39</sup>. La doctrine expose par ailleurs que l'obligation de loger, nourrir et entretenir le vendeur que contracte l'acquéreur dans un bail à nourriture ne constitue pas un prix. « L'acheteur » ne s'engage pas, dans ce cas, à verser une somme d'argent, mais à fournir une prestation impliquant de sa part une série de faits consistant en la recherche d'un logement, la fourniture de vivres<sup>40</sup>.

**503.** De ce que les obligations de faire ne constituent pas un prix, il résulte que les contrats emportant transfert de propriété d'un bien moyennant une telle contrepartie ne constituent pas des ventes<sup>41</sup>. La Cour de cassation a ainsi refusé d'appliquer dans l'arrêt précité les règles de la vente au contrat prévoyant l'obligation d'aménager un centre équestre. Elle a en outre jugé que constituait non un contrat de vente, mais un contrat innomé, le contrat dans lequel une chose est cédée moyennant l'obligation de loger, nourrir et entretenir le vendeur<sup>42</sup>. Les auteurs, qu'ils aient adopté une conception souple de la nécessité du caractère monétaire du prix en énonçant que le prix pourrait consister en certaines denrées, ou qu'ils aient entendu strictement la nécessité du caractère monétaire du prix, exposent de même que le contrat dont le prix consisterait en une obligation de faire constitue non une vente, mais un contrat innomé<sup>43</sup>.

Et il importe peu, à cet égard, que les parties aient évalué la prestation. Les arrêts précités<sup>44</sup> précisent en effet que l'évaluation des prestations constituant la contrepartie de l'objet cédé ne

<sup>39</sup> Civ., 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1981, *Bull. civ.* III, n° 56, p. 42.

<sup>40</sup> GUILLOUARD (L.), *Traité de la vente et de l'échange*, *op. cit.*, n° 95, p. 109 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET SAIGNAT (L.), *op. cit.*, n° 128, p. 107 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 138, p. 137.

<sup>41</sup> GRILLET-PONTON (D.), Nouveau regard sur la vivacité de l'innomé en matière contractuelle, *D.* 2000, chr. 331, spéc. n° 8, p. 334.

<sup>42</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 oct. 1967, *Bull. civ.* I, n° 292, p. 219.

<sup>43</sup> V. notamment pour les auteurs ayant adopté une conception souple : DURANTON (A.), *op. cit.*, t 16, n° 117, p. 153 ; et pour ceux partisans d'une application stricte du principe : LAURENT (F.), *op. cit.*, t. 24, n° 68, p. 78 ; HUC (T.), *op. cit.*, t. 10, n° 34, p. 55 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET SAIGNAT (L.), *op. cit.*, n° 128, p. 107 ; PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.), *op. cit.*, t.10, n° 35, p. 28 ; HAMEL (J.), *Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, t. 1, Les Cours de droit, 1938-1939, p. 34 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 31, p. 27 ; ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *op. cit.*, n° 87, p. 74 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 200, p. 135 ; v. encore, mais à propos de la seule vente consentie moyennant l'obligation de loger, nourrir, et entretenir le vendeur : GUILLOUARD (L.), *op. et loc. cit.* ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. et loc. cit.* ; V. toutefois HUET (J.), *op. cit.*, n° 11120, p. 74, qui estime que, en raison de la proximité des régimes : « on peut poser en principe que toute aliénation à titre onéreux relève, par principe, du droit de la vente » ; v. également TROPLONG, *op. cit.*, t. 1, n° 148, p. 192, qui estime que la vente moyennant l'obligation de loger, nourrir et entretenir le vendeur est valable, « car c'est là un prix en nature mis à la place d'une somme d'argent, pour la commodité de l'acquéreur », et qui ajoute, à titre de concession : « toutefois, si l'on voulait apporter dans la dénomination d'une pareille convention une rigueur dans les termes, à laquelle, du reste, répugne notre droit français, on dirait que c'est un contrat innomé, ayant tous les effets du contrat de vente ».

<sup>44</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 oct. 1967, *Bull. civ.* I, n° 292, p. 219 ; Civ., 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1981, *Bull. civ.* III, n° 56, p. 42.

permet pas de les considérer comme un prix de vente. Le critère de distinction de la vente et d'autres contrats emportant transfert de propriété d'une chose réside ainsi dans la stipulation d'une obligation de somme d'argent, et non dans l'évaluation monétaire qui peut être faite de la contrepartie du bien<sup>45</sup>.

**504.** Certains arrêts semblent, certes, qualifier de vente un contrat dans lequel la contrepartie est une obligation de faire<sup>46</sup>. Aucun ne revient toutefois réellement sur cette distinction. La plupart de ces arrêts ne remettent pas en cause le principe énoncé dans la mesure où il n'est jamais demandé à la Cour de cassation d'opérer de choix entre la qualification de vente et celle de contrat innomé. Il s'agit en effet le plus souvent de déterminer s'il existe, dans un contrat de bail à nourriture, en principe aléatoire, un aléa réel, ou si ce contrat doit être annulé pour défaut de prix sérieux.

**505.** Seul un arrêt du 9 décembre 1986<sup>47</sup> juge explicitement que « *la vente d'une chose [peut] être réalisée moyennant une contrepartie autre qu'un versement de somme d'argent* ». Cet arrêt, dont les motifs ont été qualifiés de « peu heureux »<sup>48</sup>, ne saurait à lui seul remettre en cause la distinction entre la vente et les contrats où la contrepartie est une obligation de faire<sup>49</sup>. La solution qu'il retient peut en outre s'expliquer par les données de l'espèce et les moyens du pourvoi. Les qualifications que le demandeur au pourvoi proposait de substituer à celle de vente dans son moyen – dation en paiement ou contrat d'entreprise à forfait – ne correspondaient pas davantage à la réalité de l'opération, consistant en la cession d'un terrain moyennant engagement par l'acheteur de bâtir des bâtiments sur un terrain demeuré la propriété du vendeur<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Rien ne permet de considérer que la solution dégagée par ces arrêts, dont il résulte qu'une contrepartie simplement évaluée en monnaie n'est pas un prix, n'est pas généralisable. Ces arrêts rejettent de manière générale la qualification de prix d'une contrepartie non monétaire quoique évaluée, appliquant une solution que rien n'interdit, dès lors qu'elle est conforme aux motifs de la distinction, de généraliser à tout contrat.

<sup>46</sup> V. par exemple Civ., 16 avril 1822, S. 7.1.55, S. 22.1.246 ; Req., 28 janv. 1879, D.P. 1880.1.54 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 janv. 1970, Bull. civ. III, n° 28, p. 19 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1988, Bull. civ. I, n° 121, p. 83 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1999, pourvoi n° 97-12.112.

<sup>47</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 déc. 1986, Bull. civ. III, n° 177, p. 139.

<sup>48</sup> BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, op. cit., n° 31, p. 27.

<sup>49</sup> On pourrait voir, dans l'attendu de principe qui mentionne le « versement » d'une somme d'argent, la confirmation jurisprudentielle du fait qu'un contrat est une vente dès que les parties ont fait naître une obligation monétaire (par opposition à la seule évaluation du bien), fût-elle payable autrement. Cette interprétation ne semble toutefois pouvoir prévaloir en l'espèce, dans la mesure où aucune obligation monétaire n'était prévue.

<sup>50</sup> Il n'y avait en effet aucune modification d'une obligation préexistante permettant de retenir la qualification de dation en paiement, dès lors que l'engagement de construire était prévu initialement. La qualification de contrat d'entreprise à forfait n'était pas plus convaincante dès lors qu'elle impliquait de considérer l'obligation de faire comme l'obligation principale, et le transfert de propriété comme la contrepartie. Or, compte tenu de la

**506.** La question se pose par ailleurs de la qualification d'un contrat aux termes duquel l'une des parties s'oblige d'une part à payer une certaine somme, d'autre part, à livrer une autre chose ou à fournir une prestation.

**§ 2 – L'exclusion de la qualification de vente en cas d'adjonction à la contrepartie monétaire d'une contrepartie non monétaire**

**507.** La doctrine considère généralement que les contrats dans lesquels pèsent d'autres obligations que le seul paiement du prix sur « l'acheteur », c'est-à-dire sur le débiteur d'une obligation monétaire, doivent recevoir une qualification unitaire<sup>51</sup>. L'intention des parties n'aurait pas été de faire deux contrats, de telle sorte que l'on ne pourrait diviser la convention des parties sans méconnaître leur volonté<sup>52</sup>. En application de la règle *accessorium sequitur principale*, l'obligation de payer la soulte ou de livrer le bien échangé deviendraient, en fonction de leur importance respective, une obligation principale et une obligation accessoire, soumise au régime de l'obligation principale<sup>53</sup>. Similairement, le contrat dans lequel « l'acheteur » serait en outre tenu d'une obligation de faire devrait être qualifié, en fonction de l'importance respective du prix et de l'obligation de faire, de vente ou de contrat innomé<sup>54</sup>. Cette solution n'est toutefois pas certaine. On a fait valoir que l'indivisibilité n'impliquait pas nécessairement que soit appliqué au contrat prévoyant des obligations indivisibles une qualification unique<sup>55</sup>. L'indivisibilité signifierait que les différents éléments sont nécessaires

---

qualification de vente adoptée par les parties, on peut penser que le transfert de propriété était bien l'obligation principale, l'objet du contrat, et que la prestation n'était que le « prix ».

<sup>51</sup> JOSSERAND (L.), *op. cit.*, n° 1174, p. 694 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET SAIGNAT (L.), *op. cit.*, n° 974, p. 851 ; GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. cit.*, n° 40, p. 38 ; v. également MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 3, 2<sup>ème</sup> vol., *Principaux contrats*, 6<sup>ème</sup> éd., 1984, par M. DE JUGLART, n° 1036, p. 358, qui critiquent un arrêt de la Cour de cassation ayant admis une qualification mixte dans la mesure où il aurait scindé en deux un contrat indivisible.

<sup>52</sup> BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET SAIGNAT (L.), *op. cit.*, n° 974, p. 851.

<sup>53</sup> V. les auteurs cités supra note n° 51 ; adde DURANTON (A.), *op. cit.*, t 16, n° 118, p. 153 ; AUBRY (C.) et RAU (G.), *op. cit.*, n° 349, p. 336 ; GUILLOUARD (L.), *Traité de la vente et de l'échange*, *op. cit.*, n° 95, p. 108 ; HUC (T.), *op. cit.*, t. 10, n° 34, p. 55 ; PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., t. 2, 1902, n° 1662, p. 518 ; MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 213, p. 208 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 803, p. 452 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 596, p. 484 ; v. également HUET (J.), *op. cit.*, n° 12004, p. 667.

<sup>54</sup> GUILLOUARD (L.), *op. et loc. cit.* ; HUC (T.), *op. et loc. cit.* ; AUBRY (C.) et RAU (G.), *op. et loc. cit.* ; DURANTON (A.), *op. et loc. cit.* On relèvera par ailleurs qu'aucun des auteurs prônant l'application de la règle *accessorium sequitur principale* lorsque sont prévus un prix et l'obligation de donner un autre bien ne s'oppose à l'application de cette règle lorsque l'acheteur doit fournir une prestation.

<sup>55</sup> GOUBEAUX (G.), thèse préc., n° 141, p. 211 ; TERRE (F.), thèse préc., n° 482, p. 388 ; SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. M. Cabrillac, Bibl. dr. entrep., Litec, 1999, n° 221s., p. 255s., spéc. n° 231, p. 265.



à l'existence du contrat<sup>56</sup>. Les parties n'ont contracté qu'en considération de l'ensemble des éléments prévus, ce qui justifie que la disparition de l'un d'eux entraîne la nullité du contrat<sup>57</sup>. L'indivisibilité n'aurait cependant pas nécessairement d'influence sur la qualification de l'opération<sup>58</sup>. L'existence d'un lien d'indivisibilité imposerait de rechercher si les parties ont entendu construire un ensemble unique<sup>59</sup>. Il n'impliquerait pas nécessairement que les parties ont entendu soumettre cet ensemble à un régime unique, en occultant l'une des obligations issues du contrat<sup>60</sup>. L'importance des différentes obligations pourrait commander l'adoption d'une qualification mixte ou distributive<sup>61</sup>. Aussi l'adoption d'une qualification unique impliquerait-elle en outre de rechercher l'articulation des éléments entre eux<sup>62</sup>. Le contrat ne pourrait ainsi être qualifié de vente, d'échange ou de contrat innomé, que si l'une des obligations est considérée comme l'accessoire de l'autre<sup>63</sup>.

L'accessoire, moyen de qualifier le contrat lorsque est adopté le principe d'une qualification systématiquement unitaire, devient l'élément justifiant l'unité de la qualification si l'on admet que peut prévaloir une qualification distributive.

**508.** A plusieurs reprises, la Cour de cassation a retenu une qualification unique. De nombreux arrêts affirment ainsi que le contrat emportant transfert de propriété d'un bien moyennant, d'une part, l'obligation de payer une somme d'argent et, d'autre part, celle de donner un autre bien, constitue, en fonction des valeurs respectives des deux obligations du débiteur du prix, un échange avec soulte ou une vente<sup>64</sup>. Ainsi, une soulte « *qui dépassait de beaucoup la valeur* » du bien acquis<sup>65</sup>, ou qui constitue « *l'objet principal de l'obligation de l'une des parties* »<sup>66</sup>, interdit la qualification d'échange.

Il n'est toutefois pas possible de déduire de ces arrêts que la qualification doit systématiquement être unitaire.

---

<sup>56</sup> GOUBEAUX (G.), *op. et loc. cit.*

<sup>57</sup> GOUBEAUX (G.), *op. et loc. cit.* ; v. également BOULANGER (J.), Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, *RTD civ.* 1950.1, cité par M. Goubeaux (GOUBEAUX (G.), *op. et loc. cit.*).

<sup>58</sup> GOUBEAUX (G.), thèse préc., n° 141, p. 211.

<sup>59</sup> GOUBEAUX (G.), *op. et loc. cit.*

<sup>60</sup> En ce sens qu'une qualification unique conduit à occulter l'une des obligations prévue par le contrat : GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 97, p. 118.

<sup>61</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 100, p. 122.

<sup>62</sup> GOUBEAUX (G.), thèse préc., n° 141, p. 211.

<sup>63</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 87, p. 106.

<sup>64</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 mars 1977, *Bull. civ.* III, n° 120, p. 93 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 janv. 1991, *Bull. civ.* III, n° 18, p. 11 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 436, p. 317, *D.* 1973, somm. 143, *RTD civ.* 1974.145, obs. LOUSSOUARN (Y.).

<sup>65</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 mars 1977, *Bull. civ.* III, n° 120, p. 93. V. aussi Req. 29 avril 1927, JCP 1927.742 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 janv. 1991, *Bull. civ.* III, n° 18, p. 11

<sup>66</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 436, p. 317.

D'une part en effet, la disproportion manifeste de la soulte et de la valeur des biens échangés permettait, dans tous ces arrêts, de considérer que l'obligation de donner une chose était l'accessoire de l'obligation de payer le prix, que l'on adopte une conception qualitative ou quantitative de la notion d'accessoire<sup>67</sup>. Aussi la qualification des contrats devait-elle être unitaire, alors même que l'on considérerait qu'une qualification mixte peut être adoptée lorsque aucune des obligations ne peut être considérée comme l'accessoire de l'autre.

D'autre part, et en tout état de cause, aucun des moyens formulés dans ces arrêts ne soutenait que la qualification du contrat devait être distributive. Dans tous ces arrêts, les demandeurs au pourvoi reprochaient à la cour d'appel d'avoir écarté la qualification d'échange qu'ils avaient donnée à l'acte, mais sans soutenir que le contrat aurait pu constituer une vente à hauteur de la soulte, et un échange pour le surplus. La Cour de cassation ne peut donc être considérée comme s'étant prononcée sur cette question.

**509.** Elle a au contraire écarté explicitement le 30 octobre 1950 la qualification unitaire<sup>68</sup>. La cour d'appel avait décidé qu'une convention, qualifiée d'échange par les parties, par laquelle une personne avait cédé à un couple marié sous le régime de la communauté d'acquêts des terres moyennant d'autres parcelles de terre, d'une valeur de 20 000 francs, et moyennant une soulte de 70 000 francs, était mêlée de vente et d'échange et que la qualification de vente ne devait pas prévaloir pour le tout. Les immeubles ainsi acquis constituaient en conséquence des acquêts de la communauté au prorata de la soulte. Pour rejeter le pourvoi soutenant que la qualification devait être unitaire, la Cour de cassation rappelle « *qu'il appartient aux juges du fond, en s'inspirant de l'intention des parties et en l'absence de toute interdiction d'ordre public, de restituer leur véritable nature juridique, fût-elle complexe, aux conventions dont l'interprétation leur est soumise, sans être liés par la qualification donnée à l'acte* ». La cour d'appel, ayant constaté que la convention était mêlée d'échange et de vente, pouvait adopter une qualification mixte.

**510.** En l'absence d'arrêt remettant directement en cause cette solution<sup>69</sup>, il semble que le contrat aux termes duquel l'une des parties s'engage à céder à un bien moyennant, d'une part,

---

<sup>67</sup> Sur cette distinction, v. infra n° 511.

<sup>68</sup> Civ., 30 oct. 1950, *Bull. civ. I*, n° 208, p. 158, *JCP* 1951.II. 6016, note RAYNAUD (P.), *D.* 1950.753, note LEONAN (R.).

<sup>69</sup> Un arrêt du 6 mars 1962 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1962, *JCP* 1962.II.12838, note VOIRIN (P.)) est parfois considéré comme revenant sur cette solution. (En ce sens : MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 3, 2<sup>ème</sup> vol., *Principaux contrats*, 6<sup>ème</sup> éd., 1984, par M. DE JUGLART, n° 1036, p. 358). Cet arrêt juge que l'article 1407 du Code civil, relatif à la qualification d'un bien acquis en échange d'un bien propre à l'un des époux et d'une

paiement d'une somme d'argent, d'autre part exécution d'une obligation autre, puisse parfois recevoir une qualification mixte de vente et d'échange, ou de vente et de contrat innomé.

La solution peut d'ailleurs être justifiée par les considérations qui conduisent certains auteurs à se prononcer en faveur d'une qualification unitaire. Le souci de respecter l'intention des parties, sur lequel est fondé le rejet d'une qualification mixte, commande d'adopter une telle qualification si les parties n'ont pas considéré l'une des obligations comme l'accessoire de l'autre.

**511.** La possibilité d'une qualification mixte ne conduit toutefois pas à rejeter toute qualification unitaire lorsque l'une des obligations constitue l'accessoire de l'autre<sup>70</sup>. Que l'on admette ou non la possibilité d'une qualification mixte, la question de la notion d'obligations accessoire et principale se pose alors : doit-elle s'apprécier quantitativement – l'obligation principale est alors celle dont l'objet a la valeur la plus élevée – ou qualitativement – elle est alors celle que les parties ont considérée comme l'obligation principale ?

Cette question ne soulève pas de difficulté majeure lorsqu'il existe une grande différence entre le montant de la soulte et la valeur du bien apporté en échange ou du service fourni. La comparaison des valeurs est alors un indice certain, voire « à peu près infaillible », du rôle assigné par les parties aux éléments de leur convention<sup>71</sup>. L'obligation principale est celle dont la valeur est la plus importante et la prise en compte des définitions quantitative et qualitative de la notion d'accessoire – réciproquement exprimées par les adages *major pars trahit ad se minorem*, et *accessorium sequitur principale* - aboutit au même résultat<sup>72</sup>. Il n'est dès lors pas nécessaire, pour déterminer l'obligation principale, de se prononcer précisément en faveur du critère quantitatif ou qualitatif, la seule référence à la disproportion entre les objets de l'obligation justifiant l'adoption de l'une ou l'autre qualification.

---

soulte, « *s'il ne distingue pas selon l'importance de la soulte qu'il prévoit, comporte néanmoins une limite qui tient à la notion même d'échange ; qu'il demeure sans application lorsque la somme payable à titre de soulte est notablement supérieure à la valeur du bien propre transmis ; qu'en pareil cas, le bien constitue un acquêt sauf récompense par la communauté* ». Il semble donc ressortir des termes de l'attendu qu'une qualification unique doit être retenue pour l'application des dispositions de l'article 1407 du Code civil. Le pourvoi ne soulevait toutefois pas la question de l'application d'une qualification mixte, de telle sorte qu'il est difficile d'en déduire l'abandon par la Cour de cassation de la solution adoptée dans l'arrêt du 30 octobre 1950. On relèvera par ailleurs que l'article 1407 du Code civil prévoit désormais qu'une qualification unique doit être adoptée, et enlève toute pertinence à l'arrêt du 30 octobre 1950 en ce qu'il se prononce sur l'application de l'article 1407 du Code civil. Le principe de l'admission d'une qualification mixte semble ainsi pouvoir être retenu, en l'absence d'arrêt l'écartant explicitement.

<sup>70</sup> Les auteurs qui admettent qu'une qualification mixte peut être retenue ne le contestent pas.

<sup>71</sup> GOUBEAUX (G.), thèse préc., n° 339, p. 466.

<sup>72</sup> V. sur ces définitions, GOUBEAUX (G.), thèse préc., spéc. n° 8s., p. 19s. et n° 329s., p. 452s.

La détermination du caractère accessoire soulève plus de difficultés dès que sont envisagés des contrats dans lesquels la valeur du bien ou du service et le montant de la soulte sont proches. L'application des critères quantitatif et qualitatif n'aboutit alors pas nécessairement au même résultat. L'application stricte du critère quantitatif conduit ainsi par exemple à qualifier le contrat de vente si la soulte dépasse d'un seul centime la valeur du bien, et d'échange dans le cas contraire<sup>73</sup>. Si elle ne prend pas en compte l'éventuelle volonté des parties, cette méthode permet d'éviter l'arbitraire inhérent à la recherche d'une telle volonté<sup>74</sup>. Au rebours d'un arrêt ancien qui semble avoir adopté un critère quantitatif<sup>75</sup>, les termes employés par les arrêts plus récents marque cependant la volonté de la jurisprudence de « *ne pas s'emprisonner dans des limites trop strictes* »<sup>76</sup>. Ainsi que l'a écrit Monsieur Terré, « *c'est donc moins à un calcul purement arithmétique qu'à un examen des proportions que se livre la jurisprudence* »<sup>77</sup>. Le rapport ne doit alors pas être apprécié strictement sur des bases quantitatives, mais plus qualitativement<sup>78</sup>.

**512.** Il apparaît ainsi finalement que les contrats mettant à la charge de « l'acheteur » le paiement d'un prix et l'exécution d'une obligation de donner un bien ou d'exécuter une prestation ne peuvent recevoir la qualification de vente dès lors que l'obligation monétaire constitue l'accessoire de l'obligation non monétaire. A tout le moins, ils doivent recevoir une qualification mixte dès lors que les deux obligations sont d'importances qualitatives équivalentes.

Les différentes clauses permettant l'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux exposent alors les contrats à un risque de requalification.

---

<sup>73</sup> GOUBEAUX (G.), thèse préc., n° 339, p. 467.

<sup>74</sup> GOUBEAUX (G.), thèse préc., n° 343, p. 470.

<sup>75</sup> Un arrêt du 19 nivôse an 13 (Civ., 19 niv. an 13, *Rép., Echanges*, p. 515, note 1) a approuvé les juges du fond d'avoir estimé qu'il n'y a pas échange mais vente lorsque le montant de la soulte versée excède celle du bien apporté en échange par le même contractant. Cette formule implique donc l'adoption du critère quantitatif. Il convient toutefois de noter que, dans cette espèce, le montant de la soulte surpassait de beaucoup la valeur des biens échangés.

<sup>76</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 102, p. 100.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> V. notamment en ce sens : GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *op. cit.*, n° 40, p. 39 ; TERRE (F.), thèse préc., n° 102, p. 100 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, op. cit.*, n° 272, p. 206 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *op. cit.*, 6<sup>ème</sup> éd., n° 1036, p. 358 ; PLANIOL (M.), *op. cit.*, n° 1662, p. 518 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 87, p. 106 ; GOUBEAUX (G.), thèse préc., n° 139, p. 210. Certains de ces auteurs critiquent toutefois cette solution (V. notamment GOUBEAUX (G.), thèse préc., n° 140, p. 210 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. et loc. cit.*).

**SECTION 2 : L'ATTEINTE PORTEE PAR LES CLAUSES D'ADAPTATION DU PRIX ET DE LA VALEUR D'ECHANGE AU CARACTERE MONETAIRE DE LA CONTREPARTIE**

**513.** L'adjonction à l'obligation monétaire d'une autre contrepartie (§ 1), et la suppression de l'obligation monétaire (§ 2), interdisent dans un certain nombre de cas de retenir la qualification de vente.

**§ 1 – L'atteinte portée au caractère monétaire du prix par l'adjonction d'une autre contrepartie**

**514.** Les obligations qui pèsent sur l'acquéreur des droits sociaux, autres que le paiement d'une somme d'argent au vendeur, ne constituent pas un prix (A). Aussi les opérations dans lesquelles l'acquéreur assume de telles obligations ne peuvent-elles être qualifiées de vente lorsque l'obligation non monétaire constitue l'obligation principale de l'acquéreur (B).

**A – La nature des obligations pesant sur l'acquéreur autres que le paiement d'une somme d'argent au vendeur**

**515.** Le prix étant une somme d'argent, il ne fait guère de doute que les obligations non monétaires qui pèsent sur l'acquéreur ne peuvent recevoir la qualification de prix.

**516.** Les contrats de cession de droits sociaux ne font cependant pas uniquement peser sur l'acquéreur, en sus du paiement d'une somme d'argent au vendeur, des obligations non monétaires. De nombreuses conventions mettent ainsi à la charge de l'acquéreur l'obligation de payer des sommes d'argent à un tiers<sup>79</sup>. Tel est le cas lorsque l'acquéreur a repris les cautionnements souscrits par le vendeur, lorsqu'il s'engage à lui rembourser un compte-courant d'associé ou à assumer le passif de la société. La question se pose alors de la qualification que doivent recevoir de telles obligations au regard de l'exigence d'un prix monétaire. Si la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le prix de vente était la somme due par l'acquéreur<sup>80</sup>, aucun arrêt ne juge qu'elle est également la somme reçue par le vendeur. Elle a par ailleurs jugé qu'il importe peu, en cas de pluralité de vendeurs, que soit déterminée la somme revenant à chacun pourvu que le prix dû par l'acquéreur le soit<sup>81</sup>. Il

---

<sup>79</sup> V. sur ces obligations supra n° 169.

<sup>80</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1981, *Bull. civ.* III, n° 56, p. 42, *D.* 1981, I.R., p. 442, obs. LARROUMET (C.).

<sup>81</sup> V. par exemple Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 mars 1986, *Bull. civ.* III, n° 36, p. 27 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 juil. 1983, *Bull. civ.* III, n° 162.

pourrait être déduit de ces arrêts que le prix de vente n'est pas la somme reçue par le vendeur, mais celle due par l'acquéreur. Constituerait ainsi une partie du prix les sommes dues par l'acquéreur à un tiers.

Une telle analyse est toutefois exclue dans les cas, les plus fréquents en pratique<sup>82</sup>, où le bénéficiaire du paiement n'est pas partie au contrat de cession.

**517.** Ne peuvent ainsi être considérées comme un prix les sommes payées par le cessionnaire aux créanciers de la société.

Ainsi que l'a jugé la Cour de cassation<sup>83</sup>, la clause aux termes de laquelle le cessionnaire s'engage vis-à-vis du cédant à payer les dettes de la société envers les créanciers privilégiés peut être qualifiée, à l'instar des clauses de garantie dont un créancier est bénéficiaire<sup>84</sup>, de stipulation pour autrui<sup>85</sup>. Dans ce cas, le cédant obtient bien que le cessionnaire s'engage à payer à un tiers une somme d'argent. Le cédant est alors le stipulant et le cessionnaire le promettant. Les créanciers sociaux d'une part, la société d'autre part, en sont les tiers bénéficiaires. Et aucun élément ne permet d'exclure la qualification de stipulation pour autrui au motif que le versement profite directement ou indirectement à deux personnes. Les conditions de validité d'une stipulation pour autrui semblent en outre réunies<sup>86</sup>. La volonté du stipulant et du promettant de faire naître un droit au profit d'un tiers résulte de l'engagement pris par le cessionnaire de payer les dettes de la société. Le cédant a intérêt à stipuler en faveur de la société, puisque le paiement des dettes par le cessionnaire permet d'augmenter la valeur des parts sociales ou actions cédées. L'obligation de payer les dettes de la société s'insère dans une convention conclue entre cédant et cessionnaire qui a pour objet principal la cession des parts sociales ou actions<sup>87</sup>, de telle sorte qu'elle revêt un caractère accessoire. La désignation comme bénéficiaire des créanciers sociaux remplit enfin la condition de

---

<sup>82</sup> En ce sens, v. supra n° 295.

<sup>83</sup> Com., 7 déc. 76, *Bull. civ.* IV, n° 311, p. 260.

<sup>84</sup> Supra n° 299.

<sup>85</sup> La question de la qualification des clauses aux termes desquelles le cessionnaire prend en charge le passif de la société n'a guère fait l'objet de développements doctrinaux. Des éléments de réponse peuvent toutefois être trouvés dans les développements doctrinaux relatifs à la qualification des clauses de garantie de passif. Les deux clauses présentent de nombreuses similitudes, dans la mesure où elles ont pour objet la prise en charge du passif de la société, au moyen de son paiement directement aux créanciers. Aussi les éléments retenus dans les développements qui suivent pour démontrer que la clause de prise en charge du passif par le cessionnaire constitue une stipulation pour autrui résultent-ils de la transposition à cette question des développements relatifs aux clauses de garantie de passif. Nous nous bornons donc à renvoyer aux paragraphes relatifs à la qualification des clauses de garantie de passif (v. infra n° 294s.), et n'indiquerons pas, pour chaque point, qu'il se fonde sur des travaux relatifs aux clauses de garantie de passif et transposés à la question ici traitée.

<sup>86</sup> V. sur ces conditions supra n° 296.

<sup>87</sup> En ce sens, à propos des clauses de garantie de passif : GALIA-BEAUCHESNE (A.), art. préc., p. 41 ; BESSIS (M.-H.), thèse préc., n° 175, p. 163.

déterminabilité. Dans la mesure en effet où les conventions prévoient que le cessionnaire prend en charge le passif de la société à une date antérieure à la cession<sup>88</sup>, les tiers bénéficiaires, à savoir les créanciers, sont déterminables, au jour de la mise en œuvre de la convention, indépendamment de la volonté du promettant. Enfin, l'absence de consentement du bénéficiaire exclut d'autres qualifications, telles que délégation, cession de créance ou substitution de créancier<sup>89</sup>.

Or les sommes versées par l'acquéreur à un tiers en exécution d'une stipulation pour autrui ne peuvent être considérées comme un prix. La somme due par l'acquéreur en exécution d'une telle stipulation n'entre pas dans le patrimoine du vendeur<sup>90</sup>. Celui-ci dispose certes du droit de demander l'exécution du contrat par le promettant<sup>91</sup>, voire la condamnation du promettant à lui verser des dommages et intérêts pour inexécution des obligations qui lui incombent<sup>92</sup>. Il ne pourra en revanche obtenir à son profit l'exécution de l'obligation souscrite par le promettant<sup>93</sup>. Le promettant s'est engagé envers le stipulant à l'exécution d'une prestation au profit d'un tiers<sup>94</sup>, non à lui verser directement une somme d'argent. Il n'est créancier, à l'égard du promettant, que d'une obligation de faire<sup>95</sup>. L'appauvrissement du vendeur n'est pas compensé par le versement d'une somme d'argent équivalente, mais par la créance qu'il détient sur le débiteur de l'obligation de faire. La contrepartie convenue ne réside ainsi pas dans le versement d'une somme d'argent au vendeur, mais dans l'exécution de cette obligation vis à vis du tiers. Le montant des dommages et intérêts que le vendeur pourra obtenir en cas d'inexécution par le promettant de son obligation ne s'élèvera ainsi pas nécessairement au montant de la somme due par l'acquéreur. Il n'y a pas nécessairement équivalence entre le quantum de l'obligation de l'acheteur et la valeur des titres. La valeur attribuée par les parties à cette obligation est certes parfois égale au quantum de l'obligation.

---

<sup>88</sup> Seules en effet les conventions de *earn out* ont pour objet des événements futurs. Le bénéficiaire de la garantie est cependant, dans ces conventions, le cessionnaire (Supra n° 292), de telle sorte que la question de la validité d'une éventuelle stipulation pour autrui ne se pose pas.

<sup>89</sup> Sur ces qualifications et sur la nécessité de l'accord du bénéficiaire : supra n° 295.

<sup>90</sup> En ce sens : TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 498, p. 479, spéc. note n° 1 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 467, p. 385 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 818, p. 431 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 1544, p. 534 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations, préc.*, n° 175, p. 461 ; v. notamment Civ., 16 janv. 1888, *D.P.* 1888.1.77, *S.* 1888.1.121.

<sup>91</sup> V. par exemple Com., 14 déc. 1999, *Bull. civ.* IV, n° 341, p. 222 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 déc. 1998, *Bull. civ.* I, n° 362, p. 249 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juil. 1956, *Bull. civ.* I, n° 306, p. 249.

<sup>92</sup> BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 253, p. 198 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. et loc. cit.* ; LARROUMET (C.), *Droits civil, sous la direction de Christian Larroumet, Les Obligations, le contrat, op. cit.*, n° 815, p. 975 ; Com., 14 mai 1979, *Bull. civ.* IV, n° 153, p. 122, *D.* 1980.157, note LARROUMET (C.).

<sup>93</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 480, p. 393 ; CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 1040, p. 2139.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> LARROUMET (C.), *op. et loc. cit.* ; ROUX (J.-M.), thèse préc., n° 192, p. 233.

Les parties retiennent par exemple un rapport d'échange de 100 entre les droits cédés et la monnaie, qui sera liquidé par l'obligation mise à la charge de l'acquéreur de payer aux créanciers une somme de 100. Les deux quantités peuvent cependant différer. Tel est par exemple le cas si elles conviennent que la dette de 100 sera liquidée par le paiement d'une somme de 150 à un tiers. Une telle différence peut se justifier, par exemple, par l'incertitude qui pèse sur l'obligation de payer la somme en question. Dans cette hypothèse, on voit que l'équivalent des droits sociaux n'est pas la somme de 150, mais l'obligation de payer cette somme à un tiers, que les parties ont valorisée à un montant de 100.

**518.** Ce raisonnement peut être étendu à toutes les clauses qui auraient pour effet de créer un droit au profit d'un tiers, mais ne créeraient pas au profit du cédant un droit direct sur les sommes que l'acquéreur s'est obligé à payer. Dès lors en effet que le cédant ne peut obtenir paiement à son profit des sommes dues par l'acquéreur, l'obligation de payer ces sommes ne peut être considérée comme un prix. L'enrichissement du vendeur ne résulte alors pas de l'entrée dans son patrimoine de la somme en cause. Il résulte de la prise en charge par l'acquéreur de dettes qui pèseraient, sinon, sur le vendeur. L'équivalent voulu par le vendeur n'est pas la somme d'argent, mais l'extinction des dettes ou la disparition du risque de devoir les assumer. En particulier, la contrepartie convenue ne réside pas, lorsque l'acquéreur s'engage à reprendre les cautionnements du vendeur, dans les sommes payées, mais dans la disparition de la dette éventuelle qui pesait sur le vendeur.

Les contrats mettant à la charge des cessionnaires de telles obligations ne peuvent dès lors recevoir la qualification de vente.

**B – La requalification conséquente des contrats mettant à la charge de l'acquéreur des obligations autres que celle de payer une somme d'argent au vendeur**

**519.** En l'absence de tout prix monétaire, fut-il symbolique, la qualification de vente doit être exclue<sup>96</sup>. L'inadaptation de la qualification de vente au contrat aux termes duquel l'une des parties céderait ses titres d'une société moyennant la mise à la charge du cessionnaire de différentes obligations mais sans aucun prix monétaire, soit que les parties n'en aient pas

---

<sup>96</sup> Supra n° 502 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 82, p. 101.



prévu initialement, soit que son montant ait été réduit à zéro par une clause d'adaptation du prix, ne semble dès lors pas poser de problème<sup>97</sup>.

**520.** La solution est moins certaine lorsque les parties ont prévu que l'acheteur resterait en tout état de cause tenu d'un prix symbolique. La stipulation d'un prix symbolique en sus de l'obligation de faire pesant sur le cessionnaire ne tend en effet, dans l'esprit des parties, qu'à conférer à l'acte la qualification de vente. Elle manifeste leur volonté de parvenir au transfert de propriété de l'objet de la vente, avec l'intention de produire tous les effets légaux attachés à ce contrat<sup>98</sup>. Des auteurs en déduisent que la cession de droits sociaux moyennant un prix symbolique demeure une vente, la qualification civile du contrat devant être conforme à celle à laquelle les parties se sont référées<sup>99</sup>. La Cour de cassation a par ailleurs parfois désigné par le terme de vente de tels contrats<sup>100</sup>.

**521.** Cette qualification est cependant susceptible de critiques.

La volonté des parties n'est certes pas sans influence sur les qualifications<sup>101</sup>. Dans les contrats mettant à la charge de l'une des parties plusieurs obligations d'importances quantitatives comparables, elle peut ainsi jouer un rôle dans la détermination de l'obligation principale, qui détermine la qualification applicable, et des obligations accessoires<sup>102</sup>. La volonté ne saurait toutefois, lorsque la disproportion entre les obligations est trop importante, et *a fortiori* lorsque l'un des éléments est quasiment inexistant, se substituer à cet élément<sup>103</sup>. Il est en effet nécessaire de reconnaître aux classifications préétablies une certaine rigidité et de limiter l'action déformatrice des volontés individuelles<sup>104</sup>. La solution contraire priverait ces classifications d'une grande partie de leur intérêt pratique, qui est de permettre de déterminer le régime applicable à une situation précisément sans avoir à rechercher quelle a été l'intention des parties. Aussi la qualification impliquant la présence d'un élément

---

<sup>97</sup> Elle ne fait ainsi l'objet d'aucune étude doctrinale.

<sup>98</sup> Supra n° 169.

<sup>99</sup> En ce sens : MOUSSA (T.), thèse préc., n° 661, p. 654. V. notamment FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 12, p. 55, qui envisage notamment, parmi les ventes à prix symbolique, les contrats dans lesquels pèsent sur l'acquéreur des obligations de faire.

<sup>100</sup> V. par exemple Civ. 3ème, 3 mars 1993, *Bull. civ.* III, n° 28, p. 18, préc. ; Civ. 1ère, 17 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 33, p. 23, *D.* 1995.401, note MARTIN (D.), *JCP* 1995.I.3869, n° 12, obs. SIMLER (P.), *RTD civ.* 1995.914, obs. GAUTIER (P.-Y.), *Bull. Joly* 1995, § 229, obs. COURET (A.) ; Civ. 1ère, 12 déc. 1984, *Gaz. Pal.* 1985.2, pan. 143. Les moyens ne portaient toutefois pas, dans ces arrêts, sur la qualification du contrat.

<sup>101</sup> V. globalement sur la question : TERRE (F.), thèse préc. ; V. également GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 90s., p. 110s.

<sup>102</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 93, p. 115.

<sup>103</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 93, p. 116.

<sup>104</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 92, p. 114.

inexistant, ou présent dans une proportion telle qu'il doit être considéré comme inexistant, doit-elle être écartée<sup>105</sup>.

La stipulation d'un prix symbolique ne saurait dès lors permettre de qualifier de vente la cession des droits sociaux dans laquelle l'acquéreur assume d'autres obligations<sup>106</sup>. Le prix symbolique, parce qu'il n'est qu'un symbole, est inexistant au regard de l'exigence d'un prix sérieux<sup>107</sup>. Il manifeste la volonté des parties de soumettre le contrat au régime de la vente, mais ne compense pas, à leurs yeux, l'appauvrissement résultant pour le cédant de la cession des droits sociaux. Il ne peut dès lors être considéré comme un prix, c'est-à-dire comme une somme d'argent versée en contrepartie de la cession des droits. Si, formellement, tous les éléments permettant la qualification de vente sont présents, le lien entre les différents éléments, c'est-à-dire la structure de la qualification de vente<sup>108</sup>, fait défaut. Or la qualification de vente ne peut être retenue que si le prix constitue la contrepartie du transfert de propriété de la chose<sup>109</sup>. Aussi la qualification de vente doit-elle être exclue.

C'est d'ailleurs la position adoptée par la Cour de cassation dans les arrêts dans lesquels elle a eu à statuer sur la question de la qualification de contrat emportant cession d'un bien en contrepartie de différentes obligations de faire et d'un prix symbolique<sup>110</sup>. Après avoir rappelé que le prix de vente consistait dans la somme d'argent que l'acquéreur s'oblige à payer au vendeur, elle a jugé que l'obligation contractée par l'acquéreur d'un terrain d'y établir un centre équestre ne constituait pas un prix et a en conséquence écarté l'application des règles relatives au privilège du vendeur<sup>111</sup>. Elle a de même écarté la qualification de vente dans une espèce où la nue-propriété d'un immeuble avait été vendue pour le prix d'un franc, l'acquéreur s'engageant en outre à effectuer toutes les réparations actuelles et futures<sup>112</sup>.

<sup>105</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 93, p. 116.

<sup>106</sup> GARRIGUES (B.), art. préc., p. 461 ; JOUARY (P.), thèse préc., n° 498, p. 452.

<sup>107</sup> THIOYE (M.), thèse préc., n° 659, p. 653.

<sup>108</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 361, p. 315s., et spécialement n° 362, p. 316.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> Les arrêts précités admettant la validité de tels contrats ne se prononcent en revanche pas sur la question de leur qualification.

<sup>111</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1981, *Bull. civ.* III, n° 56, *D.* 1981, I.R., p. 442, obs. LARROUMET (C.). En ce sens que la question posée à la Cour de cassation était bien une question de qualification : LARROUMET (C.), obs. préc. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1981, *D.* 1981, I.R., p. 442.

<sup>112</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 oct. 1967, *Bull. civ.* I, n° 292. La Cour de cassation a par ailleurs estimé, dans l'arrêt du 28 septembre 2004 précité (Supra n° 478) que ne constituait pas une vente la cession d'éléments de l'actif d'une société en liquidation moyennant un prix de cinq francs et l'engagement de reprendre certains contrats de travail. Elle s'est toutefois fondée, pour statuer en ce sens, sur le fait que l'engagement de reprendre les contrats de travail ne pouvait constituer la contrepartie des actifs, et non sur le fait que la convention prévoyant une telle contrepartie ne pouvait constituer une vente. La solution résulte ainsi de ce que l'opération avait pour seul prix la somme de cinq francs, qui ne constituait pas un prix réel.

**522.** Plus largement, l'opération ne devrait pouvoir être qualifiée de vente, à tout le moins dans son ensemble, lorsque les obligations de faire qui pèsent sur l'acquéreur ne peuvent plus être considérées comme l'accessoire de l'obligation monétaire.

En l'état du droit positif<sup>113</sup>, l'opération semble devoir recevoir une qualification mixte lorsque les deux obligations sont jugées d'importance égale.

La qualification de vente doit en outre être écartée pour le tout dès que l'obligation monétaire peut être considérée comme l'accessoire des obligations de faire, soit que le prix soit devenu dérisoire du fait de son adaptation, soit même que, non dérisoire, son montant ne permette pas de le considérer comme une obligation principale<sup>114</sup>. Dès lors qu'est écartée la qualification de vente se pose la question de la catégorie à laquelle doivent être rattachés les contrats aux termes desquels le cessionnaire des droits sociaux contracte vis-à-vis du cédant différentes obligations de faire. La qualification d'échange ne semble pas devoir être retenue, dans la mesure où l'échange suppose que chaque partie transfère à l'autre la propriété d'une chose<sup>115</sup>. N'étant réductible à aucune catégorie préexistante, la cession de droits sociaux consentie moyennant l'engagement pris par le cessionnaire d'exécuter une ou des obligations de faire constitue un contrat innomé<sup>116</sup>.

**523.** L'adoption par les parties de mécanismes d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux entraîne donc finalement, lorsque les obligations de faire ne peuvent plus être considérées comme l'accessoire de l'obligation monétaire, la requalification totale ou partielle du contrat de vente en contrat innomé.

## **§ 2 – L'atteinte portée au caractère monétaire du prix par la suppression d'une contrepartie monétaire réelle et sérieuse**

**524.** En l'absence d'intention libérale des parties l'opération de cession de droits sociaux sans valeur vénale et moyennant un prix non significatif semble devoir être qualifiée, si l'on admet sa validité, de contrat à titre onéreux<sup>117</sup>.

La question de la nature exacte de ce contrat se pose alors.

---

<sup>113</sup> Supra n° 510.

<sup>114</sup> Sur le fait que la qualification est déterminée en occultant les obligations accessoires, GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 75, p. 97.

<sup>115</sup> GARRIGUES (B.), art. préc., p. 461

<sup>116</sup> GARRIGUES (B.), art. préc., p. 462 ; JOUARY (P.), thèse préc., n° 498, p. 452.

<sup>117</sup> Supra n° 482.

**525.** On a parfois soutenu que les cessions de droits sociaux à prix nul ou négatif demeurerait une vente<sup>118</sup>.

Pour les raisons déjà évoquées<sup>119</sup>, cette opinion ne saurait, en l'absence de tout prix, prévaloir. Le prix est en effet un élément indispensable pour qualifier une opération de vente<sup>120</sup>. Aussi son absence entraîne-t-elle disqualification de l'opération<sup>121</sup>.

La cession ne semble alors pouvoir être considérée que comme un contrat innomé<sup>122</sup>. Aucune des qualifications des contrats nommés ne semble en effet pouvoir s'appliquer au contrat par lequel une personne s'engage à transférer à une autre, sans contrepartie matérielle, la propriété de droits sociaux et, le cas échéant, à verser au bénéficiaire du transfert une indemnité compensant les charges que va entraîner ce transfert de propriété. Non seulement, l'absence de contrepartie nettement due exclut les qualifications de vente ou d'échange, mais l'on peut également se demander si la prestation principale réside dans le transfert de propriété des titres, spécialement dans les cas où la reprise de l'entreprise implique pour son cessionnaire l'obligation de tenter de redresser la situation afin de soustraire le cédant à une éventuelle action en comblement de passif<sup>123</sup>. Le contrat, qui n'entre dans aucune des qualifications de contrat nommé et échappe aux statuts des contrats spéciaux, ne semble ainsi pouvoir constituer qu'un contrat innomé<sup>124</sup>.

**526.** La qualification de vente ne peut en revanche d'emblée être exclue lorsque le contrat prévoit un prix symbolique.

On peut en effet faire valoir que les parties ont manifesté leur volonté de qualifier leur contrat de vente, et de lui faire produire tous les effets attachés à cette obligation, et en déduire que la qualification doit être conforme à celle donnée par les parties<sup>125</sup>. L'argument est ici plus

---

<sup>118</sup> DENECKER (J.), art. préc., p. 14

<sup>119</sup> Cf. supra n° 519.

<sup>120</sup> MASSART (T.), fasc. préc., n° 30, p. 14

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> MASSART (T.), fasc. préc., n° 31, p. 14.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> En ce sens qu'un contrat n'entrant dans aucune des qualifications nommées et échappant aux statuts des contrats spéciaux constitue un contrat innomé : MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 19, p. 15., repris par MASSART (T.), fasc. préc., n° 31, p. 14 ; v. également sur la notion de contrat innomé et les conditions de cette qualification, infra n° 622s. Echappant à tout statut des contrats spéciaux, l'opération ne nous semble en revanche, contrairement à ce que propose un auteur (MASSART (T.), *eod. loc.*), pouvoir être considérée comme une opération résultant de la combinaison de plusieurs contrats spéciaux, et qualifiée en conséquence de contrat complexe (sur la définition des contrats complexes, v. par exemple MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 8, p. 8; TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 76, p. 89).

<sup>125</sup> En ce sens FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, art. préc., n° 12, p. 55, qui ne distingue pas, parmi les ventes à prix symbolique, celles dont le prix réel est nul, celles dont le prix réel est négatif, et celles dans lesquelles le cessionnaire des droits est tenu d'obligations de faire.

solide que dans les cas dans lesquels d'autres obligations pèsent sur l'acheteur<sup>126</sup>. L'action déformatrice de la volonté ne tend alors pas à occulter un élément existant, mais uniquement à faire apparaître un élément inexistant. On peut en outre soutenir que l'unité monétaire ne remplace pas le prix, mais le constitue, dans la mesure où la somme se rapproche de la valeur des titres<sup>127</sup>. La qualification de vente semble ainsi être celle que retient la Cour de cassation. L'arrêt précité du 3 janvier 1985<sup>128</sup> casse en effet l'arrêt ayant annulé la cession au visa des articles 1582 et 1592 du Code civil, ce dont il résulte, implicitement mais nécessairement, que les cessions de droits sociaux ayant une valeur nulle moyennant un prix symbolique sont soumises au droit de la vente.

Différents arguments déjà évoqués conduisent toutefois à douter de cette qualification, sur laquelle la Cour de cassation ne s'est pas prononcée explicitement. Le prix, alors même qu'il correspondrait à la valeur des titres, demeure, par hypothèse, symbolique. Il ne constitue pas la contrepartie attendue par le cédant des droits, mais se borne à la représenter. La volonté des parties ne pouvant se substituer à un élément inexistant pour qualifier le contrat<sup>129</sup>, on peut paradoxalement<sup>130</sup> considérer que le prix symbolique ne peut se substituer à un prix réel et sérieux pour la qualification du contrat.

**527.** Les cessions de droits sociaux à un prix nul, négatif, ou symbolique apparaissent ainsi exposées à un risque de requalification en contrats innomés. Ce risque peut apparaître moins lourd de conséquences que le risque d'annulation, dans la mesure où il ne remet pas en cause une opération complexe, et n'impose pas, des années après la cession, de délicates restitutions<sup>131</sup>. Il ne peut pourtant être totalement occulté. Le contenu des contrats innomés n'est en effet en principe pas régi par des dispositions spéciales, mais par le droit commun des contrats<sup>132</sup>. Le risque est alors celui fréquemment associé à l'absence de qualification : celui de l'incertitude quant au contenu exact du contrat<sup>133</sup>. Toutefois, plus que la requalification elle-même, c'est l'incertitude qui peut exister sur la qualification qui paraît embarrassante. Les

---

<sup>126</sup> Sur ce point cf. supra n° 521.

<sup>127</sup> V. en ce sens les références citées supra n° 490.

<sup>128</sup> Supra n° 488.

<sup>129</sup> Supra n° 521.

<sup>130</sup> Il y a en effet quelque paradoxe à admettre qu'un prix d'un montant égal à l'unité monétaire peut constituer un prix sérieux s'il correspond à la valeur de l'objet, mais à exclure cette possibilité précisément lorsque les parties veulent que cette unité monétaire permette de caractériser un prix sérieux.

<sup>131</sup> V. sur la question des restitutions, supra n° 226.

<sup>132</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 61, p. 72 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 112s., p. 137s. ; v. également infra n° 626.

<sup>133</sup> En ce sens, v. par exemple FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 89, p. 65 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 129, p. 45.

parties à un contrat innomé peuvent en effet préciser les effets de leur convention<sup>134</sup>. Elles peuvent notamment renvoyer aux dispositions du droit de la vente qui ne seraient pas incompatibles avec le contenu de leur contrat. L'incertitude relative au contenu du contrat innomé peut ainsi être réduite. Elles ne peuvent en revanche limiter l'incertitude relative à la qualification du contrat. Celle-ci dépend en effet du montant du prix, et de l'importance d'éventuelles obligations de faire. Or ces éléments sont partiellement soustraits à la volonté des parties : elles ne connaissent par exemple pas le montant des sommes que le vendeur devra verser à l'acheteur en exécution d'une garantie de passif. Certes, ce montant est d'abord déterminé par les termes de la clause de garantie de passif. Les intérêts divergents des parties les conduisent toutefois fréquemment à prévoir que les montants dus varieront en fonction du montant des sommes garanties. Une incertitude subsiste ainsi souvent sur le contenu exact des obligations réciproques, et, en conséquence, sur la qualification du contrat.

#### **CONCLUSION DU CHAPITRE**

**528.** Les stipulations tendant à l'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux exposent le contrat à un risque de requalification. Les modifications du montant du prix, et l'adjonction de différentes obligations de faire à celle de payer une somme d'argent au cédant, réduisent le rôle de l'obligation monétaire. Elle peut ainsi soit devenir une obligation simplement accessoire, soit disparaître. La cession de droits sociaux ne peut dès lors plus recevoir la qualification de vente. Elle constitue un contrat innomé, en particulier dans les cas dans lesquels la seule contrepartie réside dans un prix symbolique.

---

<sup>134</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 115, p. 141

## CONCLUSION DU SOUS-TITRE ET DU TITRE

**529.** En l'état actuel du droit positif, la fixation du prix dans les cessions de droits sociaux soumet les parties à une alternative, dont aucune des branches n'est pleinement satisfaisante. Afin de se conformer aux exigences d'un prix déterminable, sérieux, et monétaire, elles peuvent convenir dès la conclusion du contrat de cession d'un prix dont le montant est définitivement fixé. En raison de la difficulté qu'il y a généralement à connaître la situation exacte de la société au jour de la cession, ce prix risque cependant de ne pas correspondre à la valeur d'échange que les parties auraient attribué aux droits si elles en avaient reporté l'évaluation. La valeur d'échange des droits au jour de la cession peut en outre être affectée *a posteriori* par des éléments révélés après la conclusion de la cession, mais qui trouvent leur origine antérieurement à celle-ci.

Les mécanismes auxquels les parties recourent pour retarder la fixation du prix des droits sociaux, et adapter ainsi le prix et la valeur d'échange des droits, ne sont cependant fréquemment guère plus satisfaisants. Ils exposent l'opération à un risque d'annulation, soit que le prix ne soit pas suffisamment déterminable, soit, plus rarement, qu'il ne soit pas suffisamment sérieux. Ils imposent en tout état de cause dans de nombreux cas la requalification de la cession en contrat innomé.

**530.** La gravité de ces risques ne doit pas être exagérée. Ceux-ci n'empêchent pas la conclusion de cession de droits sociaux et n'affectent pas toutes les opérations. Ils font cependant peser une certaine incertitude sur la validité et le régime des contrats conclus. La possibilité d'invoquer la nullité de la cession offre en particulier au contractant de mauvaise foi déçu par les termes du contrat, auquel il avait pourtant consenti en connaissance de cause, un moyen d'échapper à ses obligations ou d'en différer l'exécution.

Les exigences du droit de la vente n'apparaissent ainsi pas en adéquation avec la volonté des parties d'adapter le prix à la valeur d'échange des droits sociaux.

## CONCLUSION DE LA PARTIE

**531.** Les parties à une cession de droits sociaux sont finalement confrontées, selon les objectifs qu'elles poursuivent, à deux types de difficultés différents.

En premier lieu, la prohibition des clauses léonines rend incertaine la validité des conventions qui, en fixant à l'avance les modalités de restitution des parts sociales ou actions, permettent au cessionnaire de ne pas courir les risques de pertes ou le prive des chances de gain. Elles imposent ainsi aux parties à une promesse d'achat ou de vente de droits sociaux d'adapter le prix à la valeur d'échange des droits sociaux.

En deuxième lieu, les règles relatives au prix de vente limitent les possibilités dont disposent cédant et cessionnaire pour adapter le prix et la valeur d'échange des droits sociaux. Les exigences d'un prix sérieux, monétaire, et déterminé, limitent les possibilités dont disposent les parties de reporter la fixation définitive du prix à une date à laquelle elles seront en mesure d'évaluer les droits sociaux.

**532.** Là encore, il n'est pas question de soutenir que toute cession est impossible, sauf au prix de risques qu'il serait difficile d'assumer. Néanmoins, le nombre relativement important d'arrêts dans lesquels se posaient des questions relatives au prix des droits sociaux, les critiques que l'on peut formuler à l'encontre de certaines solutions, les incertitudes engendrées par d'autres, permettent de conclure à une certaine imperfection du droit positif en la matière ou, à tout le moins, à une certaine inadéquation du droit à la pratique.

**533.** Il convient dès lors de réfléchir aux modifications que l'on pourrait apporter au droit positif.





## SECONDE PARTIE

### L'EVOLUTION SOUHAITABLE DU DROIT POSITIF : L'EVICION SELECTIVE DU DROIT DE LA VENTE ET DE LA PROHIBITION DES CLAUSES LEONINES

**534.** A lui seul, le constat de l'inadéquation du droit positif ne permet pas de justifier la modification des règles applicables. Certains comportements ou certaines clauses doivent rester prohibés, sans que les difficultés pratiques que soulève la prohibition ne justifient la remise en cause du droit. Toutefois, si le droit ne doit pas s'adapter systématiquement au fait, toute adaptation destinée à résoudre des difficultés soulevées par l'application de certaines règles ne doit pas être rejetée<sup>1</sup>. La modification du droit apparaît en particulier justifiée lorsqu'elle est pratiquement opportune, fondée en droit et lorsque les inconvénients qu'elle ne peut manquer de soulever n'excèdent pas ceux liés à l'application des règles inadéquates. Les difficultés soulevées par l'application du droit de la vente d'une part, de la prohibition des clauses léonines d'autre part, justifient alors la soumission des cessions de droits sociaux à un régime différent, sous réserve toutefois que ce régime n'engendre pas plus de difficultés que celles existantes.

**535.** De prime abord, différentes solutions semblent pouvoir être proposées.

Afin de résoudre les problèmes pratiques soulevés par le régime actuel des cessions de droits sociaux, il pourrait être envisagé de modifier le régime de la vente. Une partie de la doctrine propose ainsi d'admettre que la fixation du prix soit confiée à l'une des parties<sup>2</sup>. Plus globalement, on pourrait envisager d'assouplir de manière générale l'ensemble des règles relatives au prix de vente en admettant, par exemple, le contrat sans prix déterminé ou déterminable<sup>3</sup>. Le régime de la prohibition des clauses léonines pourrait de même être modifié. La vocation aux résultats deviendrait, par exemple, supplétive.

Une deuxième approche pourrait consister à remettre en cause empiriquement l'application du droit de la vente ou de la prohibition des clauses léonines aux cessions de droits sociaux. En

---

<sup>1</sup> Supra n° 2018.

<sup>2</sup> MAZEAUD (D.), La matière du contrat, *in* Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p. 81s., spéc. n° 36, p. 98 ; AUBERT DE VINCELLES (C.), Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, *D.* 2006, chr., p. 2629.

<sup>3</sup> V. pour une telle proposition : THIOYE (M.), thèse préc., n° 364s., p. 149s., qui emploie le terme d'«*open price contract*».

d'autres termes, les cessions de droits sociaux, ou certaines d'entre elles, seraient considérées comme exclues du champ d'application du droit de la vente ou de celui de la prohibition des clauses léonines, sans que l'on se soucie de concilier les nouvelles règles ainsi élaborées avec celles applicables dans les situations voisines.

Il est enfin envisageable de rechercher un élément qui, dans les cessions de droits sociaux, justifierait l'éviction systématique du droit de la vente ou de la prohibition des clauses léonines.

**536.** Aucune de ces solutions n'est toutefois exempte de défaut.

L'admission de la fixation unilatérale du prix ne permettrait pas de faire échapper à la nullité les promesses dans lesquelles la détermination du prix nécessite un nouvel accord des parties. L'admission du contrat sans prix laisserait encore entier le problème des contrats ne comportant pas un prix significatif. Elle poserait en outre la question de l'opportunité d'un tel bouleversement des principes qui gouvernent le droit de la vente. La solution de l'ensemble des difficultés engendrées par l'application du droit de la vente aux cessions de droits sociaux supposerait ainsi une modification en profondeur des règles régissant le prix de vente. On peut alors se demander si la volonté de régler ces difficultés justifie la remise en cause générale des exigences de déterminabilité ou de significativité du prix.

L'admission du caractère supplétif de la participation aux pertes et aux bénéfices contredit par ailleurs directement le principe suivant lequel tous les associés ont vocation aux résultats. Or rien ne semble, aujourd'hui, permettre de porter une telle atteinte à la nécessité de la participation aux bénéfices ou aux pertes<sup>4</sup>.

L'approche purement empirique, si elle peut être efficace, se heurte par ailleurs au principe que nous avons adopté, suivant lequel il est préférable, afin de maintenir une certaine cohérence du droit positif, de justifier en droit la création de nouvelles catégories juridiques.

Il semble enfin difficile de déceler un élément justifiant de soustraire l'ensemble des cessions de droits sociaux au droit de la vente. Certaines d'entre elles emportent uniquement transfert des droits que le cédant détient en sa qualité d'associé, c'est-à-dire de créances contre la société, moyennant paiement d'une somme d'argent. Or il n'apparaît dans ce cas pas possible de justifier l'éviction du droit de la vente. La généralité de la prohibition des clauses léonines ne semble par ailleurs pas permettre d'exclure systématiquement de son domaine les

---

<sup>4</sup> Aucun arrêt ni aucun auteur, y compris parmi ceux qui sont partisans d'une distinction entre associés et investisseurs, ne l'envisage.

conventions de cession de droits sociaux, ni même les seules promesses de vente ou d'achat à prix garanti.

**537.** Une solution consistant à écarter de manière sélective l'application du droit de la vente d'une part, de la prohibition des clauses léonines d'autre part, apparaît alors préférable à ces évolutions.

Pour être retenue, une modification du droit positif doit remplir deux séries de conditions. Elle doit d'abord répondre à l'objectif fixé, qui est d'atténuer les difficultés résultant de l'inadéquation de ce droit. Ceci implique que le droit de la vente et la prohibition des clauses léonines puissent être écartés, sinon dans tous les cas où leur application soulève des difficultés, à tout le moins dans un nombre de cas suffisant pour qu'il soit intéressant de modifier le droit positif. Si l'on refuse des solutions purement empiriques<sup>5</sup>, l'absence d'application à certaines cessions de droits sociaux du droit de la vente ou de la prohibition des clauses léonines implique toutefois de rattacher les cessions concernées à d'autres catégories juridiques que celles auxquelles elles appartiennent actuellement<sup>6</sup>. Sauf à priver de toute cohérence les catégorisations établies, il convient dès lors de déterminer des critères qui permettraient, en droit, de rattacher à d'autres catégories les opérations soulevant, en fait, des difficultés. L'évolution proposée doit en outre, pour être adoptée, permettre de substituer aux règles inadéquates des règles plus adaptées aux besoins des parties : il ne serait d'aucune utilité d'écarter l'application du droit de la vente pour soumettre les cessions de droits sociaux à un régime imposant identiquement la détermination du prix.

Or l'éviction sélective du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines peut remplir ces conditions. Elle peut permettre de faire évoluer utilement le droit applicable aux cessions de droits sociaux, sans remettre en cause l'ensemble du droit commun de la vente ou de la prohibition des clauses léonines et sans adopter une solution purement empirique.

Il est en effet possible d'assigner un fondement à ces évictions : le droit de la vente peut efficacement être écarté lorsque le cessionnaire est animé de la volonté de participer, sur un pied d'égalité et dans l'intérêt commun, au succès de l'entreprise commune, à condition toutefois que le cédant connaisse cette volonté. La prohibition des clauses léonines peut, au contraire, être utilement écartée lorsque l'associé qui bénéficie d'une promesse d'achat ou qui

---

<sup>5</sup> Sur ce refus, cf. supra n° 27s.

<sup>6</sup> A défaut en effet, on soumettrait à des régimes distincts des éléments appartenant pourtant à la même catégorie juridique. Ceci reviendrait à remettre en cause l'existence des catégories en question, dans la mesure où elles se caractérisent précisément par l'identité de régime appliqué aux éléments qui la composent (V en ce sens BERGEL (J.-L.), art. préc., spéc. n° 3, p. 258).

s'est engagé à vendre ses droits sociaux n'a jamais été animé de cette volonté, et ne peut en conséquence être considéré comme partie au contrat de société. En d'autres termes, les évictions du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines peuvent être fondées sur l'*affectedio societatis* du cédant ou du cessionnaire des droits sociaux (Titre I).

L'évolution proposée permet en outre de substituer aux règles évincées des règles plus adaptées aux besoins des parties. Elle permet d'assouplir les contraintes pesant sur la fixation du prix des droits sociaux ; elle produit bien les effets escomptés (Titre II)

**Titre I : Le fondement de l'évolution proposée : l'*affectedio societatis* du cédant ou du cessionnaire des droits sociaux**

**Titre II : Les effets de l'évolution proposée : l'assouplissement des contraintes pesant sur la fixation du prix des droits sociaux**

## **TITRE I : LES FONDEMENTS DE L'EVOLUTION PROPOSEE : L'AFFECTIO SOCIETATIS DU CEDANT OU DU CESSIONNAIRE DES DROITS SOCIAUX**

**538.** « *Le critère des classifications réside dans l'absence ou l'existence d'un ou plusieurs éléments unis les uns aux autres selon une certaine structure qui caractérise telle ou telle catégorie* »<sup>1</sup>. Le rattachement de certaines cessions de droits sociaux à d'autres catégories que celles auxquelles elles appartiennent actuellement suppose ainsi de rechercher les variations des éléments ou de la structure de ces contrats qui permettraient de les isoler. Toutes les variations du contenu des contrats ne sont cependant pas également susceptibles de fonder l'éviction du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines. Elles doivent constituer, on l'a dit, des critères de catégorisation à la fois pratiquement et juridiquement efficaces. La qualification d'une situation supposant de déterminer préalablement les éléments concrets qui caractérisent cette situation<sup>2</sup>, il convient d'abord de déterminer les variations du contenu des cessions de droits sociaux qui, pratiquement, pourraient fonder des distinctions entre plusieurs catégories de contrats (Chapitre 1). Parmi ces fondements pratiquement envisageables, il est ensuite possible de sélectionner ceux qui sont juridiquement efficaces, pour déterminer les fondements retenus pour l'évolution proposée (Chapitre 2).

---

<sup>1</sup> BERGEL (J.-L.), art. préc., spéc. n° 3, p. 258

<sup>2</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 12, p. 10.



## CHAPITRE 1 : LES FONDEMENTS PRATIQUEMENT ENVISAGEABLES

**539.** Tous les éléments qui composent le contrat ne peuvent constituer des éléments de distinction entre différents types de cessions de droits sociaux. Il n'est ainsi pas nécessaire de rechercher un critère de distinction parmi les éléments présents dans toute cession<sup>1</sup>. Par hypothèse, ceux-ci ne peuvent justifier une distinction entre plusieurs types de contrats. Par ailleurs, tous les éléments que l'on ne retrouve qu'occasionnellement, et qui constituent donc des fondements factuellement envisageables, ne sont pas susceptibles de fonder une distinction utile au regard des difficultés rencontrées. La plupart des distinctions factuellement envisageables doivent en effet, liminairement, être écartées comme inopérantes (Section liminaire).

Deux éléments se retrouvent alors avec une fréquence suffisante pour que des distinctions fondées sur leur présence ou leur absence présentent un intérêt pratique. Il s'agit, d'une part, de l'*affectio societatis* des parties (Section 1) et, d'autre part, du contrôle de la société cible (Section 2).

### SECTION LIMINAIRE - LES FONDEMENTS PRATIQUEMENT INOPERANTS

**540.** Les facteurs influant sur la qualification d'un acte résident soit dans les éléments de cet acte soit dans sa structure c'est-à-dire dans la manière dont ces éléments sont assemblés<sup>2</sup>. Il ne suffit pas, pour qu'un acte soit qualifié de vente, « *qu'il y ait un objet, un prix, et un transfert de propriété. Encore faut-il que le transfert de propriété porte sur l'objet et que le prix serve de contrepartie à cet objet* »<sup>3</sup>. Ni les éléments de la cession de droits sociaux autres que l'*affectio societatis* des parties ou le contrôle de la société (A), ni la structure du contrat (B), ne peuvent cependant fonder une distinction utile au regard des difficultés rencontrées.

---

<sup>1</sup> V. pour un rappel de ces éléments supra n° 6.

<sup>2</sup> En ce sens que la qualification d'un contrat dépend non seulement de ses éléments, mais également de sa structure : TERRE (F.), thèse préc., n° 10, p. 9 et n° 354, p. 311 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 67, p. 88 ; v. également TERRE (F.), Volonté et qualification, *Arch. philosophie du droit*, 1957, p. 99, spéc. p. 104..

<sup>3</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 362, p. 316.



## **A – Les éléments de la cession de droits sociaux autres que l'*affectio societatis* des parties au contrat ou que le contrôle de la société cible**

**541.** Le contenu du contrat de cession de droits sociaux peut varier, indépendamment même de la présence, chez l'une des parties, de l'*affectio societatis* ou du fait qu'est transféré le contrôle de la société cible<sup>4</sup>. Aucun des éléments que l'on ne retrouve qu'occasionnellement ne permet toutefois d'isoler utilement une catégorie d'opérations. Aucune catégorie n'est susceptible de regrouper une proportion significative des contrats exposés à un risque de nullité. Pour résoudre réellement les difficultés soulevées par l'application du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines, il serait ainsi nécessaire de multiplier les catégories spéciales, en altérant d'autant la lisibilité et l'accessibilité du droit.

**542.** Il est, en particulier, nécessaire d'écarter les approches qui reposeraient sur des distinctions entre des types ou catégories de droits sociaux. Les difficultés que suscitent les cessions de droits sociaux ne sont pas propres aux cessions de tel ou tel type de droits – actions, parts sociales, voire catégories d'actions-, mais se retrouvent en matière de cession d'actions comme de parts sociales. L'adoption d'un critère conduisant à une distinction entre actions et parts sociales, ou entre certaines catégories d'actions ou de parts sociales et les autres droits sociaux, ne résoudrait ainsi aucunement les problèmes posés par ces opérations. L'existence d'un titre négociable matérialisant les droits sociaux, qui ne concerne que les actions<sup>5</sup>, ne peut en particulier fonder une distinction utile au regard des objectifs poursuivis<sup>6</sup>. Pour les mêmes raisons, on écartera une distinction entre des catégories d'actions, c'est-à-dire en fonction des droits que les actions confèrent à leur titulaire<sup>7</sup>, dans la mesure où elle conduirait à exclure *a priori* certains types de droits sociaux du régime que l'on cherche à définir.

On écartera encore comme critère de catégorisation le fait que pèsent sur les associés de sociétés à responsabilité illimitée les obligations de contribuer aux dettes et de participer aux

---

<sup>4</sup> Le paragraphe qui suit ne portant que sur les éléments autres que l'*affectio societatis* et le contrôle de la société cible, nous ne précisons plus, dans la suite de ces développements, que ne sont envisagés que ces éléments.

<sup>5</sup> Les droits des titulaires de parts sociales résultent uniquement des stipulations des statuts (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 1082, p. 463 ; MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 6080, p. 401 ; BERMOND DE VAULX (J.-M.), Les parts sociales privilégiées, art. préc., n° 3, p. 521).

<sup>6</sup> Corrélativement, la question de la nature des droits des titulaires de titres négociables sera écartée. V. sur les questions du transfert de propriété d'instruments financiers, et notamment d'actions : REYGROBELLET (A.), Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés, *RTD com.* 1999.306 ; PRIEUR (J.) ET BIENVENU-PERROT (A.), art. préc..

<sup>7</sup> V. sur les catégories d'actions : JEANTIN (M.), Observations sur la notion de catégorie d'actions, art. préc..

pertes au-delà de leurs apports<sup>8</sup>. Une distinction entre parts sociales de société à responsabilité illimitée et les actions ou parts sociales d'autres sociétés ne présenterait d'intérêt ni au regard du droit de la vente, ni au regard de la prohibition des clauses léonines. La plupart des contrats suscitant des difficultés portent sur des actions ou des parts sociales de SARL. Aussi l'éviction des dispositions inadéquates dans les cessions de parts de sociétés à responsabilité illimitée ne résoudrait-elle aucunement les problèmes résultant de l'application de ces dispositions.

**543.** Peuvent par ailleurs être écartées des distinctions fondées sur l'existence, parmi les éléments transférés, de l'obligation de libérer les apports.

La cession de droits sociaux entraîne certes dans un certain nombre de cas transfert de cette obligation, qui constitue l'obligation fondamentale des associés<sup>9</sup>. Or tous les apports ne sont pas nécessairement libérés lors de la constitution de la société<sup>10</sup>. Une partie des apports en numéraire effectués lors de la constitution d'une SARL ou d'une société anonyme peut ainsi être libérée dans un délai de cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés<sup>11</sup>. Aucun délai n'est par ailleurs imposé aux associés des sociétés en nom collectif pour libérer les apports qu'ils se sont engagés à effectuer<sup>12</sup>. La cession des droits sociaux avant que ne soient libérés ces différents apports fait alors naître à la charge du cessionnaire l'obligation de procéder à cette libération<sup>13</sup>.

Les catégories qui pourraient naître de la prise en compte de l'obligation de libérer les apports ne présenteraient cependant guère d'utilité au regard de l'inadéquation du droit positif. Quoiqu'il ne soit pas possible de réduire systématiquement les cessions de droits sociaux à

---

<sup>8</sup> V. globalement sur ces obligations, GODON (L.), *Les obligations des associés*, préf. Y. Guyon, Economica, 1999, n° 20, p. 22, adde sur les modalités de leur transfert au cessionnaire des droits sociaux : MERLE (P.), *op. cit.*, n° 151, p. 183 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *op. cit.*, n° 1183, p. 132.

<sup>9</sup> GODON (L.), thèse préc., n° 20, p. 22.

<sup>10</sup> Certains le sont cependant. Les articles L. 223-7 et L. 225-3 al. 2 du Code de commerce imposent ainsi la libération des apports en nature lors de la souscription de parts sociales de SARL ou d'actions de société anonyme (GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés*, *op. cit.*, n° 35, p. 70).

<sup>11</sup> Art. L. 225-3 et L. 225-12 du Code de commerce pour les SA ; Art. L. 223-7 du Code de commerce pour les SARL ; adde COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 465, p. 218 et n° 976, p. 416 ; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 614, p. 371 et n° 1190, p. 746.

<sup>12</sup> COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 1094, p. 469 ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 132, p. 164.

<sup>13</sup> Cette création d'obligation est parfois explicitement prévue par la loi. L'article L. 228-28 du Code de commerce précise ainsi que l'actionnaire défaillant, les cessionnaires successifs et les souscripteurs des actions sont tenus solidairement du montant non libéré de l'action pendant deux ans à compter du virement des actions d'un compte à un autre. Il ajoute que celui qui a désintéressé la société dispose d'un recours pour le tout contre les titulaires successifs de l'action, la charge définitive de la dette incombant au dernier d'entre eux. Quoiqu'aucun texte ne le précise, le transfert des parts sociales semble, de même, imposer au cessionnaire l'obligation de compléter les apports (DEREU (Y.), fasc. préc., n° 192, p. 20 ; MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 6031, p. 400 à propos du cessionnaire des parts d'une SARL).

une cession de créance, il apparaît en effet que la très grande majorité des opérations problématiques n'entraîne pas transfert d'obligations. Aussi l'adoption, comme critère de distinction, d'un tel transfert ne pourrait-elle conduire qu'à isoler quelques opérations parmi celles visées. Les autres demeureraient soumises au régime général c'est-à-dire, en l'absence d'autre critère de distinction, à celui de la cession de créance. Pour les mêmes raisons, la présence de l'obligation de libérer les apports parmi les éléments transférés ne semble pas permettre une remise en cause efficace de l'application de la prohibition des clauses léonines. Les promesses à prix déterminé peuvent porter sur des droits sociaux entièrement libérés comme sur des droits sociaux qui ne l'auraient pas été. Isoler les unes ou les autres au sein d'une catégorie soustraite au champ d'application de la prohibition des clauses léonines n'apporterait qu'une réponse partielle aux difficultés rencontrées.

**544.** On peut, enfin, écarter les distinctions fondées sur la nature de la contrepartie. Dans la très grande majorité des cessions de droits sociaux, le transfert de titularité des droits a pour contrepartie principale un prix. La remise en cause de l'application de la prohibition des clauses léonines aux promesses de vente ou d'achat qui comporteraient une contrepartie non monétaire ne présenterait ainsi que peu d'intérêt pratique. Elle ne serait par ailleurs d'aucune utilité au regard de l'objectif d'éviction du droit de la vente, dans la mesure où les contrats ne comportant pas, à titre principal, de contrepartie monétaire, ne constituent déjà pas des ventes en l'état du droit positif<sup>14</sup>.

**545.** Pas plus que les éléments que l'on ne retrouve qu'occasionnellement dans les cessions de droits sociaux, la structure de ces contrats ne peut constituer le fondement de l'éviction du droit de la vente ou de la prohibition des clauses léonines.

## **B – La structure du contrat**

**546.** Cette structure n'est pas toujours identique. Le transfert de titularité des droits peut avoir pour contrepartie soit une obligation de payer une somme d'argent, soit une obligation de faire, soit les deux. L'obligation qui pèse sur le cessionnaire de payer des sommes à un tiers peut revêtir ou non, en fonction de l'intention des parties, un caractère accessoire par rapport à celle de payer un prix. Réciproquement, les obligations pesant sur le cessionnaire peuvent avoir pour contrepartie, outre le transfert des droits sociaux, certaines obligations de

---

<sup>14</sup> Supra n° 513s.

garantie ou, on va le voir, le contrôle de la société. La structure « interne » du contrat, c'est-à-dire le lien entre les droits et obligations issus du contrat, est dès lors nécessairement affectée par la nature des prestations dues par chaque partie. Il arrive par ailleurs que la cession de droits sociaux constitue un élément d'une opération plus vaste. Elle peut alors être liée par un rapport d'indivisibilité avec d'autres actes, ou être l'accessoire d'un acte. Tel est en particulier le cas dans les conventions de portage, dans lesquelles les promesses d'achat et de vente de droits sociaux constituent l'un des éléments de l'opération envisagée par les parties<sup>15</sup>. Sa structure « externe » n'est ainsi pas toujours identique.

Ni les variations de la structure interne de l'acte (1) ni celles de sa structure externe (2) ne peuvent toutefois fonder une remise en cause utile de l'application du droit de la vente ou de la prohibition des clauses léonines.

### 1 - La structure interne du contrat

**547.** Les variations de la structure des engagements respectifs des parties ne peuvent constituer des critères opérants de distinction.

Le présent travail tend notamment à justifier l'éviction du droit de la vente. Or une catégorisation fondée sur la structure de la contrepartie due par l'acquéreur des droits ne permettrait d'écarter ces dispositions que lorsque cette contrepartie n'a pas essentiellement pour objet le versement d'une somme d'argent. De même qu'une distinction fondée sur la nature de cette contrepartie<sup>16</sup>, celle fondée sur sa structure ne présenterait qu'un intérêt limité au regard des objectifs poursuivis. En outre, l'éviction du droit de la vente doit permettre de limiter le risque de requalification d'une cession de droits sociaux pour des motifs tirés de la nature de la contrepartie due par le cessionnaire. En ce qu'elle produirait l'effet inverse, une distinction fondée sur les variations de la structure de la contrepartie due par l'acheteur ne peut qu'être écartée.

De même, la structure des engagements du cédant ne peut constituer un critère opérant de catégorisation. D'une part, dans un grand nombre d'opérations, le cédant s'engage uniquement à transférer la titularité des droits sociaux, de telle sorte qu'aucune distinction ne peut être opérée en fonction de la structure de cette engagement<sup>17</sup>. D'autre part, dans les cas

---

<sup>15</sup> V. la présentation de ces conventions supra n° 47.

<sup>16</sup> Supra n° 544.

<sup>17</sup> On peut certes faire valoir qu'une distinction peut être opérée entre les cas dans lesquels l'engagement du cédant se réduit au transfert de titularité des droits sociaux et les autres cas. Mais la catégorisation n'est alors plus fondée sur la structure de l'engagement du cédant. Elle est fondée sur son contenu.

dans lesquels le cédant souscrit plusieurs obligations, la structure de son engagement ne varie qu'exceptionnellement. Les obligations de garantie sont ainsi en principe toujours accessoires à l'obligation principale que constitue celle de transférer la titularité des droits. Si l'on peut imaginer d'autres cas de figure<sup>18</sup>, ceux-ci demeurent trop peu fréquents pour pouvoir remettre en cause utilement l'application du droit de la vente ou de la prohibition des clauses léonines.

**548.** Enfin, le lien qui unit la prestation globalement due par l'acquéreur des droits et celle globalement due par le cédant ne varie pas indépendamment des éléments qui composent ces prestations. La présence du contrôle parmi les éléments cédés modifie la structure du contrat dans la mesure où le prix payé a alors pour contrepartie, outre les droits sociaux, le contrôle de la société. Mais, envisagées globalement, les prestations fournies par le cédant - transfert des droits sociaux, transfert le cas échéant du contrôle, obligations de garantie- ont toujours pour contrepartie, dans les cessions à titre onéreux de droits sociaux –qui seules nous occupent dans le cadre de la présente recherche<sup>19</sup>-, celles dues par l'acquéreur.

## 2 - La structure externe du contrat

**549.** Les variations de la structure « externe » de l'acte ne peuvent pas davantage constituer un critère opérant de distinction. Il n'est d'abord pas certain que l'insertion d'une cession de droits sociaux dans une opération plus vaste puisse justifier la remise en cause de l'exigence de déterminabilité du prix. En tout état de cause, seul un nombre restreint d'opérations problématiques serait concerné, de telle sorte que le problème resterait, pour les autres, entier.

**550.** Aucun des éléments composant la cession de droits sociaux autres que l'*affectio societatis* de l'une des parties ou que le contrôle de la société cible, non plus qu'aucune variation de la structure du contrat, ne peuvent constituer la base d'une distinction permettant de remettre efficacement en cause l'application du droit de la vente ou de la prohibition des clauses léonines.

Au contraire, l'*affectio societatis* des parties (Section 1) comme le fait que la cession porte sur le contrôle de la société cible (Section 2) pourraient fonder des distinctions opérantes au regard des objectifs poursuivis.

---

<sup>18</sup> Le cas ne peut être totalement exclu, bien qu'il semble qu'il s'agisse d'une hypothèse théorique. On peut en effet envisager qu'un tiers à la cession accepte, en raison des liens qui l'unissent au cédant, de garantir le cessionnaire contre l'apparition de nouveaux passifs, les diminutions d'actifs... L'obligation de garantie ne serait alors pas nécessairement l'accessoire du transfert de titularité des droits sociaux.

<sup>19</sup> Supra n° 39.

## **SECTION 1 – L’AFFECTIO SOCIETATIS DES PARTIES**

**551.** Sauf à ce que son consentement soit vicié ou inexistant, tout acquéreur de droits sociaux est animé par l’*affectio societatis*, dès lors que l’on appréhende cette intention comme la volonté d’être titulaire des parts sociales ou actions. Ainsi définie en effet, l’*affectio societatis* ne se distingue pas du consentement donné par le cessionnaire des droits à la cession. L’intention de s’associer paraît cependant susceptible d’autres approches. Rien ne semble ainsi interdire *a priori* de l’appréhender plus restrictivement et de la définir, par exemple, comme la volonté d’exercer un certain contrôle sur les affaires de la société, ou comme celle de participer à sa gestion. Toutefois, il est alors beaucoup plus contestable qu’elle existe chez tous les associés<sup>20</sup>. Ainsi, la prévalence de ce sentiment dépend étroitement de la définition que l’on en donne. Réciproquement, la définition qu’en retiennent les auteurs est indissociable du champ d’application qu’ils lui assignent. Or ces questions font l’objet d’importantes controverses. Aussi convient-il de préciser la notion d’*affectio societatis* (§ 1), avant d’envisager les distinctions que sa présence ou son absence peut permettre d’opérer (§ 2).

### **§ 1 – La notion d’*affectio societatis***

**552.** Il est nécessaire, pour définir la notion d’*affectio societatis* (B), de présenter préalablement les controverses dont elle fait l’objet (A).

#### **A – Les controverses relatives à la notion d’*affectio societatis***

**553.** L’exigence de l’intention de s’associer, quoique évoquée par Domat<sup>21</sup>, Pothier<sup>22</sup> ou Treilhard au cours des travaux préparatoires du Code civil<sup>23</sup>, n’apparaît pas dans la définition de la société retenue par l’article 1832 du Code civil<sup>24</sup>. L’exigence semble ainsi avoir été, en premier lieu, posée par la jurisprudence, sur la base de laquelle se sont ensuite développées des conceptions doctrinales de la matière. Nous présenterons en conséquence en premier lieu

---

<sup>20</sup> V. infra n° 587s., les développements relatifs à l’absence d’*affectio societatis* de certains titulaires de droits sociaux.

<sup>21</sup> DOMAT (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 171.

<sup>22</sup> POTHIER (R.-J.), *Oeuvres complètes*, par M. Siffrein, 2ème éd., 1821, t.7, *Traité du contrat de société*, n° 182, p. 210.

<sup>23</sup> FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 394.

<sup>24</sup> En ce sens, v. par exemple MERLE (P.), *op. cit.*, n° 43, p. 69.

la conception jurisprudentielle de l'*affectio societatis* (1), avant d'envisager son analyse doctrinale (2).

### 1 – La conception jurisprudentielle de l'*affectio societatis*

**554.** La Cour de cassation a clairement défini la substance de l'intention de s'associer (a). Des incertitudes subsistent en revanche sur le champ d'application de l'exigence d'*affectio societatis* (b).

#### *a) La définition substantielle de l'*affectio societatis**

**555.** Tout en érigeant l'intention de s'associer en élément essentiel du contrat de société<sup>25</sup>, la Cour de cassation n'a dans un premier temps pas défini cette intention, dont elle a parfois considéré qu'elle était appréciée souverainement par les juges du fond<sup>26</sup>. Elle a toutefois, dans un deuxième temps, accru l'intensité du contrôle qu'elle opérait sur l'existence de cette notion, et a fourni à cette occasion certains éléments de définition. Elle a ainsi censuré pour défaut de base légale des décisions qui avaient retenu l'existence d'une société sans relever la volonté des associés de « *participer à une exploitation commune* »<sup>27</sup> ou celle de « *s'associer sur un pied d'égalité* »<sup>28</sup>. Ce n'est cependant que dans un troisième temps qu'elle a synthétisé les différents aspects de cette intention en une formule unique et marqué nettement sa volonté de contrôler la qualification<sup>29</sup> : l'*affectio societatis* suppose que les associés collaborent de façon effective à l'exploitation du fonds social dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité pour participer aux bénéfices comme aux pertes<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> V. apparemment en premier lieu, Req., 8 janv. 1872, *D. P.* 1872.1.194, *S.* 1872.1.36 ; V. également, par exemple, Req., 20 déc. 1893, *S.* 1894.1.484 ; Civ., 20 juil. 1908, *D. P.* 1909.1.93 ; Com., 25 juil. 1949, *JCP* 1950.II.5798, note BASTIAN (D.) ; Com., 21 nov. 1955, *Bull. civ.* III, n° 332, p. 282 ; Com., 29 juin 1959, *Bull. civ.* III, n° 291, p. 254 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janv. 1967, *Bull. civ.* I, n° 4, p. 3 ; Com., 13 mai 1968, *Bull. civ.* IV, n° 151 ; Com., 22 mai 1970, *Bull. civ.* IV, n° 167, p. 149 ; Com., 15 mai 1974, *Bull. civ.* IV, n° 159, p. 127 ; Com., 9 nov. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 385, *Rev. soc.* 1983.91, note CHARTIER (Y.) ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 nov. 1985, *Bull. civ.* I, n° 323, p. 286 ; Com., 12 oct. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 330, p. 237, *Bull. Joly* 1993, § 381, p. 1265, obs. JEANTIN (M.) ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juil. 1995, *Bull. civ.* I, n° 320, p. 223.

<sup>26</sup> V. par exemple explicitement Civ., 20 juil. 1908, *D. P.* 1909.1.93 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janv. 1967, *Bull. civ.* I, n° 4, p. 3 ; Com., 22 mai 1970, *Bull. civ.* IV, N° 167, p. 149.

<sup>27</sup> Com., 7 déc. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 426.

<sup>28</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 nov. 1985, *Bull. civ.* I, n° 323, p. 286 ; Com., 9 nov. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 385, *Rev. soc.* 1983.91, note CHARTIER (Y.) ; v. également Com., 9 nov. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 385 ; Com., 21 nov. 1955, *Bull. civ.* III, n° 332, p. 282.

<sup>29</sup> En ce sens : GUYON (Y.), obs. sous Com., 3 juin 1986, *Rev. soc.* 1986.585.

<sup>30</sup> Com., 3 juin 1986, *Bull. civ.* IV, n° 116, p. 98, *Rev. soc.* 1986.585, obs. GUYON (Y.) ; v. pour une définition proche : Soc., 17 avr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 200, p. 122. On pouvait se demander, à la lecture des arrêts antérieurs, si la volonté de partager les bénéfices et de contribuer aux pertes faisait partie intégrante de l'*affectio societatis*. L'intention de s'associer ne semblait correspondre qu'à la volonté de participer sur un pied d'égalité

**556.** Sont reprises, dans cette formule, les principales caractéristiques de l'*affectio societatis* qui en font, selon la Cour de cassation, un moyen de distinguer la société d'autres contrats ou situations<sup>31</sup>.

L'intention de s'associer implique d'abord la volonté de participer activement à l'exploitation commune. A défaut d'une telle volonté, les éléments matériels du contrat de société ne permettent pas de le distinguer du prêt<sup>32</sup>. La remise de fonds peut en effet être opérée soit à titre d'apport, soit à titre de prêt<sup>33</sup>. Par ailleurs, le prêteur peut être rémunéré par une participation aux bénéfices<sup>34</sup>. La participation aux pertes ne permet enfin pas systématiquement de faire le départ entre les deux contrats. D'une part, la question est parfois, précisément, de déterminer si le bailleur de fonds doit contribuer aux pertes. D'autre part, la Cour de cassation a admis qu'un associé apporte des fonds en jouissance et puisse ainsi les récupérer à la dissolution de la société en courant uniquement le risque de ne retirer aucune rémunération de cet apport<sup>35</sup>. Aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé à de nombreuses reprises que le critère de distinction réside dans la volonté d'intervenir activement dans les affaires sociales : il y a prêt lorsque le bailleur de fonds n'entend exercer aucun contrôle sur cette activité, ou se borne à surveiller son débiteur comme un prêteur

---

à l'entreprise commune dans un intérêt commun, à l'exclusion de la volonté de participer aux bénéfices et aux pertes. Les arrêts censurant des décisions n'ayant pas suffisamment caractérisé cette *affectio societatis* reprochent ainsi généralement à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si les parties avaient la « *volonté de s'associer sur un pied d'égalité et de participer aux bénéfices et aux pertes* » (V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 nov. 1985, *Bull. civ.* I, n° 323, p. 286). L'emploi du « et » semble indiquer que les deux intentions sont distinctes. D'autres arrêts reprochent ainsi à des cours d'appel de ne pas avoir caractérisé « *l'intention de s'associer et de participer aux bénéfices et aux pertes* » (V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 nov. 1976, *Bull. civ.* I, n° 328, p. 263). Réciproquement, un arrêt rejette un pourvoi au motif que la cour d'appel avait caractérisé « *l'affectio societatis et l'accord sur la participation aux pertes comme aux profits* » (Com., 18 juil. 1977, *Bull. civ.* IV, n° 209, p. 177). Il semble ressortir de ces formulations que la volonté de participer aux bénéfices et aux pertes ne se rattache pas à l'*affectio societatis*. L'*affectio societatis* implique toutefois la volonté de collaborer à l'exploitation sociale dans l'intérêt commun. Or l'absence de volonté de partager les bénéfices ou de contribuer aux pertes paraît difficilement conciliable avec cette communauté d'intérêt. Celle-ci, d'ailleurs, fonde l'exigence de participation aux résultats (Supra n° 98s.). Aussi nous-semble-t-il que l'*affectio societatis* ainsi définie implique la volonté de participer aux résultats. La formulation de l'arrêt du 3 juin 1986 le confirme.

<sup>31</sup> La Cour de cassation ne précise pas que l'*affectio societatis* est avant tout une volonté, mais la solution ne fait guère de doutes, ainsi que le démontrent les nombreux arrêts reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché l'intention des parties ou l'approuvant, au contraire, d'avoir caractérisé cette intention (V. par exemple Com., 10 fév. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 71, p. 55 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 déc. 1975, *Bull. civ.* I, n° 354, p. 293).

<sup>32</sup> GUYON (Y.), fasc. préc., n° 44, p. 14 ; REGNAUT-MOUTIER (C.), *La notion d'apport en jouissance*, préf. J. Prieur, Bibl. dr. priv., t. 242, L.G.D.J., 1994, spéc. p. 212, p. 219.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> En ce sens, v. par exemple DIDIER (P.), *op. cit.*, p. 35

<sup>35</sup> Req., 1<sup>er</sup> fév. 1921, S. 1922.I.166 ; v. également en sous-note : Req., 21 avr. 1915, S. 1922.I.166 affirmant explicitement la validité de l'apport en jouissance d'un capital ; Com., 23 mars 1954, *JCP* 1954.II.8184. Confirmant la validité de l'apport en jouissance, notamment d'une somme d'argent : ENGEL (P.), Associé et créancier : l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux, *JCP* éd. E, 1998.I.2056 ; REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., p. 147s., p. 154s.;



soucieux de rentrer dans ses fonds<sup>36</sup>, et il y a au contraire société lorsqu'il participe de manière effective à la gestion<sup>37</sup>.

Les associés doivent en outre avoir l'intention de participer à l'exploitation commune dans l'intérêt commun. La communauté d'intérêt permet de distinguer la société de contrats dans lesquels les intérêts des parties sont opposés tel, par exemple, un contrat de vente lorsque le vendeur se fait rémunérer par une participation aux bénéfices<sup>38</sup>.

Cette participation doit encore revêtir un caractère égalitaire. Celui-ci permet de distinguer la société du contrat de travail, dans les cas dans lesquels le salarié est rétribué en totalité ou en partie par une participation aux bénéfices<sup>39</sup>. L'activité déployée par les associés peut en effet être considérée soit comme un apport en industrie, soit comme l'exécution du contrat de travail<sup>40</sup>. Il peut y avoir, dans les deux cas, collaboration active à la gestion du fonds social. La participation aux bénéfices fait par ailleurs converger les intérêts des parties. Seule la subordination permet alors d'exclure l'existence d'un contrat de société<sup>41</sup>.

**557.** Si la définition de l'*affectio societatis* paraît claire, le champ d'application de l'exigence de ce sentiment est en revanche incertain.

*b) Le champ d'application de l'exigence d'affectio societatis*

**558.** La Cour de cassation considère que les associés doivent être animés de l'*affectio societatis* lors de la constitution de la société. Il est un des éléments essentiels des sociétés<sup>42</sup>, de telle sorte qu'une société constituée par des associés qui n'en seraient pas animés serait

---

<sup>36</sup> V. par exemple, pour un cas où l'absence de contrôle exclut la qualification de société : Com., 6 déc. 1972, *Bull. civ. I*, n° 280, p. 247 ; v. par ailleurs Com., 12 oct. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 330, p. 237, dans lequel la Cour de cassation estime que n'était pas associé un bailleur de fonds qui exerçait sur son partenaire une certaine surveillance, dès lors qu'il se comportait uniquement comme un prêteur soucieux de rentrer dans ses fonds, et non comme un associé intéressé au bon déroulement de l'opération ; V. également Com., 29 mars 1949, *Bull. civ. II*, n° 156, p. 285, qui approuve une cour d'appel ayant qualifié un contrat de vente avec participation aux bénéfices de vente et non de société dans la mesure où la convention ne permettait pas aux prétendus associés de « s'immiscer dans l'administration ou la gestion de l'affaire ».

<sup>37</sup> Pour un cas où, au contraire, la participation du bailleur de fonds à la gestion a commandé la qualification de société : Req., 28 avr. 1903, *D. P.* 1903.1.272 ; Com., 24 avr. 2003, pourvoi n° 99-20.291 ; adde REGNAUT-MOUTIER (C.), thèses préc., n° 212, p. 219.

<sup>38</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires, op. cit.*, n° 126, p. 135. V. par exemple Com., 29 mars 1949, *Bull. civ.* n° 156, p. 286, où les héritiers d'un associé prédécédé avaient cédé leurs droits aux associés survivants moyennant un prix payable en plusieurs échéances et une participation aux bénéfices.

<sup>39</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires, op. cit.*, n° 126, p. 137.

<sup>40</sup> GUYON (Y.), fasc. préc., n° 57, p. 17.

<sup>41</sup> v. par exemple Soc., 14 juin 2006, pourvoi n° 04-43.675 ; Com., 5 avr. 2005, pourvoi n° 04-10.628 ; Com., 4 mars 1970, *Bull. civ. IV*, n° 86, p. 80.

<sup>42</sup> *Supra* n° 555.

nulle<sup>43</sup>. La Cour de cassation a en particulier eu l'occasion de juger que n'avaient pas été régulièrement constituées des sociétés immatriculées dans lesquelles tous les associés n'avaient pas l'*affectio societatis* lors de la constitution<sup>44</sup>.

**559.** En revanche, l'absence d'*affectio societatis* chez l'un des associés à une phase ultérieure de la vie sociale ne semble pas remettre en cause l'existence de la société. Aucun arrêt de la Cour de cassation ne le précise explicitement. Celle-ci décide cependant constamment que la mésentente entre associés n'est pas une cause de dissolution lorsqu'elle n'entraîne aucune paralysie de la société<sup>45</sup>. Or cette solution paraît exclure la dissolution pour simple perte de l'*affectio societatis*. Certes, la disparition de l'*affectio societatis* et la mésentente sont deux phénomènes distincts : la perte de l'*affectio societatis* n'implique pas forcément de mésentente et, réciproquement, il est théoriquement concevable que des associés, malgré leur mésentente, restent animés par la volonté de collaborer ensemble à l'entreprise commune. La disparition de l'*affectio societatis* pourrait donc justifier la dissolution de la société quand la seule mésentente ne suffit pas. Cette dissociation est cependant pratiquement condamnée : comment soutenir qu'un associé qui demande la dissolution de la société pour mésentente est encore animé de l'*affectio societatis* ? A tout le moins lorsqu'elle conduit un associé à demander la dissolution judiciaire de la société, la mésentente semble donc impliquer la perte d'*affectio societatis*<sup>46</sup>. Aussi les arrêts précités semblent-ils pouvoir être interprétés comme excluant la dissolution lorsque la mésentente s'accompagne d'une disparition de l'*affectio societatis*. *A fortiori*, on voit dès lors mal que la

<sup>43</sup> MERLE (P.), *op. cit.*, n° 68, p. 96 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 141, p. 68

<sup>44</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 juin 1976, *D.* 1977.619, note DIENER (P.) ; v. également Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 janv. 1975, *Bull. civ.* III, n° 2, p. 2 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 nov. 2001, *Bull. civ.* I, n° 286, p. 181. Une incertitude demeure sur la nature exacte de la sanction : nullité ou inexistance. L'arrêt précité du 22 juin 1976 a en effet considéré que la société dans laquelle les associés n'avaient pas l'*affectio societatis* était inexistante. D'autres arrêts semblent préférer la nullité comme sanction de l'absence d'*affectio societatis* (Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 janv. 1975, *Bull. civ.* III, n° 2, p. 2 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 nov. 2001, *Bull. civ.* I, n° 286, p. 181). Un arrêt du 16 juin 1992 (Com., 16 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n° 243, p. 169), précisant qu'une société fictive est nulle, et non pas inexistante, est parfois interprété comme impliquant que la sanction de l'absence d'*affectio societatis* est la nullité (en ce sens COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 150, p. 68 ; GUYON (Y.), fasc. préc., n° 65, p. 19). On relèvera que cette question n'a guère d'influence sur les présents développements, qui tendent à démontrer qu'au contraire, la disparition de l'*affectio societatis* n'affecte pas, selon le droit positif, l'existence de la société. Aussi ne chercherons nous pas à y répondre.

<sup>45</sup> Com., 31 janv. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 46, p. 28 ; Com., 21 oct. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 280, p. 242 ; Ch. mixte, 16 déc. 2005, *Bull. civ.* n° 9, p. 9.

<sup>46</sup> BERMOND DE VAULX (J.-M.), Le spectre de l'*affectio societatis*, art. préc., n° 12, p. 185 ; CANIN (P.), La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés, *Dr. soc.*, janv. 1998, p. 4, spéc. n° 2, p. 4. ; v. également COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 427, p. 197.

perte d'*affectio societatis* justifie la dissolution si elle n'entraîne pas de mésentente<sup>47</sup>. La plupart des auteurs estime ainsi que la seule disparition de l'*affectio societatis* ne justifie pas la dissolution de la société si elle ne s'accompagne pas d'une paralysie de la société<sup>48</sup>. Aucun arrêt ni aucun auteur ne considère ainsi que les grandes sociétés anonymes dont l'actionnariat est partiellement composé de bailleurs de fonds devraient être dissoutes. Similairement, aucune décision ne prononce la dissolution d'une société en raison de l'absence d'*affectio societatis* du porteur.

La disparition de l'*affectio societatis* d'un associé ne justifie pas davantage son exclusion, ni ne lui permet de se retirer de la société en obtenant remboursement de ses apports. Sauf certaines exceptions, parmi lesquelles ne figure pas la perte d'*affectio societatis*<sup>49</sup>, les associés disposent du droit fondamental de rester associé, ce qui interdit leur expulsion<sup>50</sup>. Par ailleurs, les associés ne disposent en principe pas d'un droit de retrait en vertu duquel ils pourraient obtenir le rachat de leurs droits sociaux par la société<sup>51</sup>, de telle sorte que, sauf à trouver un acquéreur pour leurs droits sociaux, la disparition de leur *affectio societatis* ne leur permet pas, en elle-même, de quitter la société.

**560.** Il résulte de ces éléments, d'une part, que l'*affectio societatis* est nécessaire lors de la création de la société, d'autre part, que sa disparition ultérieure ne remet en cause ni l'existence de la société, ni les droits que détient l'associé ou l'actionnaire sur ses parts sociales ou ses actions.

---

<sup>47</sup> On pourrait faire valoir que les termes mêmes du 5° de l'article 1844-7 du Code civil ne permettent le prononcé de la dissolution que lorsque la mésentente « *paralyse le fonctionnement de la société* », mais que le même article permet la dissolution « *pour justes motifs* ». Il y aurait cependant quelque incohérence à considérer que la mésentente n'entraîne la dissolution que lorsqu'elle paralyse le fonctionnement de la société et, dans le même temps, que la mésentente impliquant une perte d'*affectio societatis* constitue un juste motif de dissolution.

<sup>48</sup> BERMOND DE VAULX (J.-M.), *eod. loc.* ; GUYON (Y.), fasc. préc., n° 93, p. 25 ; THIBIERGE (N.), De l'*affectio societatis*, (Approche pratique de l'*affectio societatis* ou la volonté de s'associer), in *Liber amicorum Georges Daublon*, Defrénois, 2001, p. 213, p. 316 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. et loc. cit.*; LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 544, p. 325.

<sup>49</sup> V. sur ces exceptions COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 308, p. 148.

<sup>50</sup> Com., 12 mars 1996, *Bull. civ. IV*, n° 86, p. 71, *JCP éd. N* 1996.II.1515, note PACLOT (Y.) ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 305, p. 357. Certains auteurs se prononcent pour la reconnaissance d'un pouvoir d'exclusion judiciaire (V. notamment DAIGRE (J.-J.), La perte de la qualité d'actionnaire, *Rev. soc.* 1999.536, spéc. p. 542s.). Ils limitent toutefois la portée d'un tel pouvoir, en précisant qu'il ne devrait s'exercer qu'à titre de substitut à la dissolution de la société pour juste motif, ce qui implique qu'il en aille de la pérennité de la société (DAIGRE (J.-J.), *eod. loc.*).

<sup>51</sup> COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Litec, 18<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 303, p. 145, qui précisent qu'aucun texte ne caractérise une telle prérogative qui heurterait de front le caractère contractuel de la société, et ajoutent qu'il existe un certain nombre d'exceptions, par exemple dans les sociétés civiles (V. pour un exemple récent de retrait fondé sur la disparition de l'*affectio societatis* de l'un des associés dans une société civile : Civ. 3<sup>ème</sup>, 27 sept. 2006, *Bull. Joly* 2007, § 55 p. 271, obs. LUCAS (F.-X.)), les sociétés d'exercice libéral, ou les sociétés à capital variable. Ces développements ont disparu dans les éditions postérieures de l'ouvrage, qui se bornent à faire état des cas dans lesquels le retrait est possible.

L'incertitude subsiste en revanche sur la nécessité de l'*affectio societatis* de l'acquéreur. Seul un jugement ancien semble avoir statué sur la demande en nullité d'une cession d'actions pour défaut d'*affectio societatis* de l'acquéreur<sup>52</sup>. Encore la demande de nullité a-t-elle été rejetée au motif que le cessionnaire n'était pas dépourvu d'*affectio societatis*, le tribunal n'ayant ainsi pas à se prononcer sur la question de sa nécessité. Dans la mesure où la cession intervient au cours de la vie sociale, il est possible d'assimiler l'absence d'*affectio societatis* de l'acquéreur à la disparition de ce sentiment chez un associé, et d'en déduire que cette absence ne justifie ni la dissolution de la société, ni l'exclusion de l'acquéreur, ni même la nullité de la cession<sup>53</sup>. Mais il est également possible de considérer que le cessionnaire des droits, comme l'associé qui participe à la constitution de la société, adhère au contrat de société et doit, dès lors, être animé de l'*affectio societatis*. Celle-ci serait ainsi une condition de l'entrée dans la société, quel qu'en soit le mode<sup>54</sup>. Son absence justifierait la nullité de la convention<sup>55</sup>.

**561.** En l'absence d'arrêt de la Cour de cassation ayant tranché cette difficulté<sup>56</sup>, le doute subsiste sur le caractère nécessaire de l'*affectio societatis* lors de l'acquisition de droits

<sup>52</sup> TGI Paris, 14 mars 1973, *Rev. soc.* 1974.92, obs. GUILBERTEAU (M.), *RTD com.* 1974.104, obs. HOUIN (R.), *Gaz. Pal.* 1973.2.912, note PEISSE (M.). Une telle argumentation était soulevée pour la première fois (en ce sens PEISSE (M.), note sous TGI Paris, 14 mars 1973, *Gaz. Pal.* 1973.2.912), et ne semble pas l'avoir été à nouveau depuis.

<sup>53</sup> Considérant que l'absence d'*affectio societatis* ne justifie pas la nullité de la cession : PEISSE (M.), note sous TGI Paris, 14 mars 1973, *Gaz. pal.* 1973.2.912, spéc. p. 916 ; V. également à propos des conventions de transfert temporaire d'actions : LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 269, p. 139 ; V. également implicitement GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, op. cit.*, n° 256, p. 377 qui, après avoir relevé l'absence d'*affectio societatis* du porteur, ne l'envisage pas parmi les causes de nullité de la convention de portage.

<sup>54</sup> V. pour un tel raisonnement, HOUIN (R.), obs. sous TGI Paris, 14 mars 1973, *RTD com.* 1974.104.

<sup>55</sup> *Ibid.* ; V. également les réflexions de Monsieur Viandier (VIANDIER (A.), obs. sous Com., 8 mars 2005, *Rev. soc.* 2005.817), qui s'est demandé si l'absence d'*affectio societatis* du cessionnaire ne priverait pas la cession de cause (il nuance toutefois cette proposition en rappelant que l'absence d'*affectio societatis* doit s'accompagner d'un dysfonctionnement de la société).

<sup>56</sup> C'est vainement que l'on invoquerait, à cet égard, deux séries d'arrêts de la Cour de cassation parfois interprétés comme posant l'exigence de l'*affectio societatis* du cessionnaire de droits sociaux. Dans les premiers de ces arrêts (Com., 21 janv. 1997, *Rev. dr. banc.*, mars/avr. 1997, n° 1, p. 69, obs. GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), *Petites affiches.*, 11 fév. 1999, p. 15, note ETAIN (P.) ; v. également, pour une espèce très proche, Com., 24 avr. 2006, *Dr. soc.*, nov. 2006, n° 162, p. 20, obs. HOVASSE (H.)), la Cour de cassation a censuré une décision qui avait refusé d'annuler pour fraude la cession indirecte de droits sociaux par un frère à sa sœur. Dans cette affaire, les droits sociaux avaient d'abord été cédés à la mère du cédant, qui les avait ensuite cédés à sa fille. Les parties évitaient ainsi d'avoir à obtenir l'agrément des coassociés, nécessaires aux termes des statuts pour les cessions entre frère et sœur, mais pas entre ascendants et descendants. La Cour de cassation a estimé que la cour d'appel ne pouvait statuer ainsi sans rechercher si la cession des parts à la mère du cédant, qui n'était animée d'aucune *affectio societatis*, n'avait pas pour seul objet de permettre la cession sans avoir à solliciter l'agrément des associés. Cet arrêt a parfois été interprété comme signifiant que des droits sociaux ne pouvaient être cédés à une personne n'ayant pas d'*affectio societatis* (REBOUL (N.), Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis*, *Rev. soc.* 2000.425, n° 18, p. 439 ; ETAIN (P.), note sous Com., 21 janv. 1997, *Petites affiches.*, 11 fév. 1999, p. 15, spéc. p. 16). Une telle interprétation nous semble contestable. L'absence d'*affectio societatis* n'est en effet pas sanctionnée en elle-même, mais en ce qu'elle

sociaux. La relative certitude que procurent les arrêts de la Cour de cassation quant au contenu de la notion apparaît par ailleurs remise en cause par les critiques et les opinions divergentes de la doctrine.

## 2 – La conception doctrinale de l'*affectio societatis*

**562.** La doctrine a, pendant longtemps, cherché à développer une conception unitaire de l'*affectio societatis*, comprise comme un sentiment qui animerait tous les associés (a). Cette conception, que l'on peut qualifier de classique<sup>57</sup>, a toutefois été critiquée par de nombreux auteurs qui lui ont substitué des approches que, par opposition, l'on qualifiera de modernes (b).

### *a) L'approche classique*

**563.** La doctrine du début XIX<sup>ème</sup> siècle soulignait la nécessité, pour la validité du contrat de société, d'un élément intentionnel. L'intention ainsi caractérisée ne se distingue toutefois pas du consentement au contrat de société, qui implique la mise en commun d'apport et la volonté de partager les bénéfices<sup>58</sup>. La nécessité d'une intention distincte de cette simple

---

démontre la fraude. La cassation n'intervient d'ailleurs pas pour violation de la loi, ce qui aurait pu être le cas si la nullité de la cession résultait de l'absence d'*affectio societatis*, dans la mesure où cette absence ne semblait pas contestée : la cour d'appel aurait alors violé l'article 1832 du Code civil en refusant d'annuler une cession dans laquelle le cessionnaire est dépourvu d'*affectio societatis*. Elle intervient pour manque de base légale, et au visa du principe *fraus omnia corrumpit*, ce qui démontre bien que c'est la fraude, et uniquement elle, qui entache la cession de nullité. Dans l'espèce ayant donné lieu au second arrêt (Com., 8 mars 2005, *Rev. soc.* 2005.817, obs. VIANDIER (A.)), une promesse de cession d'une partie des parts d'une EURL avait été consentie. A la suite de dissensions apparues entre le promettant et le bénéficiaire, le promettant refusa de l'exécuter au motif que l'*affectio societatis* avait disparu, ce qui interdisait la création d'une société entre elle-même et le bénéficiaire de la promesse. L'arrêt, rejetant l'argumentation, au motif que le litige était relatif à une cession de parts et non à l'existence des éléments constitutifs d'une société, fut cassé. La Cour de cassation considéra que la cour d'appel avait méconnu l'objet du litige. Il semble bien résulter de cet arrêt que l'*affectio societatis* est une condition de la cession d'une partie des parts d'une EURL. Mais cette solution apparaît spécifique à la cession de parts sociales d'une EURL : celle-ci entraîne création d'une société pluripersonnelle. Le contrat de société est créé par l'acquisition d'une partie des parts de l'EURL, dans la mesure où la société devient pluripersonnelle. Il est dès lors conforme à la jurisprudence traditionnelle de se demander si l'*affectio societatis* existe lors de cette création (V. en ce sens VIANDIER (A.), obs. sous Com., 8 mars 2005, *Rev. soc.* 2005.817, qui critique toutefois ce mode de raisonnement). Mais l'arrêt ne fournit en revanche aucune indication sur la nécessité de l'*affectio societatis* en cas d'achat de droits sociaux d'une société pluripersonnelle.

<sup>57</sup> Adoptant la dénomination de théorie « classique » : GUYON (Y.), *Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 124, p. 130.

<sup>58</sup> Duranton, reprenant Ulpian, exposait par exemple que l'intention des parties de faire une société, qui était nécessaire à l'existence de ce contrat, n'existait pas si les parties n'avaient pas eu en vue un bénéfice à faire en commun (DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 17, 1833, n° 332, p. 321). Pardessus remarquait qu'il n'y a point de société sans volonté de s'unir (PARDESSUS (J. M.), *Cours de droit commercial*, t. 4, Nève, 2<sup>nd</sup> éd., 1822, n° 969, p. 4). Laurent souligna de même la nécessité de l'intention de s'associer, qui résulte, lorsqu'il s'agit de distinguer la société du prêt, de l'intention de mettre en commun les apports (LAURENT (F.), *op. cit.*, t. 26, n° 152, p. 152) ou, lorsqu'il s'agit de distinguer le mandat salarié de la société, de l'intention de participer aux pertes (LAURENT (F.), *op. cit.*, t. 26, n° 154, p. 155).

intention de partager les bénéfices, de même que l'expression d'*affectio societatis*, apparaissent ainsi, semble-t-il pour la première fois, chez Pont<sup>59</sup>. Se posant la question de la distinction de la société et de situations proches, où des contractants se partagent les bénéfices résultant de la mise en commun de « mises »<sup>60</sup>, il estime que le critère de distinction réside dans la volonté des parties contractantes<sup>61</sup>. Il y a, selon lui, société, lorsque apparaît, en plus des éléments essentiels du contrat – mise en commun d'apports et intention de partager les bénéfices<sup>62</sup> –, la volonté de s'unir, ou *affectio societatis*<sup>63</sup>. Elle permet de distinguer la société de certains contrats de louage, du mandat salarié, de certains contrats de prêt<sup>64</sup>.

**564.** A la suite de Pont, de nombreux auteurs ont évoqué la nécessité, pour qu'existe une société, de l'*affectio societatis*. Huc, par exemple, souligna qu'il ne suffit pas, pour que naisse un contrat de société, que les parties aient mis une chose en commun pour en retirer des bénéfices à partager. Elles doivent encore avoir eu spécialement l'intention d'être associées ensemble, c'est-à-dire, précisa-t-il, « *de se soumettre, pour l'exécution de leur convention, au régime du contrat de société* »<sup>65</sup>. Reprenant l'expression utilisée par Pont, Guillouard exposa qu'il est nécessaire, pour qu'il y ait société, que les parties aient été animées par l'*affectio societatis*, c'est-à-dire qu'elles aient eu la volonté de s'unir pour spéculer en commun et essayer de réaliser un bénéfice<sup>66</sup>.

Les auteurs qui, à la suite de Pont, ont insisté sur l'élément intentionnel, se sont souvent bornés à définir sommairement cet élément : l'intention de se soumettre au régime du contrat de société, la volonté de s'unir pour spéculer et réaliser un bénéfice... En revanche, quelques auteurs ont cherché à définir plus précisément l'*affectio societatis*, et à mieux cerner son rôle.

**565.** A l'instar des auteurs le précédant, Thaller, commentant un arrêt relatif à la distinction du prêt avec participation aux bénéfices et de la société, définit l'*affectio societatis* comme

<sup>59</sup> En ce sens : DIDIER (P.), *Droit commercial, 2/ L'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 33 ; GUYON (Y.), « *Affectio societatis* », , *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 20-10, 2005, n° 2, p. 3. L'expression n'était toutefois pas totalement ignorée avant Pont. On la retrouve par exemple dans les observations sous un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 1852 (Civ., 22 nov. 1852, S. 1853.1.73).

<sup>60</sup> L'expression est celle employée par Pont.

<sup>61</sup> PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code civil, Commentaire-Traité des sociétés civiles et commerciales*, Delamotte Fils et Cie, 2<sup>ème</sup> éd., 1884, n° 84, p. 60.

<sup>62</sup> PONT (P.), *op. cit.*, n° 58s., p. 45s.

<sup>63</sup> PONT (P.), *op. cit.*, n° 84, p. 60.

<sup>64</sup> PONT (P.), *op. cit.*, n° 84s., p. 60s.

<sup>65</sup> HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique de Code civil*, t. 11, Pichon, 1898, n° 6, p. 14.

<sup>66</sup> GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de société, op. cit.*, n° 30, p. 53 ; v. également n° 18, p. 27 sur la distinction du contrat de société et du contrat de prêt, et n° 19, p. 29, sur la distinction de la société et de certaines ventes.

l'intention de se comporter comme un associé, mais précisa le sens qu'il convenait de donner à cette expression<sup>67</sup>. Après avoir rappelé que cette *affectio societatis* forme l'élément propre du contrat de société, l'auteur estima que le rapport issu du contrat de société, avec la collaboration qui en résulte, implique une ingérence et un contrôle étroit, avec une faculté de critique dans la manière dont s'accompliront les affaires communes. Au contraire, un simple créancier ne disposerait pas d'un tel pouvoir d'intrusion. Il ne saurait discuter l'utilisation qui est faite des fonds prêtés. Ce pouvoir permettrait encore de distinguer les salariés participant aux bénéfices des associés ou l'actionnaire du porteur de parts de fondateurs.

**566.** S'interrogeant également sur le critère de distinction du prêt avec participation aux bénéfices et de la société, Ripert, à l'instar de Thaller, estima qu'il résidait dans l'*affectio societatis*, c'est-à-dire l'intention des parties de constituer une société<sup>68</sup>. Au rebours de Thaller, il considéra cependant que ce critère ne pouvait résider dans la faculté d'ingérence dans les affaires sociales. Une clause formelle du contrat pouvant octroyer une telle faculté, il faudrait examiner si le bailleur de fonds a usé de cette faculté et comment il en a usé<sup>69</sup>. Le critère ne serait par ailleurs plus opératoire lorsque la faculté d'intervention n'a pas été prévue ou lorsqu'elle n'a pas été exercée, et lorsqu'il s'agit, précisément, de déterminer de quels droits bénéficie le prêteur<sup>70</sup>. Aussi Ripert considéra-t-il que le critère distinctif de la société réside dans l'intention de collaborer pour la recherche commune de bénéfices avec des droits égaux et une responsabilité égale<sup>71</sup>.

**567.** A la suite de Ripert, Pic définit, dans un article extrait du Traité de Droit commercial de Thaller alors en préparation<sup>72</sup>, l'*affectio societatis* comme la volonté de collaboration active, consciente et égalitaire de tous les contractants, en vue de la réalisation d'un bénéfice à partager<sup>73</sup>. L'intention de collaborer activement à l'entreprise commune permet de distinguer la société de l'indivision, qui est, selon l'auteur, un état subi, n'impliquant aucune

---

<sup>67</sup> THALLER (E.), note sous Req., 3 mars 1903, *D.* 1904.1.257.

<sup>68</sup> RIPERT (G.), Prêt avec participation aux bénéfices et société en participation, *Ann. dr. com.*, 1906, p. 53, spéc. n° 15, p. 61.

<sup>69</sup> RIPERT (G.), art. préc., n° 19, p. 65.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> RIPERT (G.), art. préc., n° 16, p. 63.

<sup>72</sup> PIC (P.), De l'élément intentionnel dans le contrat de société, *Ann. dr. com.*, 1906, p. 153 ; THALLER (E.), *Traité général théorique et pratique de Droit commercial, Des Sociétés commerciales*, t. 1, par, p. Pic, Rousseau, 1907, n° 65s., p. 69s. L'auteur souligne lui-même, au début de son article, qu'il est extrait de cet ouvrage en préparation.

<sup>73</sup> PIC (P.), art. préc., p. 154.

collaboration active, alors même qu'elle résulterait d'un contrat<sup>74</sup>. Elle permet également de distinguer la société du prêt avec participation aux bénéfices. Lorsque se pose en effet la question de la participation aux pertes, celle-ci ne peut plus servir de critère de distinction, de telle sorte que le départ doit se faire en fonction de l'intention des parties. L'intention permet encore de distinguer le prêt de la société lorsque l'apport est en jouissance, l'apporteur ne contribuant aux pertes que par la non rémunération des fonds apportés. L'opération sera ainsi qualifiée de société lorsque le bailleur de fonds aura entendu intervenir dans la marche de l'affaire ou, tout au moins, la contrôler activement<sup>75</sup>. Cette coopération doit en outre être intéressée, c'est-à-dire menée en vue de réaliser un bénéfice à partager, ce qui permet de distinguer la société de l'association, dans laquelle les associés ne peuvent se répartir les bénéfices<sup>76</sup>. Elle doit enfin intervenir sur un pied d'égalité, ce qui permet de distinguer l'associé de l'employé intéressé aux résultats<sup>77</sup>.

Pic précisa par ailleurs explicitement que cette *affectio societatis* existe dans toute société. S'il admit qu'elle ne se retrouve pas au même degré dans toutes les sociétés, ou chez tous les associés, il estima qu'elle n'est jamais absente, ne serait-ce qu'en raison des pouvoirs de contrôle dont disposent les associés, et auxquels ils ne peuvent renoncer<sup>78</sup>.

**568.** Similairement, le doyen Hamel considéra que l'*affectio societatis* anime tous les associés<sup>79</sup>. Critiquant la définition proposée par Pic, il estima cependant que l'égalité entre associés ne pouvait constituer un élément essentiel du contrat de société<sup>80</sup>. Un tel critère conduirait, selon Hamel, à refuser le caractère de société aux contrats qui donnent à certains contractants une situation privilégiée. Le commanditaire, exclu de la gestion de la société, ne serait ainsi pas sur un pied d'égalité avec le commandité<sup>81</sup>. L'*affectio societatis* ne pourrait pas davantage résider dans la volonté de collaboration économique, qui n'existerait pas dans les grandes sociétés par actions<sup>82</sup>. Ayant écarté les définitions existantes<sup>83</sup>, le doyen Hamel se fonda, pour définir l'*affectio societatis*, sur le postulat selon lequel le juge doit, pour apprécier les effets et la valeur d'un contrat, prendre en considération le but des parties, c'est-à-dire la

---

<sup>74</sup> PIC (P.), art. préc., p. 155.

<sup>75</sup> PIC (P.), art. préc., p. 158.

<sup>76</sup> PIC (P.), art. préc., p. 164.

<sup>77</sup> PIC (P.), art. préc., p. 161.

<sup>78</sup> PIC (P.), art. préc., p. 154.

<sup>79</sup> HAMEL (J.), « L'*affectio societatis* », *RTD civ.* 1925.761, p. 792.

<sup>80</sup> HAMEL (J.), art. préc., p. 765.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> HAMEL (J.), art. préc., p. 766.

<sup>83</sup> Hamel estime également que la définition de l'*affectio societatis* comme la volonté de constituer une société conduit à un cercle vicieux (HAMEL (J.), art. préc., p. 763).



cause de leurs obligations. Et ce but résiderait selon lui, en matière de société, dans la volonté d'union<sup>84</sup>, qu'il définit comme le premier facteur de l'*affectio societatis*. Dans la mesure où cette volonté se rencontre également dans d'autres contrats, tels le contrat de travail, elle ne serait pas le seul facteur de l'*affectio societatis*. Elle s'accompagnerait d'un désir de courir des risques, propre au contrat de société dans la mesure où il porte sur l'existence du droit même. Dans les autres contrats, de tels risques peuvent exister et empêcher la mise en œuvre du droit, par exemple en cas d'insolvabilité du débiteur, mais le droit lui-même subsiste<sup>85</sup>. Sur cette base, Hamel vérifia ensuite la pertinence du critère ainsi dégagé en exposant qu'il permettait de distinguer la société du prêt avec participation aux bénéfices – le prêteur n'entendant courir aucun risque, fut-ce d'un manque à gagner<sup>86</sup>. Ce critère permettrait encore, selon Hamel, de distinguer la société du bail à ferme, lorsque le bailleur est rémunéré par une part des bénéfices, ou du contrat de travail<sup>87</sup>.

**569.** Par la suite, les auteurs qui ont cherché à définir l'*affectio societatis*, en ont retenu, malgré les critiques formulées par le doyen Hamel, une définition plus proche de celle proposée par Pic. Lyon-Caen et Renault ont ainsi estimé, par exemple, que les parties à un contrat de société doivent avoir l'intention de former une société, c'est-à-dire « avoir ce qu'on appelle parfois *affectio societatis* »<sup>88</sup>. Ils ont précisé que l'intention de s'associer est révélée par le fait que les contractants ont entendu se placer dans la situation d'égalité que la qualité d'associé implique et ont voulu jouer un rôle actif, soit que tous soient appelés à faire les opérations, soit que ceux qui ne les font pas aient au moins un droit de surveillance sur la gestion<sup>89</sup>. Houpin et Bosvieux ont de même inclu, dans les éléments essentiels pour l'existence d'un contrat de société, l'*affectio societatis*<sup>90</sup>, qu'ils ont assimilé à l'intention de collaborer à une œuvre commune sur un certain pied d'égalité<sup>91</sup>. On retrouve également cette exigence dans le Traité de droit commercial de Lacour et Bouteron, qui estimèrent que l'intention de travailler ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune, est le seul moyen de distinguer la société du prêt avec participation aux bénéfices<sup>92</sup>. Ils

<sup>84</sup> HAMEL (J.), art. préc., p. 770.

<sup>85</sup> HAMEL (J.), art. préc., p. 772s.

<sup>86</sup> HAMEL (J.), art. préc., p. 777s., spéc. p. 783.

<sup>87</sup> HAMEL (J.), art. préc., p. 785s.

<sup>88</sup> LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, 4ème éd., t. 2<sup>nd</sup>, 1<sup>ère</sup> partie, 1908, n° 57, p. 57.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> HOUPIN (C.), et BOSVIEUX (H.), *op. cit.*, n° 49, p. 64.

<sup>91</sup> HOUPIN (C.), et BOSVIEUX (H.), *op. cit.*, n° 53, p. 68.

<sup>92</sup> LACOUR (L.) et BOUTERON (J.), *Précis de droit commercial*, t. 1, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1925, n° 208, p. 174.

soulignèrent, notamment, que le caractère égalitaire de cette collaboration permet de distinguer la société du contrat de travail avec participation aux bénéfices.

**570.** Un auteur en a, toutefois, retenu une définition quelque peu différente. Monsieur Amiaud a considéré en effet qu'une égalité complète n'était pas une condition d'existence du contrat de société<sup>93</sup>. Les associés n'auraient pas les mêmes droits dans la répartition des bénéfices alors même que leurs apports seraient égaux, ainsi que l'attesterait l'existence de parts sociales ou actions privilégiées. Ils n'auraient pas, non plus, les mêmes droits dans la conduite des affaires sociales, certains associés étant gérants quand d'autres ne le sont pas. Seul resterait, comme élément commun, une certaine participation de tous à la conduite des affaires sociales. Elle distinguerait le contrat de société du contrat d'entreprise, du contrat de travail ou du prêt<sup>94</sup>. Et l'on ne saurait objecter que le commanditaire, qui est pourtant un associé, peut être privé de l'essentiel de son droit de participation à la conduite des affaires sociales<sup>95</sup>. Dès lors en effet que l'on admettrait que ce droit de participer peut être inégalitaire, pourvu qu'il existe, tous les associés en seraient pourvus<sup>96</sup>. La volonté de constituer une société consisterait essentiellement dans le fait de reconnaître à ses coassociés un certain pouvoir de décision pour la conduite des opérations poursuivies pour le compte commun<sup>97</sup>.

**571.** Enfin, constatant la multiplicité des définitions doctrinales de l'*affectio societatis*, Monsieur Serlouten a récemment proposé de revenir à une définition de la notion fondée sur la lecture de l'article 1832 du Code civil<sup>98</sup>. Il observe, pour définir la notion, qu'en raison de sa simplicité, le terme d'*affectio societatis*, ou intention de s'associer, ne peut s'accommoder que d'une approche unitaire. Il ajoute que la notion doit pouvoir s'appliquer à tous les associés et spécialement à l'associé d'une EURL, qui est une société à part entière. Il rejette en conséquence la conception consistant à y voir une volonté de collaborer également dans l'intérêt commun, qui n'existe pas dans les sociétés unipersonnelles<sup>99</sup>. L'*affectio societatis*

---

<sup>93</sup> AMIAUD (A.), *L'affectio societatis*, in *Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius*, Bâle, 1955, p. 1, spéc. p. 2.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> L'article 27 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales interdisait au commanditaire de faire aucun acte de gestion, et permettait d'interdire à ceux ne possédant pas un nombre minimum d'actions d'accéder aux assemblées générales d'actionnaires (en ce sens AMIAUD (A.), art. préc., p. 3).

<sup>96</sup> AMIAUD (A.), art. préc., p. 3.

<sup>97</sup> AMIAUD (A.), art. préc., p. 2.

<sup>98</sup> SERLOOTEN (P.), *L'affectio societatis*, une notion à revisiter, in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1007, spéc. p. 1008s.

<sup>99</sup> SERLOOTEN (P.), art. préc., p. 1011.

n'est ainsi que la volonté de s'associer, c'est-à-dire de faire un contrat de société tel que défini par l'article 1832 du Code civil. Elle serait donc la volonté de chaque associé de mettre en commun des biens dans l'intérêt commun pour partager des bénéfices ou profiter de l'économie qui pourra en résulter<sup>100</sup>. Chez l'associé d'une société unipersonnelle, elle correspondrait à l'intention de créer une société, c'est-à-dire à la volonté de faire vivre une société et de se comporter comme un associé<sup>101</sup>.

**572.** Malgré des différences dans la définition de la substance de l'*affectio societatis*, tous ces auteurs ont en commun d'en proposer une définition unitaire et de considérer que tous les associés en sont animés. Cette appréhension classique de la notion a fait l'objet de critiques, sur la base desquelles se sont développées de nouvelles conceptions de l'intention d'être associé.

*b) Les approches modernes*

**573.** Les difficultés rencontrées par les auteurs qui ont cherché à proposer une définition unitaire de l'*affectio societatis* ont conduit une partie de la doctrine à lui substituer une définition pluraliste. Elles ont conduit d'autres auteurs à remettre en cause l'universalité de l'*affectio societatis*.

*a) Les approches pluralistes*

**574.** Guyon estima que la théorie classique de l'*affectio societatis* n'est pas à l'abri de la critique. Rejetant la définition proposée par Pic, il fit valoir que la collaboration n'est, dans la plupart des sociétés, ni active, ni égalitaire<sup>102</sup>. Alors que certains associés se comportent comme les maîtres de l'affaire, d'autres n'auraient ni les moyens ni l'intention de s'immiscer dans la gestion de la société, voire de la contrôler. La définition retenue par le doyen Hamel<sup>103</sup> ne serait pas davantage exempte de défaut, dans la mesure où, d'une part, certains contrats supposent une volonté de collaboration et où, d'autre part, les associés auraient parfois des intérêts divergents<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> SERLOOTEN (P.), art. préc., p. 1012.

<sup>101</sup> SERLOOTEN (P.), art. préc., p. 1016.

<sup>102</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires*, op. cit., n° 124, p. 131

<sup>103</sup> Supra n° 568.

<sup>104</sup> GUYON (Y.), op. et loc. cit.

Constatant l'impossibilité de trouver une définition unitaire de l'*affectio societatis*, il en déduisit que la notion est multiforme<sup>105</sup>. L'*affectio societatis* du contrôlaire diffèrerait ainsi de celle du titulaire de quelques actions qui ne souhaite que percevoir les dividendes<sup>106</sup>. Seraient prépondérants, tantôt, le caractère volontaire de la collaboration, qui permet de distinguer notamment le concubinage de la société de fait ou de l'indivision, tantôt, la participation à la gestion, qui permet notamment de distinguer le prêt de l'apport en société, tantôt, la convergence des intérêts, qui n'existe pas, par exemple, dans le contrat d'édition, tantôt, enfin, l'absence de lien de subordination entre les parties, qui permet de distinguer la société du contrat de travail<sup>107</sup>.

La multiplicité des formes de l'*affectio societatis* ne conduisit toutefois pas l'auteur à remettre en cause son existence. Guyon estima en effet qu'il y a dans toute société un élément intentionnel original, distinct du consentement dans la mesure où il se manifeste aussi longtemps que dure la société, quand le consentement ne jouerait plus de rôle appréciable lors de l'exécution du contrat. L'*affectio societatis* traduirait ainsi l'obligation de bonne foi qui incombe aux associés pendant toute la durée de la vie sociale<sup>108</sup>.

**575.** Plusieurs autres auteurs ont déduit de la disparité des situations des associés que l'*affectio societatis* était une notion multiforme, mais qui animait tous les associés. Jeantin, par exemple, estimait que l'*affectio societatis* existe dans toutes les sociétés, mais que ses manifestations sont variables<sup>109</sup>. La collaboration ou l'égalité entre associés ne pourraient ainsi être comprises de la même manière dans une petite société ou dans une société cotée. Reprenant la formule de Guyon<sup>110</sup>, Jeantin en déduisit que la collaboration sur un pied d'égalité était caractérisée par le parallélisme des intérêts et l'absence de lien de subordination<sup>111</sup>. Monsieur Merle par ailleurs, après avoir relevé que la diversité des formes de l'*affectio societatis* implique de la considérer comme une notion multiforme, ajoute qu'il est toutefois possible de dégager un plus petit dénominateur commun, résidant dans la volonté de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune<sup>112</sup>.

---

<sup>105</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires, op. cit.*, n° 126, p. 133.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires, op. cit.*, n° 124, p. 132.

<sup>109</sup> JEANTIN (M.), *op. cit.*, n° 35, p. 24.

<sup>110</sup> V. GUYON (Y.), fasc. préc., n° 24s., p. 8s. On notera toutefois que Monsieur Guyon évoque également dans ce fascicule la collaboration volontaire et la participation à la gestion parmi les formes de l'*affectio societatis*.

<sup>111</sup> JEANTIN (M.), *op. cit.*, n° 36, p. 25.

<sup>112</sup> MERLE (P.), *op. cit.*, n° 43, p. 70.

*β) La remise en cause de la prévalence de l'affectio societatis*

**576.** Certains auteurs estiment que tous les associés ne sont pas animés de cette *affectio societatis*.

On a parfois, pour contester l'universalité de l'*affectio societatis*, procédé à une distinction selon les types de société. Copper Royer exposait ainsi que l'*affectio societatis* correspond « à une notion tout à fait exacte lorsqu'il s'agit de sociétés où domine le principe de l'intuitu personae », mais considérait que cette affectio « se dénature complètement sitôt qu'on se trouve en présence de sociétés de capitaux, où le versement d'une mise déterminée demeure la seule chose essentielle »<sup>113</sup>. Cette distinction semble cependant désormais abandonnée<sup>114</sup> au profit d'une distinction entre des types d'associés.

Monsieur Champaud a ainsi soutenu qu'il y aurait lieu de distinguer deux types d'actionnaires : des actionnaires de contrôle et des actionnaires bailleurs de fonds<sup>115</sup>. Les premiers deviendraient actionnaires dans l'intention de prendre une part active à l'administration de la société. Les seconds acquerraient des actions dans le simple but de placer leurs capitaux<sup>116</sup>. Ils ignoreraient les caractéristiques juridiques de leurs titres, les activités exactes de la société et ne feraient souvent guère de différence entre l'action et l'obligation<sup>117</sup>. Cherchant à allier la sécurité à la rentabilité, le bailleur de fonds trouverait excellente la domination de la société par des hommes d'expérience et, corrélativement, se soucierait peu d'exercer le droit de gestion dont le législateur a assorti son titre. Un grand nombre d'actionnaires ne se considèreraient ainsi plus comme des associés, mais uniquement comme les titulaires d'une créance indexée sur la prospérité de la société<sup>118</sup>.

A sa suite<sup>119</sup>, de nombreux auteurs ont soutenu qu'il convenait d'opérer une distinction entre des actionnaires bailleurs de fond et des actionnaires qui seraient de véritables associés. Dans les grandes sociétés par actions, la motivation des bailleurs de fonds serait uniquement de percevoir des dividendes<sup>120</sup> ou de réaliser une plus-value lors de la cession de leurs actions<sup>121</sup>.

---

<sup>113</sup> COPPER ROYER (J.), *Traité des sociétés*, t. 1, Sirey, 1938, n° 11, p. 70 ; v. également COPPER-ROYER (J.), Sur la notion d'*affectio societatis*, *Rev. spéc. sociétés*, 1938, p. 593.

<sup>114</sup> REBOUL (N.), art. préc., n° 17, p. 438.

<sup>115</sup> CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1962, n° 27s., p. 27s.

<sup>116</sup> CHAMPAUD (C.), thèse préc., n° 29, p. 29.

<sup>117</sup> CHAMPAUD (C.), thèse préc., n° 30, p. 32.

<sup>118</sup> CHAMPAUD (C.), thèse préc., n° 35, p. 34.

<sup>119</sup> Soulignant que la distinction entre associé et bailleur de fonds a été esquissée par Ripert et développée par Monsieur Champaud : LUCAS (F.-X.), Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ?, Bref propos discursif autour du thème de l'associé et de l'investisseur, *RDBF* juil./août 2002, p. 216, spéc. p. 217.

<sup>120</sup> BERMOND DE VAULX (J.-M.), Le spectre de l'*affectio societatis*, *JCP*, éd. E, 1994.I.346, n° 11, p. 185.

Ils se considèreraient comme de simples créanciers de la société, soucieux d'obtenir la meilleure rémunération de leur capital<sup>122</sup>, mais se soucieraient peu en revanche d'assister aux assemblées d'actionnaires et de participer à la gestion de la société<sup>123</sup>. Leur comportement se rapprocherait ainsi de celui d'un obligataire<sup>124</sup>. Contrairement aux « véritables » associés, et spécialement aux actionnaires de contrôle, qui chercheraient à intervenir dans la gestion sociale afin de collaborer à la prospérité de la société, et manifesteraient ainsi leur *affectio societatis*<sup>125</sup>, le bailleur de fonds ne serait pas animé d'un tel sentiment<sup>126</sup>. L'*affectio societatis* de l'actionnaire d'une société cotée serait ainsi pratiquement toujours inexistante<sup>127</sup>, de même que celle du spéculateur qui achète et revend en espérant dégager une plus-value<sup>128</sup>. L'associé unique d'une EURL n'aurait pas davantage l'*affectio societatis*<sup>129</sup>. Tel serait encore le cas du porteur, qui se borne à rendre un service financier et est assuré de céder ses titres pour un prix qui lui permettra de récupérer sa mise et de percevoir une rémunération, c'est-à-dire pour un prix totalement indépendant de la situation de la société<sup>130</sup>.

**577.** Quelques auteurs contestent par ailleurs la présence, parmi les éléments constitutifs de la société, d'un élément intentionnel. Dès 1922, Whal refusa de voir dans l'*affectio societatis* un élément essentiel de la société<sup>131</sup>. Monsieur Paul Didier, par ailleurs, estime que ce que l'on nomme l'*affectio societatis* n'est, en fait, que le droit de participer aux délibérations sociales<sup>132</sup>. Pour parvenir à cette conclusion, il observe que ce droit permet de distinguer la société du prêt avec participation aux bénéfices, du louage de service ou encore du bail<sup>133</sup>. Il rejette par ailleurs l'idée selon laquelle l'*affectio societatis* jouerait un rôle de régulateur du fonctionnement de la société. L'*affectio societatis* ne serait, au cours de la vie sociale, qu'une

<sup>121</sup> PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1967, p. 44 et p. 51.

<sup>122</sup> SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préf. M. Bischoff, Sirey, 1969, n° 12, p. 7.

<sup>123</sup> BONNEAU (T.), La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés, *RTD com.* 1988.535, spéc. n° 69, p. 577 ; REBOUL (N.), art. préc., n° 17, p. 438 ; LUCAS (F.-X.), Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ?, art. préc., p. 217 ; PAILLUSSEAU (J.), *op. et loc. cit.*

<sup>124</sup> BONNEAU (T.), *eod. loc.*

<sup>125</sup> BERMOND DE VAULX (J.-M.), Le spectre de l'*affectio societatis*, art. préc., n° 11, p. 185.

<sup>126</sup> BONNEAU (T.), art. préc., n° 69, p. 577 ; REBOUL (N.), art. préc., n° 17, p. 438 ; SCHMIDT (D.), thèse préc., n° 12, p. 7.

<sup>127</sup> MERLE (P.), *op. cit.*, n° 43, p. 70 ; LUCAS (F.-X.), Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ?, art. préc., p. 217.

<sup>128</sup> BERMOND DE VAULX (J.-M.), Le spectre de l'*affectio societatis*, art. préc., n° 11, p. 185.

<sup>129</sup> BERMOND DE VAULX (J.-M.), Le spectre de l'*affectio societatis*, art. préc., n° 13, p. 185.

<sup>130</sup> LUCAS (F.-X.), Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ?, art. préc., p. 217 ; LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 266s., p. 137s. ; ETAIN (P.), note sous Com., 21 janv. 1997, *Petites affiches.*, 11 fév. 1999, n° 30, p. 15, spéc. p. 19 ; GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, op. cit.*, n° 256, p. 377.

<sup>131</sup> WAHL (A.), *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Sirey, 1922, n° 469, p. 453.

<sup>132</sup> DIDIER (P.), *op. cit.*, p. 36.

<sup>133</sup> *Ibid.*

modalité du devoir de coopération qui s'impose à tous les contractants dans les conventions de moyenne ou de longue durée<sup>134</sup>.

**578.** D'autres auteurs, tout en admettant que l'*affectio societatis* constitue l'un des éléments essentiels du contrat de société, limitent sa prévalence au moment de la constitution de la société.

Messieurs Cozian et Viandier et Madame Deboissy estiment ainsi qu'elle n'est rien d'autre que la volonté de participer au pacte social, c'est-à-dire le consentement au contrat de société<sup>135</sup>. Ils critiquent ensuite la définition adoptée par la Cour de cassation, en faisant valoir que la seule règle commune à toutes les sociétés est que chaque associé dispose du droit de participer à la gestion sociale en prenant part aux décisions collectives. La participation effective qu'implique la définition de l'*affectio societatis* ne serait ainsi l'objet d'aucun engagement juridiquement sanctionné. Corrélativement, la distinction, opérée sur la base de l'existence de la volonté de participer à la gestion sociale, entre investisseurs et véritables associés, reviendraient à prendre en compte les mobiles des associés.

Similairement, Monsieur Germain considère que l'*affectio societatis* n'est que la volonté de conclure un contrat de société, volonté qui ne se distingue pas de celle de conclure un contrat d'une nature donnée, nécessaire à la conclusion de tout contrat<sup>136</sup>.

**579.** La notion d'*affectio societatis* et son rôle font donc l'objet de vives controverses. Il est toutefois possible, malgré les divergences doctrinales, de la définir.

### **B – La définition de la notion d'*affectio societatis***

**580.** Certains auteurs ont soutenu que le critère de distinction entre la société et les contrats voisins résidait dans le droit de participer à la gestion de la société<sup>137</sup>. L'*affectio societatis*, érigé par la jurisprudence en critère de distinction de la société et des contrats voisins, ne serait ainsi que ce droit. Une telle approche nous semble cependant devoir être écartée. En effet, l'*affectio societatis* est avant tout, une intention (1). Plus précisément, elle peut être définie comme la volonté de collaborer dans l'intérêt commun et sur un pied d'égalité au succès de l'entreprise commune (2).

---

<sup>134</sup> v. également MATHEY (N.), note sous Com., 16 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 45, p. 270, qui estime que la référence à l'*affectio societatis* est contestable, et renvoie, pour justifier cette opinion, aux développements de Wahl.

<sup>135</sup> COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 147, p. 70.

<sup>136</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *op. cit.*, n° 1056-34, p. 22.

<sup>137</sup> *Supra* n° 577.

1 – L’*affectio societatis* est une intention

**581.** Aucun auteur ne conteste que les éléments matériels de la société – la mise en commun d’apports, le partage des bénéfices et, le cas échéant, la contribution aux pertes- ne suffisent pas toujours à la distinguer de situations voisines, tel que l’indivision, le prêt avec participation aux bénéfices ou le contrat de travail. La question n’est donc que de savoir quel est ou quels sont les éléments qui permettent de distinguer le contrat de société de l’indivision ou des contrats voisins. Or, contrairement à ce que soutiennent certains contempteurs de l’*affectio societatis*<sup>138</sup>, le droit de participer aux délibérations sociales ne saurait toujours suffire à faire ce départ. Il ne permet pas, en particulier, de distinguer la société de l’indivision conventionnelle.

L’article 1873-2 du Code civil permet à deux ou plusieurs personnes de conclure une convention d’indivision. La distinction avec le contrat de société peut alors être délicate<sup>139</sup>. Le ou les biens indivis peuvent également constituer des apports. Les indivisaires peuvent partager, et même rechercher, les bénéfices qui proviennent des biens indivis<sup>140</sup>. Ils doivent par ailleurs contribuer aux pertes<sup>141</sup>. Les indivisaires disposent, enfin, du droit de participer à la gestion de l’indivision. Ce droit était certain sous l’empire des dispositions issues de la loi du 31 décembre 1976, qui prévoyait que les actes de disposition comme d’administration devaient être effectués avec le consentement unanime des indivisaires<sup>142</sup>. Quoique réduit, il continue d’exister sous l’empire des textes résultant de la loi du 23 janvier 2006. L’accord unanime des indivisaires reste en principe requis pour les actes ne ressortissant pas à l’exploitation courante de l’indivision<sup>143</sup>. Les actes d’administration impliquent par ailleurs en principe l’accord du ou des indivisaires titulaires d’au moins les deux tiers des droits indivis<sup>144</sup>. Les membres d’une indivision conventionnelle peuvent certes aménager certains

---

<sup>138</sup> Supra n° 577

<sup>139</sup> GUYON (Y.), fasc. préc., n° 39, p. 12.

<sup>140</sup> CAPORALE (F.), Société et indivision, *Rev. soc.* 1979.265, n° 22, p. 274 à propos de l’article 815-10 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 31 décembre 1976. La réflexion demeure valable, dans la mesure où le dernier alinéa de l’article 815-10 du Code civil, tel qu’il résulte de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, prévoit que « *chaque indivisaire a droit aux bénéfices provenant des biens indivis et supporte les pertes proportionnellement à ses droits dans l’indivision* » ; V. également SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Les critères distinctifs de la société et de l’indivision depuis les réformes récentes du Code civil, *RTD com.* 1979.645, n° 57, p. 684.

<sup>141</sup> Art. 815-3 C. civ.

<sup>142</sup> En ce sens : MALAURIE (P.), *op. cit.*, p. 388.

<sup>143</sup> Art. 815-3 du Code civil, tel que modifié par la loi n° 2006-738 du 23 juin 2006 ; V. MALAURIE (P.), *op. cit.*, n° 824, p. 388

<sup>144</sup> Art. 815-3 du Code civil, tel que modifié par la loi n° 2006-738 du 23 juin 2006 ; V. MALAURIE (P.), *op. cit.*, n° 827, p. 390



de ces droits<sup>145</sup>. Ils peuvent notamment confier la gestion de l'indivision à un gérant<sup>146</sup>. Cependant, ils ne sont pas pour autant dépourvus du droit d'intervenir dans les affaires sociales. D'une part, certains actes continuent à ne pouvoir être effectués qu'avec le consentement des indivisaires<sup>147</sup>. D'autre part, l'organisation de la gestion de l'indivision suppose elle-même ce consentement. L'indivisaire n'est ainsi jamais privé de son droit de participer à la gestion de l'indivision.

Le seul critère possible de distinction entre la société et l'indivision réside alors dans l'*affectio societatis*<sup>148</sup>. Plus précisément, il réside dans la volonté d'affecter des biens à l'entreprise commune<sup>149</sup>.

**582.** Le caractère intentionnel de l'*affectio societatis* ne doit toutefois pas conduire à la confondre avec les mobiles des associés. L'*affectio societatis* correspond à l'intention de s'associer<sup>150</sup>. Les mobiles sont les raisons, propres à chacun, qui ont déterminé cette intention<sup>151</sup> : tel associé s'engage pour augmenter ses revenus, tel autre pour réaliser une plus-value, tel autre encore pour exercer une activité professionnelle<sup>152</sup>. Ils doivent être distingués de l'intention de s'associer. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de censurer la décision qui, pour annuler des sociétés pour défaut d'*affectio societatis*, s'était fondée sur les motivations des parties<sup>153</sup>. En statuant par de tels motifs, impropres à exclure leur volonté de s'associer, la cour d'appel avait privé sa décision de base légale.

---

<sup>145</sup> En ce sens MALAURIE (P.), *op. cit.*, n° 838, p. 395 ; v. art. 1873-8 C. civ.

<sup>146</sup> Art. 1873-5 C. civ. ; *adde* TERRE (F.) et SIMLER (PH.), *op. cit.*, n° 599, p. 455.

<sup>147</sup> Les pouvoirs du gérant d'une indivision conventionnelle ne peuvent excéder ceux attribués à chaque époux sur les biens communs (TERRE (F.) et SIMLER (PH.), *op. cit.*, n° 600, p. 455). Le gérant ne peut ainsi, par exemple, aliéner ou grever de droits réels des immeubles, fonds de commerce, droits sociaux ou meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité (*Ibid.*). Et l'article 1873-8 du Code civil précise qu'aucun immeuble indivis ne peut être aliéné sans l'accord de tous les indivisaires, si ce n'est en application des articles 815-4 et 815-5 du Code civil. Hors des cas d'application de ces articles, les immeubles indivis ne peuvent ainsi être aliénés sans l'accord unanime des indivisaires.

<sup>148</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C.), art. préc., n° 47s., p. 679s. ; GUYON (Y.), fasc. préc., n° 39, p. 12.

<sup>149</sup> Com., 18 nov. 1997, *Bull. Joly* 1998, § 52, p. 145, reprenant le critère proposé par Madame Saint-Alary-Houin : SAINT-ALARY-HOUIN (C.), art. préc., n° 59s., p. 686s.

<sup>150</sup> REBOUL (N.), art. préc., p. 427 ; V. également COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 147, p. 70.

<sup>151</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 264, p. 210.

<sup>152</sup> REBOUL (N.), *eod. loc.*

<sup>153</sup> Com., 10 fév. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 71, p. 55, *Bull. Joly* 1998, p. 767, obs. DAIGRE (J.-J.). En l'espèce, une société exploitant l'activité de distribution de fruits et légumes d'une chaîne de supermarchés proposait à ses salariés d'exploiter les fonds de commerce de fruits et légumes dans des emplacements situés à l'intérieur des surfaces commerciales. Des sociétés anonymes furent créées pour conclure ces contrats, dans lesquelles le distributeur détenait une action. Des différends étant survenus, les exploitants des fonds de commerce assignèrent le distributeur pour obtenir la nullité des contrats de location gérance et des sociétés constituées. La cour d'appel fit droit aux demandes des exploitants, au motif que cette situation excluait l'intention de s'associer dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité.

**583.** L'*affectio societatis* est ainsi une intention : la volonté de s'associer. Cette définition n'est toutefois pas suffisante ; elle ne permet pas de sortir du cercle vicieux que dénonçait le doyen Hamel<sup>154</sup> et qui résulte du fait que définir l'*affectio societatis* par l'intention de s'associer ne permet pas de déterminer un critérium de la société<sup>155</sup>. Il ne permet notamment pas de justifier les arrêts ayant sanctionné l'absence d'*affectio societatis* dans des sociétés immatriculées : en quoi cette intention se différencie-t-elle de la simple volonté de devenir titulaire de parts ou d'actions qui existait dans ces espèces ? Il apparaît alors nécessaire de préciser le contenu de cette intention de s'associer et ses manifestations<sup>156</sup>.

2 – L'*affectio societatis* se manifeste à travers la volonté de participer, dans l'intérêt commun, et sur un pied d'égalité, à l'entreprise commune

**584.** Ainsi que le souligne aujourd'hui de nombreux auteurs<sup>157</sup>, l'*affectio societatis*, entendue comme l'élément intentionnel qui permet de distinguer la société des situations voisines, ne semble pouvoir faire l'objet d'une définition unitaire, impliquant que tous les associés seraient animés de la même intention. Sans même aborder la question de la prévalence de cette intention, et se demander si tous en sont animés, il n'est pas contesté que tous les associés ne conçoivent pas leur association identiquement. Le « contrôlaire » d'une grande société par action n'est pas animé des mêmes intentions que l'associé minoritaire d'une société familiale ou que celui qui a acquis des parts d'une société pour y exercer son activité professionnelle avec d'autres.

**585.** Cela ne nous semble toutefois pas signifier que l'*affectio societatis* pourrait prendre des « formes » diverses, allant de la collaboration volontaire à la participation à la gestion, jusqu'au parallélisme des intérêts et à l'absence de subordination<sup>158</sup>. La formule semble en effet signifier que l'*affectio societatis* de certains associés résiderait uniquement dans la volonté de collaborer, que d'autres ne seraient animés que de la volonté de participer à la gestion... Or une telle segmentation apparaît incompatible avec les conditions que doit remplir le consentement des associés pour permettre valablement la formation d'une société. Pour qu'elle se forme, les associés doivent en effet avoir l'intention de constituer une

---

<sup>154</sup> HAMEL (J.), art. préc., p. 762.

<sup>155</sup> La définition de l'*affectio societatis* proposée par Monsieur Serlooten – elle serait la volonté de faire un contrat de société (Supra n° 571) – nous semble en conséquence devoir être rejetée.

<sup>156</sup> AMIAUD (A.), art. préc., p. 2.

<sup>157</sup> Supra n° 574s.

<sup>158</sup> V. pour une telle formule : REBOUL (N.), art. préc., n° 11, p. 433 ; GUYON (Y.), fasc. préc., n° 14, p. 6.

société<sup>159</sup>, et non, pour reprendre les cas qui soulèvent des difficultés, de conclure un contrat de prêt, un contrat de travail, un contrat d'édition, de créer une indivision. Il résulte dès lors de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'ils doivent, lors de la formation du contrat de société, vouloir affecter des biens à l'entreprise commune et participer à la gestion, sans lien de subordination, et dans l'intérêt commun. Si, en effet, l'une des composantes de cette intention manque, le contrat n'est plus un contrat de société, mais un prêt, un contrat de travail, une indivision... Et c'est vainement que l'on objecterait que les associés ne sont pas égaux, tous n'ayant pas les mêmes droits dans la conduite des affaires sociales, et que tous n'entendent pas participer à la gestion de la société<sup>160</sup>. Certes, contrairement à ce que soutenait Pic, il n'est pas requis une collaboration égalitaire de tous les associés à la conduite des affaires sociales<sup>161</sup>. Mais il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que, alors même que les associés se trouvent parfois dans des situations de droit et de fait différentes<sup>162</sup>, la constitution d'une société est incompatible avec l'existence d'un lien de subordination. Les associés, pour se distinguer de simples prêteurs, doivent en outre avoir l'intention de participer, sur un pied d'égalité, à la prise de décisions importantes<sup>163</sup>.

Il apparaît ainsi que les associés doivent nécessairement être animés, lors de la constitution de la société, de la volonté de collaborer ensemble, dans un intérêt commun et sur un certain pied d'égalité, à l'exploitation de l'entreprise commune. Plutôt que d'estimer que l'*affectio societatis* revêtirait des formes différentes, il semble préférable de considérer, pour reprendre les termes employés par Monsieur Merle, que cette intention constitue un plus petit dénominateur commun, qui inclut les éléments nécessaires pour qu'il soit possible de considérer qu'un associé est animé par l'*affectio societatis*<sup>164</sup>. En fonction du type de société ou des circonstances, cette volonté se manifeste différemment. La volonté d'une collaboration égalitaire, ou celle de participer à la gestion, sont tour à tour, ainsi que le soutenait Guyon, « prépondérantes »<sup>165</sup>. Mais elles n'occulent pas totalement les autres composantes de cette intention. Si le juge s'attache, en fonction de la difficulté à résoudre, à

<sup>159</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *op. cit.*, n° 1056-34, p. 23.

<sup>160</sup> V. en ce sens l'analyse du Doyen Hamel, *supra* n° 568.

<sup>161</sup> *Supra* n° 567.

<sup>162</sup> Ainsi que le remarquait le Doyen Hamel, Les commanditaires n'ont pas les mêmes droits que les commandités. L'article L. 222-5 du Code de commerce prévoit, par exemple, que la réunion d'une assemblée de tous les associés est de droit si un commandité le demande, et seulement si le quart en nombre et en capital des commanditaires le demande (V. déjà en ce sens AMIAUD (A.), art. préc., p. 3). Par ailleurs, certains associés disposent, en fait, du pouvoir dans la société alors qu'ils ne sont titulaires que d'une portion des parts sociales ou des actions (V. en ce sens *infra* n° 606s., sur le contrôle).

<sup>163</sup> AMIAUD (A.), art. préc., p. 3.

<sup>164</sup> MERLE (P.), *op. cit.*, n° 43, p. 70.

<sup>165</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires, op. cit.*, n° 126, p. 135.

l'une ou l'autre de ces caractéristiques, c'est toujours, à travers cette caractéristique, l'existence de l'ensemble de la volonté ainsi définie qu'il vérifie.

**586.** Il apparaît dès lors possible, sur la base de ces précisions de distinguer différentes catégories de cessions ou d'associés.

## **§ 2 – La mise en œuvre de la notion d'*affectio societatis***

**587.** L'*affectio societatis* est, on l'a vu, l'un des éléments essentiels pour la constitution d'une société. En revanche, le droit positif ne semble pas sanctionner la disparition de l'*affectio societatis* au cours de la vie sociale, ni exiger l'*affectio societatis* du cessionnaire de droits sociaux. Il apparaît alors possible de fonder une distinction, d'une part, sur l'*affectio societatis* des associés bénéficiaires d'une promesse d'achat ou obligés par une promesse de vente de leurs droits sociaux<sup>166</sup> (A) et, d'autre part, sur celle des cessionnaires de droits sociaux (B).

### **A – La distinction fondée sur l'*affectio societatis* du cédant éventuel de droits sociaux**

**588.** Il est possible de distinguer plusieurs catégories de cédants éventuels (1), distinction qui pourrait fonder factuellement une application sélective de la prohibition des clauses léonines (2).

#### **1 – La prévalence de l'*affectio societatis* chez les associés qui vont céder leurs droits en application d'une promesse d'achat ou de vente de droits sociaux**

**589.** Les motifs de conclusion d'une promesse d'achat ou de vente de droits sociaux sont fort nombreux. Elles sont parfois l'outil de dénouement d'une convention de portage. Elles interviennent également pour organiser la cession progressive de l'ensemble des parts sociales ou actions appartenant à un associé. Dans un certain nombre de cas, elles sont un moyen pour le cessionnaire, qui ne dispose pas des moyens financiers nécessaires pour acheter l'ensemble des droits sociaux, d'étaler le paiement du prix<sup>167</sup>. Elles sont parfois une condition de l'engagement d'un associé, qui n'accepte de verser des fonds dans la société qu'à la condition

---

<sup>166</sup> Nous désignerons dans la suite de ce travail les associés bénéficiaires d'une promesse d'achat ou obligés par une promesse de vente de leurs droits sociaux par le terme de cédants éventuels.

<sup>167</sup> Supra n° 46

de bénéficier d'une promesse de rachat à un prix lui assurant le remboursement des fonds versés<sup>168</sup>. Lorsque le prix des droits sociaux stipulé dans la promesse dépend des résultats de la société après la cession d'une première partie des droits, elles peuvent encore être un moyen, pour le cessionnaire, de s'assurer que le cédant déploiera les moyens nécessaires pour que la transmission de l'entreprise s'opère dans de bonnes conditions.

**590.** De nombreuses promesses d'achat ou de vente de droits sociaux sont ainsi conclues par des associés qui sont animés de l'*affectio societatis* ou l'ont été avant la conclusion de la promesse. L'ancien contrôleur, qui a conservé une partie de ses droits sociaux pour permettre l'étalement du paiement de l'ensemble, et s'est engagé à les céder à un prix déterminé d'avance, a été animé de cette intention. Plus largement, de nombreuses promesses portent sur les droits détenus par des associés qui, sans détenir le contrôle de la société, se sont investis dans l'activité sociale et ont ainsi manifesté une certaine *affectio societatis*.

La conclusion de la promesse, spécialement lorsque le prix en est fixé définitivement, entraîne généralement la disparition de l'*affectio societatis* du cédant. Tel peut notamment être le cas lorsque l'étalement de la cession avait pour but de permettre au cessionnaire de payer les parts sociales ou actions. Assuré de percevoir un prix indépendant de l'activité sociale, exclu de la gestion par un cessionnaire qui souhaite contrôler seul l'entreprise, le cédant n'a souvent plus de raison de s'intéresser à la vie sociale et s'en désintéresse effectivement. Toutefois, cette observation ne peut être généralisée. La conclusion d'une promesse d'achat ou de vente n'est pas incompatible avec le maintien d'une certaine *affectio societatis*. Lorsque le prix dépend de l'activité sociale, le cédant peut par exemple continuer à participer à la gestion sociale afin de s'assurer qu'il cédera ses droits à un prix qui lui convient.

**591.** Cependant, plusieurs types de cédants éventuels peuvent être considérés comme n'étant pas et n'ayant jamais été animés de l'*affectio societatis*.

**592.** L'*affectio societatis* étant définie comme l'intention de collaborer à une entreprise commune, son existence est exclue chez l'associé unique d'une société unipersonnelle<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> V. par exemple l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 27 septembre 2005 cité supra n° 77.

<sup>169</sup> En ce sens LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 157, p. 80 ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 43, p. 70 ; MAGNIER (V.), *op. cit.*, n° 81 p. 50 ; v. également MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 320, p. 137 . v. également BERMOND DE VAULX (J.-M.), Le spectre de l'*affectio societatis*, art. préc., n° 13, p. 185 à propos de l'EURL ; moins explicitement, GUYON (Y.), fasc. préc., n° 12, p. 5 ; CHAMPAUD (C.), Le contrat de société existe-t-il encore, in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux et recherches de la Faculté des sciences juridiques de Rennes, Economica, 1987, p. 125, spéc. p. 126. On relèvera que la portée pratique de ce constat est limitée au regard de l'objectif du présent travail : les associés d'une société unipersonnelle ne peuvent en effet, par définition, se voir

Elle l'est, en particulier, lorsqu'il conclut une promesse d'achat ou de vente de ses droits sociaux.

**593.** Il apparaît par ailleurs difficile de considérer que l'associé de complaisance, qui a acquis des parts sociales ou des actions pour que soit réuni le nombre d'associés requis<sup>170</sup>, est animé d'une quelconque *affectio societatis*<sup>171</sup>. Il n'est souvent titulaire que de quelques parts ou actions, voire d'une seule. Il n'entend aucunement participer à la gestion de la société – l'associé principal n'entend d'ailleurs pas qu'il y participe- et n'espère pas percevoir de dividendes, ni de boni de liquidation. Il n'est parfois pas même réellement soumis aux pertes, dans la mesure où les sommes nécessaires à l'apport lui ont été fournies par l'associé « principal », et n'ont vocation à lui être remboursées que si la société s'avérait *in bonis* lors de la liquidation. Enfin, pas plus que le précédent, cet associé n'acquiert l'*affectio societatis*, dont il était dépourvu, lorsqu'il conclut une promesse d'achat ou de vente de droits sociaux.

**594.** Si des doutes peuvent subsister sur l'absence d'*affectio societatis* de l'associé de complaisance<sup>172</sup>, une telle absence apparaît en revanche difficilement contestable chez le porteur de droits sociaux. Les termes de la convention de portage tendent en effet le plus souvent à garantir ce porteur contre tout risque de perte, en lui assurant le rachat de ses titres à un prix égal ou supérieur à celui auquel il les a acquis<sup>173</sup>. Il n'a par ailleurs le plus souvent aucune intention de participer à la gestion de la société et d'œuvrer dans un but commun<sup>174</sup>. Il en est en particulier ainsi lorsque porteur et donneur d'ordre conviennent que le porteur exercera son droit de vote conformément aux instructions du donneur d'ordre ou du bénéficiaire<sup>175</sup>. N'étant intéressé ni aux résultats financiers de la société, ni à sa gestion, il n'a aucunement l'intention de collaborer à l'entreprise commune pour partager le bénéfice qui en

---

privés des bénéfices ou garantis contre les pertes par un coassocié. Aussi leur absence d'*affectio societatis* n'a-t-elle pas d'influence sur la validité des promesses de vente ou d'achat de droits sociaux auxquelles ils seraient parties.

<sup>170</sup> L'hypothèse est essentiellement celle de la cession du contrôle d'une société, dans le cadre de laquelle le cessionnaire demande à certaines personnes d'acquérir des parts sociales ou actions pour que la société demeure pluripersonnelle. Elle peut également être celle d'une SARL, dans laquelle le gérant, et seul associé véritable, souhaite n'être titulaire que d'une minorité des parts sociales pour pouvoir bénéficier du statut de gérant minoritaire.

<sup>171</sup> V. implicitement CHAMPAUD (C.), Le contrat de société existe-t-il encore, art. préc. , p. 133, qui, sans relever explicitement que l'associé de complaisance est dépourvu d'*affectio societatis*, estime que l'admission de la validité d'une société constituée avec des associés de complaisance marque un recul du caractère contractuel de la société.

<sup>172</sup> Il risque, au moins en théorie, de perdre son apport, et peut se soucier à ce titre de l'activité sociale.

<sup>173</sup> Supra n° 151 et les références citées.

<sup>174</sup> TREILLE (B.), Les conventions de portage, *Rev. soc.* 1997.721, spéc. p. 752.

<sup>175</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 266, p. 137.

résultera. Rien ne semble dès lors permettre de considérer qu'il est animé par l'*affectio societatis*<sup>176</sup>.

Et l'on ne saurait, à cet égard, soutenir qu'il est animé par l'*affectio societatis* dans la mesure où le service qu'il accepte de rendre consiste à se rendre actionnaire de la société et donc de se comporter comme un associé<sup>177</sup>. Un tel raisonnement consiste à dire que l'actionnaire est animé par l'*affectio societatis* parce qu'il est actionnaire et donc à priver cette notion de toute utilité dans les sociétés immatriculées. On ne saurait davantage soutenir que l'*affectio societatis* du porteur ne doit pas être remise en cause dans la mesure où celle de l'actionnaire, dont la motivation unique est de percevoir des dividendes et dont le comportement est passif, ne serait pas remise en cause<sup>178</sup>. D'une part en effet, certains auteurs contestent l'*affectio societatis* de cet actionnaire<sup>179</sup>. D'autre part, on ne saurait justifier une exception à l'exigence d'*affectio societatis* en se bornant à évoquer d'autres exceptions<sup>180</sup>.

**595.** Enfin, au sein des associés qui ne sont ni des porteurs, ni des associés de complaisance, certains n'ont jamais été animés de la volonté de participer à la vie sociale. Ainsi que le démontre une partie de la doctrine<sup>181</sup>, certains associés n'acquièrent des droits sociaux que pour percevoir des dividendes ou pour réaliser, après un temps variable, une plus-value en les cédant. Il peut s'agir par exemple du particulier titulaire de quelques actions d'une grande société qu'il a acquises à titre de placement. Il peut également s'agir du détenteur de fonds qui entend, de la sorte, réaliser un investissement profitable. L'un comme l'autre se désintéressent de la gestion de la société, ne participent pas aux assemblées et ne s'informent pas de l'activité sociale. Ils se considèrent davantage comme de simples créanciers de la société que comme des associés. Ils n'ont aucune intention de collaborer à l'entreprise commune, et se bornent à en attendre un enrichissement personnel, fût-il au détriment de la société. Or, ainsi que l'a écrit Monsieur Bermond de Vaultx, une telle attente n'est pas l'*affectio societatis*<sup>182</sup>. Ces bailleurs de fonds ne se distinguent ainsi guère du prêteur qui n'est soucieux de l'activité de son débiteur que parce qu'elle influe sur sa

---

<sup>176</sup> En ce sens LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 265, p. 137 ; GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, op. cit.*, n° 256, p. 377 ; SCHMIDT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, art. préc., p. 47 ; v. également, mais de manière moins nette TREILLE (B.), *eod. loc.*

<sup>177</sup> Pour une telle justification : TREILLE (B.), art. préc., p. 752 ; SOUMRAMI (S.), *op. cit.*, n° 666, p. 423.

<sup>178</sup> Pour une telle justification : TREILLE (B.), *eod. loc.*

<sup>179</sup> BERMOND DE VAULX (J.-M.), Le spectre de l'*affectio societatis*, art. préc., n° 11, p. 185.

<sup>180</sup> Si des exceptions à un principe peuvent démontrer que ce principe n'est pas absolu, et permettent d'envisager de nouvelles exceptions, encore faut-il que celles-ci soient justifiées.

<sup>181</sup> *Supra* n° 0576.

<sup>182</sup> BERMOND DE VAULX (J.-M.), Le spectre de l'*affectio societatis*, art. préc., n° 11, p. 185.

solvabilité<sup>183</sup>. Et rien ne permet de penser que la conclusion d'une promesse d'achat ou de vente des actions qu'ils détiennent ferait naître cette *affectio societatis*. Aussi ces associés constituent-ils, lorsqu'ils concluent une telle promesse, un type de cédants éventuels dépourvus d'*affectio societatis*.

**596.** Les observations qui précèdent demeurent valables alors même que la cession ou la promesse de vente ou d'achat porte sur des parts sociales ou actions assorties de droits particuliers, telles que les actions de préférence<sup>184</sup>.

Certes, le fait de disposer de droits financiers ou politiques restreints ou accrus n'est probablement pas sans lien avec l'*affectio societatis* du titulaire de tels droits. Les titulaires de droits sociaux assortis de droits financiers accrus sont peut-être davantage concernés par l'activité sociale : elle a pour eux plus de conséquences que pour le titulaire du même nombre d'actions ordinaires. Réciproquement, les titulaires d'actions dont les droits financiers sont restreints ont peut-être tendance à s'intéresser moins à la vie sociale. Par ailleurs, les acquéreurs d'actions assorties de droits politiques renforcés sont plus souvent animés de l'*affectio societatis* : c'est en effet souvent cette intention qui les a incités à acquérir de telles actions. A l'inverse, les titulaires de droits sociaux assortis de droits politiques restreints ont probablement une *affectio societatis* moins forte.

<sup>183</sup> Contrairement à ce que soutiennent certains auteurs (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 150, p. 71), ce raisonnement ne nous semble pas procéder d'une confusion de la volonté juridique –l'*affectio societatis*– et des mobiles. Constaté que certains titulaires de droits sociaux ne sont pas animés de l'intention de collaborer dans l'intérêt commun et sur un pied d'égalité au succès de l'entreprise commune ne nous semble pas relever de l'analyse des raisons pour lesquelles ils s'engagent. Il ne s'agit pas de répondre à la question : pourquoi consentent-ils à constituer une société ? Il s'agit de rechercher, en amont, à quoi ils ont consenti.

<sup>184</sup> L'article L. 228-11 du Code de commerce tel que modifié par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 permet la création d'actions de préférence avec ou sans droits de vote assorties de droits particuliers de toute nature (V. sur ces actions VIANDIER (A.), Les actions de préférence, *JCP* éd. E 2004.I.1440). Les statuts peuvent par exemple prévoir que les droits financiers de certains associés ou des titulaires de certaines actions seront augmentés ou diminués. La répartition des résultats est en principe proportionnelle à la part détenue dans le capital social (Art. 1844-1 du Code civil). Mais ces dispositions ne sont pas d'ordre public (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 137, p. 64). Sous réserve de respect de la prohibition des clauses léonines, les statuts d'une SARL semblent ainsi pouvoir attribuer à certains associés une part accrue ou restreinte des bénéfices (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 1061, p. 456). Dans les sociétés anonymes, des actions de préférences assorties de droits financiers restreints ou accrus peuvent de même être émises (v. en ce sens VIANDIER (A.), Les actions de préférence, art. préc., n° 16, p. 1530). Les droits extra-pécuniaires des associés peuvent également être modifiés. Cette possibilité apparaît restreinte. Le principe d'égalité politique semble d'ordre public, de telle sorte que les droits de vote attachés à des droits sociaux ne sauraient être modifiés en l'absence de disposition l'autorisant. Notamment, les statuts ne peuvent conférer à des associés de SARL un droit de vote accru ou restreint (MERLE (P.), *op. cit.*, n° 212 p. 239, COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. et loc. cit.*). De même, des actions à droits de vote multiples ne semblent pouvoir être créées dans les sociétés anonymes (VIANDIER (A.), Les actions de préférence, art. préc., n° 21, p. 1531). En revanche, des actions dépourvues de droit de vote peuvent être créées (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 934, p. 403 ; VIANDIER (A.), Les actions de préférence, art. préc., n° 21, p. 1531). Par ailleurs, dans les SAS, une très grande liberté prévaut, qui autorise notamment la création d'actions à droits de vote multiples (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 902, p. 394).



Toutefois, les variations des droits financiers ou politiques n'ont pas d'effet systématique sur l'*affectio societatis*. Un bailleur de fonds peut par exemple acquérir des actions assorties de droits financiers accrus, sans pour autant être animé de cette volonté. Dans la mesure où il n'est pas possible de supprimer totalement les droits pécuniaires d'un actionnaire<sup>185</sup>, le titulaire d'actions assorties de droits financiers réduits conserve nécessairement un intérêt financier à l'exploitation commune. Il n'est ainsi pas nécessairement dépourvu d'*affectio societatis*<sup>186</sup>. La modification des droits politiques n'a de même pas d'effet systématique sur l'*affectio societatis*. Dès lors que tout droit politique ne saurait être supprimé, tout associé peut s'investir dans les affaires sociales. On ne peut ainsi exclure *a priori* que les titulaires d'actions assorties de droits politiques restreints soient animés de l'*affectio societatis*. Ils ne peuvent en effet être dépourvus de tout droit politique. L'article L. 228-19 du Code de commerce permet aux porteurs d'actions de préférence réunis en assemblée spéciale de demander à l'un des commissaires aux comptes de la société d'établir un rapport spécial sur le respect des droits particuliers attachés aux actions de préférence. Quoique le texte ne précise pas les suites qui peuvent être données au rapport, il semble qu'un titulaire d'actions de préférence puisse, sur la base de ce rapport, engager la responsabilité de la société<sup>187</sup>. Le fait d'être titulaire d'actions de préférence n'est ainsi jamais incompatible avec une forme de contrôle de l'activité sociale, fut-il limité. Corrélativement, il n'exclut pas nécessairement toute volonté de participer aux affaires sociales.

La distinction proposée entre associés animés de l'*affectio societatis* et associés dépourvus de cette intention peut ainsi s'appliquer à tous les types de droits sociaux, et spécialement aux actions de préférence.

**597.** L'existence ou l'absence d'*affectio societatis* pourrait dès lors fonder une distinction, au regard de la prohibition des clauses léonines, entre deux catégories de cédants.

## 2 – La distinction fondée sur la prévalence de l'*affectio societatis* chez les cédants éventuels

**598.** La présence ou l'absence d'*affectio societatis* du cédant ne peut fonder, on peut d'ores et déjà le noter, une distinction utile au regard du droit de la vente. En l'absence d'*affectio*

---

<sup>185</sup> En ce sens à propos des actions de préférence : VIANDIER (A.), Les actions de préférence, art. préc., n° 13, p. 1530.

<sup>186</sup> En l'absence de tout intérêt pécuniaire, l'*affectio societatis* serait nécessairement exclue dans la mesure où l'actionnaire, n'ayant plus d'intérêt à l'exploitation, ne pourrait être animé de la volonté d'exploiter la société dans l'intérêt commun. Dès lors en revanche que cet intérêt subsiste, l'*affectio societatis* peut exister.

<sup>187</sup> VIANDIER (A.), Les actions de préférence, art. préc., n° 77, p. 1537.

*societatis* rien ne semble justifier l'éviction du droit de la vente, sauf à ce que soit caractérisé un autre élément dont la présence peut produire un tel effet. La consécration d'une distinction fondée sur l'*affectio societatis* du cédant n'aurait par ailleurs qu'une utilité pratique très réduite. La majorité des difficultés soulevées par les exigences relatives au prix de vente apparaît en effet dans le cadre de cessions immédiates, dans lesquelles le cédant, perdant la qualité d'associé, perd en même temps toute *affectio societatis*. L'éviction du droit de la vente au motif que le cédant resterait animé de l'*affectio societatis* n'aurait donc qu'un effet pratique très limité.

**599.** A l'inverse, une distinction entre les cédants éventuels dépourvus d'*affectio societatis* lors de la conclusion de la promesse et ceux qui demeurent animés de cette intention pourrait, de prime abord, sembler intéressante. Dans la plupart des cas où la promesse comporte un prix définitivement fixé, le cédant est dépourvu d'*affectio societatis* au moment de la naissance de l'acte. Le porteur ou l'investisseur qui n'a accepté d'être associé qu'à la condition d'être assuré contre tout risque de perte n'est le plus souvent pas animé de cette volonté. Tel semble encore être le cas de l'ancien contrôleur qui a cédé une première partie de ses droits sociaux et n'a conservé l'autre partie que pour permettre au cessionnaire de payer leur prix. A supposer qu'elle soit admissible en droit, l'éviction de la prohibition des clauses léonines lorsque le cédant est dépourvu d'*affectio societatis* permettrait de faire échapper de nombreuses promesses au risque de nullité résultant de l'application de l'article 1844-1 du Code civil.

Une telle distinction peut toutefois d'emblée être rejetée comme extrêmement difficile, sinon impossible, à mettre en pratique. Il apparaît aisé de se prononcer sur l'*affectio societatis* du porteur, de l'investisseur, ou de l'associé de complaisance au moment de la conclusion de la promesse litigieuse. Il est en revanche beaucoup plus difficile de déterminer si un associé qui a été animé de l'*affectio societatis* l'est encore lors de la conclusion de la promesse. Le plus souvent, les éléments révélant l'*affectio societatis* ne permettent pas de savoir si, au moment de la conclusion de la cession, cette intention existait ou à quel moment elle a disparu. Le cessionnaire du contrôle qui ne conserve une partie des droits sociaux que pour permettre le paiement du prix perd-il l'intention d'être associé avant la conclusion de la promesse, par exemple lorsqu'il décide de céder ses droits sociaux ? Perd-il cette intention au moment même de cette conclusion ? Après celle-ci ? La difficulté de déterminer le moment exact de la disparition de ce sentiment rend difficilement praticable une telle distinction.

**600.** En revanche, une distinction entre les associés qui n'ont jamais été animés de l'*affectio societatis* et ceux qui ont eu cette intention au cours de la période pendant laquelle ils ont été titulaires des droits sociaux cédés paraît pratiquement envisageable. Elle conduirait à soustraire à la prohibition des clauses léonines tous les associés qui n'ont jamais eu d'*affectio societatis* : porteur, investisseur, associé de complaisance. Au contraire, ceux qui ont manifesté la volonté de participer aux affaires sociales demeureraient dans le champ d'application de la prohibition. Toutes les promesses à prix garanti n'échapperaient alors pas à cette prohibition. En particulier, la promesse d'achat ou de vente conclue pour permettre l'étalement du prix du contrôle d'une société resterait exposée à la sanction prévue par l'article 1844-1 du Code civil. Cependant, à la supposer possible en droit, cette distinction permettrait de faire échapper à la prohibition une grande majorité des conventions soulevant des difficultés, au moyen d'une distinction pratiquement réalisable.

**601.** L'*affectio societatis* du cédant est ainsi un critère envisageable de distinction au regard de la prohibition des clauses léonines. La distinction fondée sur l'*affectio societatis* du cessionnaire permettrait, réciproquement, de faire échapper de nombreuses cessions au risque de nullité résultant de l'application du droit de la vente.

### **B – La distinction fondée sur l'*affectio societatis* du cessionnaires de droits sociaux**

**602.** L'absence de sanction, en droit positif, de la disparition de l'*affectio societatis* permet l'acquisition de droits sociaux par des individus dépourvus d'*affectio societatis*. Le porteur n'est ainsi pas davantage animé de ce sentiment lorsqu'il acquiert les droits que lorsqu'il les revend. De même, l'actionnaire de complaisance ou celui qui s'est borné à effectuer un investissement en achetant des actions d'une grande société n'ont généralement pas plus d'*affectio societatis* lors de l'acquisition des parts sociales ou actions qu'ultérieurement. Enfin, le cessionnaire de l'ensemble des droits sociaux d'une entreprise unipersonnelle ne peut être considéré comme animé de l'*affectio societatis*. Sauf à réduire l'*affectio societatis* à l'intention de créer une société, comme le propose Monsieur Serlooten<sup>188</sup>, aucune des définitions proposées de la notion ne permet de considérer que l'associé d'une société unipersonnelle en est doté. Etant seul, il n'a en particulier aucune volonté de collaborer à une quelconque œuvre commune, ce qui exclut toute *affectio societatis* telle que définie

---

<sup>188</sup> Supra n° 571.

précédemment. Il n'a pas davantage de volonté d'union ou d'intention de reconnaître à d'autres un pouvoir de gestion sur les affaires sociales<sup>189</sup>.

**603.** Bien que son absence ne soit pas sanctionnée, l'*affectio societatis* existe cependant chez de nombreux cessionnaires, comme elle existe chez de nombreux associés après la constitution de la société.

Si certains auteurs dénie à l'existence de l'*affectio societatis* après la constitution de la société tout effet juridique, aucun ne conteste que cette intention perdure, au cours de la vie sociale, chez certains associés. Sauf exception, rien ne permet de contester que, par exemple, le contrôleur d'une société a l'intention de collaborer, sur un pied d'égalité, dans l'intérêt commun au succès de l'entreprise commune<sup>190</sup>. En conservant ses droits sociaux, il manifeste sa volonté d'affecter à l'exploitation commune la part du capital dont il est titulaire. Même si le nombre de parts sociales ou d'actions qu'il détient lui permet de détenir le pouvoir au sein de la société, son acceptation des règles de fonctionnement des assemblées d'associés manifeste l'acceptation d'une certaine égalité entre associés. Les décisions de distribution de dividendes caractérisent par ailleurs l'acceptation de la communauté d'intérêt. Similairement, l'associé minoritaire peut être considéré comme manifestant son intention de collaborer à travers sa participation aux décisions sociales ou à travers le contrôle qu'il exerce sur le fonctionnement de la société<sup>191</sup>.

De même, de nombreux cessionnaires de droits sociaux semblent animés de cette volonté. En acquérant des parts sociales ou des actions, tous manifestent leur volonté d'affecter des biens à l'entreprise commune. Beaucoup manifestent en outre, de manière différente selon leur situation, la volonté de collaborer sur un pied d'égalité et dans l'intérêt commun au succès de l'entreprise commune. Ainsi, rien ne semble permettre de contester l'*affectio societatis* du cessionnaire du contrôle qui rentre dans la société avec l'intention, d'une part, d'assumer la direction de la société tout en acceptant le contrôle de ses coassociés, d'autre part, de distribuer des dividendes à ses coassociés et, de troisième part, de voter, le cas échéant, des décisions favorables à l'entreprise mais pouvant préjudicier à ses propres intérêts<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> V. en ce sens notamment MERLE (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>190</sup> v. par exemple GUYON (Y.), *Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 125, p. 133, qui souligne l'*affectio societatis* « forte » des associés qui ont la maîtrise de l'affaire.

<sup>191</sup> GUYON (Y.), *op. et loc. cit.*

<sup>192</sup> L'existence de cette intention au moment de la cession peut paraître difficile à déceler. La Cour de cassation admet toutefois que le juge se fonde, pour apprécier l'existence de l'*affectio societatis* lors de la constitution de la société, sur des éléments postérieurs (Com., 12 oct. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 330, p. 237). Cette solution semble

Similairement, rien ne semble permettre de contester l'*affectio societatis* de l'individu qui acquiert une participation ne lui donnant pas le contrôle de la société, mais qui est animé de l'intention de participer à la vie sociale, et notamment aux assemblées, dans le respect des règles régissant celles-ci. En voulant participer à la vie sociale, il manifeste son intention de collaborer à l'entreprise commune. L'acceptation des règles de fonctionnement des assemblées, qui garantissent une certaine égalité des associés, révèle son intention de collaborer sur un certain pied d'égalité. Son acceptation de décisions nécessaires à la pérennité de l'entreprise, mais qui réduirait les dividendes qu'il peut percevoir, ou qui réduirait la valeur des droits sociaux<sup>193</sup>, démontre enfin sa volonté d'exploiter la société dans l'intérêt commun.

**604.** Malgré les différentes formes que peut prendre l'absence d'*affectio societatis*, il apparaît ainsi que la distinction entre les associés « politiques » et les bailleurs de fonds, proposée pour les associés, peut être étendue aux acquéreurs de droits sociaux. Certains acquièrent les droits uniquement dans une optique financière qui ne peut, on l'a dit être, assimilée à l'*affectio societatis*<sup>194</sup>. D'autres au contraire entendent participer à la vie sociale, sur un pied d'égalité, dans le but de dégager en commun des bénéfices. Tel est en particulier fréquemment, voire systématiquement, le cas des cessionnaires du contrôle d'une société. Dès lors, une distinction fondée sur l'*affectio societatis* du cessionnaire des droits sociaux, en vertu de laquelle le droit de la vente ne serait pas applicable lorsque ce sentiment est caractérisé, pourrait, si elle était juridiquement justifiable, apporter une solution aux problèmes résultant de l'insertion, dans ces cessions, de clauses permettant de faire varier le prix.

**605.** Malgré les débats dont elle fait l'objet, l'*affectio societatis* semble pouvoir constituer pratiquement le fondement d'une remise en cause du champ d'application du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines. Entendue comme la volonté de participer sur un pied d'égalité et dans l'intérêt commun au succès de l'entreprise commune, cette intention ne se retrouve que rarement chez les associés qui ont consenti une promesse de vente ou qui sont

---

pouvoir être transposée à la cession de droits sociaux, le juge étant autorisé, pour déterminer si le cessionnaire était animé de l'*affectio societatis* au moment de la cession, à se fonder sur des éléments postérieurs à celle-ci.

<sup>193</sup> Il s'agit essentiellement de la mise en réserve d'une partie des bénéfices, qui réduit corrélativement les dividendes distribués. Mais l'on peut également envisager, parmi les décisions favorables à l'entreprise mais qui peuvent desservir les intérêts immédiats des associés, des investissements importants, qui entraînent un accroissement temporaire de l'endettement, et qui, corrélativement, font diminuer la valeur des parts sociales ou actions.

<sup>194</sup> Supra n° 595.

bénéficiaires d'une promesse d'achat à prix garanti. Une restriction de la portée de la prohibition des clauses léonines qui limiterait son champ d'application aux associés qui sont animés de l'*affectio societatis* ou l'ont été permettrait donc, en pratique, de faire échapper la plupart des promesses d'achat ou de vente de droits sociaux au risque d'annulation. Par ailleurs, le cessionnaire est fréquemment animé de ce sentiment lorsqu'il acquiert les droits. Il en est en particulier ainsi des cessionnaires du contrôle d'une entreprise. Une modification du champ d'application du droit de la vente, dont seraient exclues les cessions dans lesquelles le cessionnaire est animé de cette intention, ferait donc échapper nombre de cessions aux risques de nullité résultant de l'application du droit de la vente.

Une autre distinction, fondée sur la présence, parmi les éléments transférés, du contrôle de la société cible, est cependant envisageable.

## **SECTION 2 – LE TRANSFERT DU CONTROLE DE LA SOCIETE CIBLE**

**606.** Dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, tout associé dispose en principe d'un nombre de droits de vote proportionnel à la fraction qu'il détient dans le capital social<sup>195</sup>. Il dispose corrélativement d'un certain pouvoir au sein de la société, entendu dans son sens courant de puissance ou de maîtrise de fait<sup>196</sup>. En exerçant ce droit de vote dans les assemblées générales de la société, chaque associé participe à la vie sociale, sur laquelle il peut exercer par conséquent une certaine influence. Toutefois, si le nombre de droits de vote d'un associé est, en principe, proportionnel à la part du capital social qu'il détient, son influence réelle ne l'est pas. L'actionnaire d'une société anonyme qui détient plus de 50% des droits de vote dans les assemblées générales de la société dispose, en fait, d'un pouvoir bien supérieur à celui qui ne détient que 49 % des droits dans la même société.

---

<sup>195</sup> Certaines dispositions permettent de remettre en cause le droit de vote d'un associé. L'article L. 228-11 du Code de commerce permet par exemple la création, sous certaines conditions et dans certaines limites, d'actions de préférence avec ou sans droit de vote. En raison du caractère d'ordre public de l'égalité politique entre les associés, la possibilité d'attribuer à un associé un nombre de voix non proportionnel à celui des parts sociales qu'il possède semble exclue en l'absence de disposition l'autorisant (en ce sens, à propos des SARL : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 1031, p. 439 ; à propos des sociétés anonymes : JEANTIN (M.), Observations sur la notion de catégorie d'actions, *D.* 1995, chr. 88, spéc. p. 90 ; v. également DAIGRE (J.-J.), Actions catégorielles et avantages particuliers, *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 213, spéc. p. 214). Un arrêt du 9 février 1999 (Com., 9 fév. 1999, *Bull. civ.* IV, n° 44, p. 36) le confirme, qui a jugé que les statuts ne peuvent supprimer le droit de vote d'un associé. L'article L. 223-28 du Code de commerce le précise d'ailleurs explicitement, qui répute non écrite toute clause qui viserait à attribuer à un associé de SARL un nombre de voix non égal à celui des parts sociales qu'il possède.

<sup>196</sup> V. sur la notion de pouvoir : GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985, et sur le fait qu'il désigne, dans le langage courant, une puissance ou une maîtrise de fait : GAILLARD (E.), thèse préc., n° 1, p. 7.

En application de l'alinéa 3 de l'article L. 225-98 du Code de commerce<sup>197</sup>, il peut déterminer les décisions que prend l'assemblée générale ordinaire. Il détient ainsi notamment le pouvoir de nommer et de révoquer les administrateurs<sup>198</sup> et, indirectement le président et les éventuels directeurs généraux<sup>199</sup>. Dans les SARL, l'associé qui détient la majorité des droits de vote peut similairement nommer et révoquer le gérant<sup>200</sup>. L'associé majoritaire nomme donc et révoque, directement ou indirectement, les organes sociaux qui déterminent et mettent en œuvre la politique générale de la société, sa stratégie, son marketing, sa politique commerciale, industrielle, financière...<sup>201</sup>. Il détermine, à travers ces organes, l'ensemble de ses politiques<sup>202</sup>, quand l'actionnaire ou l'associé qui ne détient qu'une petite quantité des droits de vote n'a guère d'influence sur ces éléments. Sans détenir plus de la moitié des droits de vote, l'actionnaire qui en détient le tiers ou l'associé qui détient, selon la date de constitution de la société, le quart ou le tiers des parts sociales, disposent encore d'un pouvoir supérieur à celui qui n'en détient pas une telle fraction, dans la mesure où il peut empêcher les assemblées générales extraordinaires d'adopter les décisions relevant de leur compétence, telles que les décisions de modifications des statuts, de fusion...<sup>203</sup>. Enfin, dans les sociétés comptant de nombreux associés, l'absentéisme aux assemblées générales et la pratique des pouvoirs en blanc permettent à certains actionnaires, détenteurs d'une fraction du capital social inférieure à la moitié, de disposer au sein des assemblées générales de la majorité des droits de vote présent ou représentés, et d'exercer en conséquence le pouvoir au sein de la société<sup>204</sup>.

---

<sup>197</sup> Il dispose : « Elle [l'assemblée générale ordinaire] statue à la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés ] »

<sup>198</sup> Ceux-ci sont nommés par l'assemblée générale ordinaire (Art. L. 225-18 du Code de commerce).

<sup>199</sup> Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président, qu'il peut révoquer à tout moment (art. L. 225-47 du Code de commerce), et nomme un directeur général, qui peut être soit le président, soit une autre personne physique (Art. L. 225-51-1 du Code de commerce).

<sup>200</sup> Art. L. 223-18 et L. 223-25 du Code de commerce, qui renvoient à l'article L. 223-29 du même Code, qui prévoit que dans les assemblées d'associés, les décisions sont adoptées par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié des parts sociales.

<sup>201</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle, art. préc., n° 55s., p. 617s.

<sup>202</sup> HONORAT (J.), La prime de contrôle ou quand deux et deux ne font plus quatre, *Propos impertinents du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 147, spéc. n° 16, p. 156.

<sup>203</sup> L'article L. 223-30 du Code de commerce précise que toute modification des statuts est décidée par les associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales. L'alinéa 3 de cet article prévoit cependant que les modifications statutaires des sociétés constituées après la publication de la loi n° 2205-882 du 2 août 2005 sont décidées à la majorité des deux tiers des associés présents ou représentés, l'assemblée ne pouvant délibérer que si des associés représentant un quart des parts sociales sur première convocation, ou un cinquième sur deuxième convocation, sont présents ou représentés.

<sup>204</sup> PAILLUSSEAU (J.) et CONTIN (R.), La cession de contrôle d'une société (à propos d'un important arrêt de la Cour d'appel de Rennes), *JCP* 1969.I.2287, n° 6 ; OPPETIT (B.), La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, *JCP* 1970.I.2361, n° 4.

**607.** Il résulte dès lors de la variabilité de l'influence réelle des associés au sein de la société que toutes les cessions de droit sociaux ne produisent pas exactement, en fait, le même effet. La cession de quelques parts sociales ou actions à un associé n'en possédant pas ne lui confère généralement pas le pouvoir au sein de la société quand, au contraire, la cession de quantité de parts sociales ou d'actions représentant plus de la moitié des droits de vote peut lui conférer un tel pouvoir. Dans les grandes sociétés, cet effet peut être produit par des cessions de quantité moindre voire, quand un associé détient déjà des droits sociaux, par la cession de quelques actions ou parts sociales supplémentaires qui font basculer le contrôle<sup>205</sup>.

**608.** Certaines cessions de droits sociaux emportent donc, en fait, transfert du contrôle de la société, c'est-à-dire du pouvoir au sein de celle-ci<sup>206</sup>. La spécificité économique de la cession de contrôle, qu'illustre la stipulation de primes de contrôle destinées à rémunérer l'avantage que constitue la maîtrise des assemblées générales<sup>207</sup>, n'est guère contestée<sup>208</sup>. Leur spécificité juridique a en revanche d'abord été niée<sup>209</sup>. Aussi convient-il, avant d'envisager les classifications que permet d'établir la présence ou l'absence du contrôle parmi les éléments transférés (§ 2), de démontrer l'existence juridique du contrôle (§ 1).

### **§ 1 – Le reconnaissance de l'existence juridique du contrôle**

**609.** La spécificité de la cession de contrôle a, longtemps, été niée (A). Ce n'est ainsi que plus récemment que le droit a admis que les cessions de contrôle ne devaient pas être soumises au même régime qu'une simple cession d'actions (B), c'est-à-dire que les cessions de droits sociaux emportent, parfois, cession de l'élément immatériel que constitue le contrôle.

---

<sup>205</sup> PAILLUSSEAU (J.) et CONTIN (R.), La cession de contrôle d'une société (à propos d'un important arrêt de la Cour d'appel de Rennes), art. préc., n° 27.

<sup>206</sup> V. notamment pour la définition du contrôle comme le pouvoir au sein de la société : supra n° 6.

<sup>207</sup> HONORAT (J.), La prime de contrôle ou quand deux et deux ne font plus quatre, art. préc., p. 147 ; v. également CHAMPAUD (C.), Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires, in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 161, spéc. p. 174. Cet avantage réside dans le fait de pouvoir disposer de la totalité des moyens de la société dont le contrôle est cédé sans être obligé de les payer intégralement (*Ibid.*).

<sup>208</sup> HANNOUN (C.), Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés, *D.* 1994, chr. 67, n° 2, p. 67. Elle ne l'est notamment pas par les auteurs ayant refusé de soumettre la cession de contrôle à un régime particulier : V. par exemple BERR (C.), La place de la notion de contrôle en droit des sociétés, *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, 1974, p. 1, spéc. p. 9 ; OPPETIT (B.), La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, art. préc. ; OPPETIT (B.), Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse, *Rev. soc.* 1978.631 ; CHAMPAUD (C.), La cession de contrôle, Présentation générale, art. préc., p. 139, qui souligne que ce ne sont pas l'opération elle-même ou son objet qui sont contestés, mais les conditions dans lesquelles se réalisent certaines cessions de contrôle.

<sup>209</sup> *Infra* n° 611s.



## A – La négation de la spécificité de la cession de contrôle

**610.** Certains arrêts semblent, implicitement, consacrer ce refus de la spécificité du contrôle<sup>210</sup>.

C'est ainsi que la Cour de cassation a, d'abord, refusé de reconnaître à la cession de contrôle une nature différente de la cession d'actions<sup>211</sup>. Elle a notamment dénié aux cessions de contrôle un caractère commercial<sup>212</sup>. Elle a ainsi rejeté la thèse selon laquelle les cessions de contrôle, contrairement aux cessions d'actions qui conservent un caractère civil, revêtiraient un caractère commercial dans la mesure où elles excèderaient les seuls rapports du cédant et du cessionnaire pour intéresser l'organisation et le fonctionnement de la société tout entière<sup>213</sup>.

La Cour de cassation semble en outre avoir manifesté son hostilité à la reconnaissance de la spécificité des cessions de contrôle dans une affaire Saupiquet-Cassegrain. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Rennes avait estimé que la cession du contrôle de la société Cassegrain avait mis en cause l'objet de la société et son existence même<sup>214</sup>. La Cour de cassation jugea au contraire que la société cible avait conservé son existence propre et sa personnalité morale et qu'il n'y avait pas eu de modification de l'objet de la société<sup>215</sup>. L'arrêt de cassation refusa donc de distinguer la cession de contrôle de la simple cession d'actions. Quoiqu'il ne se prononce pas explicitement sur la spécificité de la cession de contrôle<sup>216</sup>, il est parfois considéré comme manifestant le refus de la Cour de cassation de reconnaître la spécificité de cette opération<sup>217</sup>.

---

<sup>210</sup> La notion de contrôle a en outre pendant longtemps été ignorée du législateur (en ce sens : BERR (C.), La place de la notion de contrôle en droit des sociétés, art. préc., p. 3). Il est toutefois difficile d'en déduire qu'il a pour autant nié la spécificité de la cession de contrôle, ce silence pouvant résulter du temps nécessaire pour prendre conscience du phénomène.

<sup>211</sup> BERR (C.), La place de la notion de contrôle en droit des sociétés, art. préc., p. 3 ; PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle, *JCP éd. E*, 1985.II. 14587 (v. également *JCP* 1986.I.3224), spéc. n° 17, p. 612 ; V. également OPPETIT (B.), Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse, art. préc., n° 6, p. 633.

<sup>212</sup> V. par exemple Com., 5 déc. 1966, *Bull. civ.* III, n° 467 ; Com., 31 janv. 1977, *Bull. civ.* IV, n° 30, p. 26 ; Com., 11 oct. 1971, *Bull. civ.* IV, n° 231, p. 215.

<sup>213</sup> OPPETIT (B.), *eod. loc.*

<sup>214</sup> CA Rennes, 23 fév. 1968, *JCP* 1969.I.16122 V. également PAILLUSSEAU (J.) et CONTIN (R.), La cession de contrôle d'une société (à propos d'un important arrêt de la Cour d'appel de Rennes), art. préc.

<sup>215</sup> Com., 21 janv. 1970, *Bull. civ.* IV, n° 28, p. 28, *JCP* 1970.II.16541, note OPPETIT (B.), *Rev. soc.* 1970.292, obs. J. G.

<sup>216</sup> En ce sens, PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle, art. préc., n° 27, p. 614 ; OPPETIT (B.), Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse, art. préc., n° 12, p. 639.

<sup>217</sup> En ce sens, v. notamment ROUX (D.), La spécificité des cessions de contrôle, *Rev. sociétés* 1980.49, spéc. n. 13, p. 54 ; OPPETIT (B.), *eod. loc.* ; OPPETIT (B.), note sous Com., 21 janv. 1970, *JCP* 1970.II.16541 ; OPPETIT (B.), La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, *JCP* 1970.I.2361, spéc. n° 39 ; v. également MERLE (P.), *op. cit.*, n° 654, p. 815.

**611.** Commentant cet arrêt, certains auteurs ont soutenu, à l'instar de la cour d'appel, que la reconnaissance de la spécificité de la cession de contrôle reviendrait à remettre en cause la personnalité morale de la société<sup>218</sup>. Oppetit notamment estima que l'admission de la spécificité de la cession de contrôle supposerait que l'on admette qu'elle emporte appropriation directe du fonds social<sup>219</sup>. Le respect de la personnalité juridique de la société interdirait toutefois, selon Oppetit, d'adopter une telle solution<sup>220</sup>. La cession de la majorité des titres reposerait sur une décision individuelle du cédant. Elle ne saurait être soumise à l'autorisation des organes sociaux sans qu'il soit porté atteinte au droit de propriété<sup>221</sup>. Il serait par ailleurs erroné d'assimiler une cession de droits sociaux, fût-ce de la majorité d'entre eux, à une cession de l'actif social. La cession de droits sociaux porterait toujours sur une fraction du capital social, non sur des actifs. La cession de contrôle laisserait subsister la personnalité juridique de la société dont les titres sont cédés, ce qui interdirait de la soumettre à un régime spécifique<sup>222</sup>.

**612.** En niant que la cession de contrôle se distingue, en droit, de la « simple » cession d'actions, doctrine et jurisprudence ont donc, dans un premier temps, refusé de considérer le contrôle comme un élément pouvant être transmis lors de la cession de droits sociaux. Cette position a ensuite été abandonnée.

### **B – L'admission de la spécificité de la cession de contrôle**

**613.** L'opportunité de soumettre les cessions de contrôle à un régime distinct de celui appliqué aux « simples » cessions de droits sociaux a d'abord été reconnue par la doctrine. Lors même que la Cour de cassation refusait d'assortir d'effets de droit le transfert du pouvoir au sein de la société et que le législateur ignorait la cession de contrôle, quelques auteurs se prononçaient, au contraire, en faveur de l'adoption d'un régime spécifique à ces opérations. Houin, déjà, avait critiqué, avant que l'affaire Saupiquet Cassegrain ne déclenche les controverses relatives à la spécificité de la cession de contrôle, un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait refusé de reconnaître un caractère commercial à la cession de 90% des actions

---

<sup>218</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle, art. préc., n° 18s., p. 612s.

<sup>219</sup> OPPETIT (B.), Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse, art. préc., n° 30, p. 652 ; v. également BERR (C.), La place de la notion de contrôle en droit des sociétés, art. préc., p. 8.

<sup>220</sup> OPPETIT (B.), Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse, art. préc., n° 29, p. 650.

<sup>221</sup> OPPETIT (B.), Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse, art. préc., n° 30, p. 651.

<sup>222</sup> *Ibid.*

d'une société<sup>223</sup>. Les différentes étapes de l'affaire Saupiquet Cassegrain ont par la suite conduit certains auteurs à se prononcer en faveur de la reconnaissance de la spécificité de la cession de contrôle<sup>224</sup>.

**614.** Cette spécificité a ensuite été admise tant par le législateur que par la jurisprudence. Aucune disposition n'a, pendant longtemps, tenu compte de la spécificité de la cession de contrôle<sup>225</sup>. Sous l'influence de la doctrine, et à l'instar de la jurisprudence, le législateur a toutefois, plus récemment, adopté des textes se référant expressément à cette notion<sup>226</sup>. Le droit des sociétés contient notamment de nombreuses dispositions régissant les cas dans lesquels un associé détient le contrôle d'une société. L'article L. 233-3 du Code de commerce précise les cas dans lesquels une société est réputée en contrôler une autre<sup>227</sup>. L'article L. 233-12 du Code de commerce impose, par exemple, à une société qui est contrôlée par d'autres de leur notifier le montant des participations qu'elle détient dans leur capital respectif.

Par ailleurs, la jurisprudence a progressivement admis la spécificité de l'opération. Des arrêts ont tout d'abord assimilé cession de contrôle et cession du fonds de commerce<sup>228</sup>. La chambre commerciale a ainsi jugé le 16 juin 1975, que les juges du fond pouvaient estimer souverainement que la cession de la totalité des parts sociales d'une société, sauf une, opérant transfert du fonds social comme l'aurait fait une vente pure et simple dudit fonds<sup>229</sup>. Un arrêt

<sup>223</sup> HOUIN (R.), obs. sous CA Paris, 6 fév. 1963, *RTD com.* 1963.327 ; v. également HOUIN (R.), obs. sous CA Caen, 26 nov. 1968, *RTD com.* 1969.1006.

<sup>224</sup> V. notamment PAILLUSSEAU (J.) et CONTIN (R.), La cession de contrôle d'une société (à propos d'un important arrêt de la Cour d'appel de Rennes), art. préc., spéc. n° 31s.

<sup>225</sup> CHAMPAUD (C.), La cession de contrôle, Présentation générale, art. préc., p. 138 ; BERR (C.), La place de la notion de contrôle en droit des sociétés, art. préc., p. 3.

<sup>226</sup> V. pour un panorama des textes se référant à cette notion en 1986 : STORCK (M.), Définition légale du contrôle d'une société en droit français, *Rev. soc.* 1986.385.

<sup>227</sup> Il dispose : « I. Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société. II. – Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. (...) »

<sup>228</sup> En ce sens, OPPETIT (B.), Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse, art. préc., n° 9, p. 637 ; V. notamment, outre les arrêts cités infra, Crim., 2 mars 1978, *Bull. crim.* n° 83, p. 214, *JCP* 1979.II.19052, note SALVAGE (P.), *RTD com.* 1979.261, obs. HOUIN (R.), *Rev. soc.* 1979.553, note BOULOC (B.) ; V. également Soc., 21 janv. 1984, *Rev. soc.* 1985.127, note JEANTIN (M.).

<sup>229</sup> Com., 16 juin 1975, *Bull. civ.* IV, n° 167, p. 139 ; v. déjà Com., 19 mars 1974, *Bull. civ.* IV, n° 100, p. 80, qui censure des juges du fond ayant refusé d'assimiler la cession des parts sociales à une cession de fonds de commerce alors qu'ils avaient constaté que les parties avaient bien entendu procéder à la cession de l'entreprise.

de la première chambre civile a de même assimilé, pour l'application de la loi n° 70-9 dite Hoguet du 2 janvier 1970, cession de contrôle et cession de fonds de commerce<sup>230</sup>. Les chambres civiles de la Cour de cassation ont par la suite, sous réserve de certaines exceptions<sup>231</sup>, abandonné cette position<sup>232</sup>. La chambre commerciale a ainsi exclu très fermement l'assimilation dans une série d'arrêts rendus au cours de l'année 1984 en matière fiscale<sup>233</sup>, puis a étendu la solution à la matière commerciale<sup>234</sup>. La première chambre civile a par ailleurs exclu de manière générale l'assimilation de la cession de contrôle à une cession de fonds de commerce<sup>235</sup>. Elle a en outre eu l'occasion de mettre en oeuvre cette solution pour l'application de la loi du 2 janvier 1970<sup>236</sup>. Mais la Cour de cassation ne refuse pas pour autant de soumettre les cessions de contrôle à un régime spécifique. La chambre commerciale a en effet accepté, à partir de 1978, de considérer la cession de contrôle comme un acte commercial et non plus comme un simple acte civil<sup>237</sup>. Au contraire, la simple cession de parts ou d'actions, demeure un acte civil<sup>238</sup>. Réaffirmant la spécificité de la cession de

<sup>230</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 nov. 1987, *Bull. civ. I*, n° 294, p. 211, *Bull. Joly* 1987, § 389, p. 977, obs. LEPELTIER (D.), *Rev. soc.* 1988.65, obs. LE CANNU (P.).

<sup>231</sup> La chambre sociale a eu l'occasion d'assimiler pour l'application de l'article L. 761-7, 1° du Code du travail, ainsi qu'elle l'avait fait dans son arrêt du 21 janvier 1984 (Soc., 21 janv. 1984, *Rev. soc.* 1985.127, note JEANTIN (M.)), cession du contrôle d'une entreprise de presse et cession du journal lui-même (Soc. 12 janvier 1984, 2 arrêts, *Bull. civ. V*, n° 5, p. 4 et n° 6, p. 4, *JCP éd. E*, 1994.II.580, obs. JEANTIN (M.)). Mais la portée de cette assimilation semble être limitée à la question précise de l'application de cet article. Elle est, à tout le moins, propre à la chambre sociale de la Cour de cassation.

<sup>232</sup> MASSART (T.), thèse préc., p. 379s. ; V. aussi PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle, art. préc., n° 43, p. 616. Un doute subsiste sur la position de la chambre criminelle. Aucun arrêt récent de cette formation ne semble en effet s'être prononcé sur la question et avoir remis en cause l'assimilation. L'explication résiderait dans le fait que l'article L. 432-I alinéa 4 du Code du travail, pour l'application duquel elle avait assimilé cession de contrôle et cession de l'entreprise, a été modifié, de telle sorte que l'assimilation n'est plus nécessaire (V. sur cette modification PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle, art. préc., n° 47, p. 616). Cette incertitude est toutefois sans influence sur les présents développements. D'une part en effet, la position de la chambre criminelle ne remet pas en cause la spécificité de la cession de contrôle, mais, au contraire, l'admet. D'autre part, seule importe, au regard de l'objectif de la présente recherche qui est d'évincer le droit de la vente ou la prohibition des clauses léonines, la solution retenue par les chambres civiles de la Cour de cassation.

<sup>233</sup> Com., 7 mars 1984, *Bull. civ. IV*, n° 94, p. 79 et Com., 26 avr. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 137, p. 115, *JCP éd. E*, 1984.II.14354, note DAVID (C.), *Rev. soc.* 1984.804, note JEANTIN (M.), *Rev. soc.* 1985.406, note SORTAIS (J.-P.) ; Com., 16 oct. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 263, p. 215.

<sup>234</sup> V. par exemple Com., 13 fév. 1990, *Bull. civ. IV*, n° 42, p. 28 ; Com., 6 juin 1990, *Bull. civ. IV*, n° 161, p. 111 ; Com., 17 oct. 1995, pourvoi n° 93-14.184, *Bull. Joly* 1996, § 14, p. 53, obs. MASSART (T.).

<sup>235</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 déc. 1994, *Bull. civ. I*, n° 365, p. 264 qui juge que « la cession de la totalité ou de la majorité des actions d'une société anonyme ne constitue pas la cession du fonds de commerce figurant à l'actif de la personne morale ».

<sup>236</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 1997, pourvoi n° 95-17.333 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 fév. 1998, pourvoi n° 96-14.244 ; V. également, moins explicitement, Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2007, pourvoi n° 06-12.222.

<sup>237</sup> Com., 28 nov. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 284, p. 233, *D.* 1980.316, note BOUSQUET (J.-CL.) ; en ce sens qu'il s'agit du premier arrêt statuant de la sorte : MASSART (T.), thèse préc., p. 347 ; V. également, outre les arrêts cités infra note n° 239, Com., 26 mars 1996, *Bull. civ. IV*, n° 93, p. 78, *D.* 1996, som. 342, obs. HALLOUIN (J.-C.), *JCP éd. E* 1996.II.855, obs. BONNEAU (T.), *RTD com.* 1996.647, n° 1, obs. DERRUPPE (J.), *Bull. Joly* 1996, § 209, p. 588, obs. RONTCHEVSKY (N.).

<sup>238</sup> BOUSQUET (J.-CL.), note sous Com., 28 nov. 1978, *D.* 1980.316, et pour une illustration jurisprudentielle : Com., 11 juil. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 249, p. 171 ; v. également Com., 24 nov. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 367, p. 260.

contrôle<sup>239</sup>, elle a par la suite déduit de ce caractère commercial non seulement la compétence des tribunaux de commerce<sup>240</sup>, mais également la validité de la clause compromissoire<sup>241</sup>, ou la solidarité entre les débiteurs des obligations nées de la convention<sup>242</sup>. Ni les autres chambres civiles de la Cour de cassation, ni la chambre criminelle, n'ont par ailleurs rejeté toute spécificité des cessions de contrôle. La spécificité de la cession de contrôle a enfin été reconnue par le Conseil constitutionnel. Dans une décision du 18 septembre 1986 prise à propos de la privatisation d'une chaîne de télévision<sup>243</sup>, la juridiction a considéré que « *le prix d'acquisition d'un ensemble d'actions donnant à un groupe d'acquéreurs le contrôle de la société doit être fixé en tenant compte de cet avantage spécifique* ». Le Conseil admet donc le bien fondé de la prime de contrôle et, à travers elle, la spécificité de l'opération.

**615.** En soumettant les opérations emportant transfert du pouvoir au sein de la société à un régime différent de celui appliqué aux opérations n'emportant pas un tel transfert de pouvoir, le législateur comme la jurisprudence semblent avoir élevé le contrôle au rang d'objet reconnu par le droit<sup>244</sup>. La doctrine ne conteste par ailleurs guère plus la nécessité ou l'opportunité de soumettre les cessions de contrôle à un régime spécifique<sup>245</sup>. Aussi les cessions de droits

<sup>239</sup> La Cour de cassation ne précise pas explicitement, dans ces décisions, que la spécificité des opérations dont elle a à connaître résulte de ce qu'elles entraînent transmission du pouvoir au sein de l'entreprise. La solution ne semble cependant guère faire de doutes. Le caractère commercial de l'acte est ainsi par exemple justifié par le fait que la cession portait sur la totalité des actions d'une société et avait « ainsi » transféré le contrôle de cette société (Com., 5 mars 1991, pourvoi n° 89-19.940, préc. ; v. également Com., 11 mars 2003, *Bull. Joly* 2003, § 143, p. 666, obs. MASSART (T.), préc.), ou par le fait que la cession confère au cessionnaire une participation « majoritaire » (Com., 19 nov. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 272, p. 229). La Cour de cassation refuse au contraire de reconnaître à une cession de droits sociaux un caractère commercial lorsque les cédants ou d'autres associés conservent plus de la moitié des parts représentant le capital social, ce dont la Cour de cassation déduit que l'opération n'a pas pour objet et pour effet le changement de contrôle de la société (Com., 11 juil. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 249, p. 171 ; Com., 24 nov. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 367, p. 260). Le terme de contrôle employé par la Cour de cassation ne semble dès lors pouvoir avoir d'autre signification que celle de pouvoir dans l'entreprise. Un arrêt établit d'ailleurs un rapport direct entre la modification des rapports de domination existant au sein d'une société et la prise de contrôle de celle-ci (Com., 7 janv. 2004, pourvoi n° 02-14.053.). La doctrine interprète par ailleurs unanimement les arrêts reconnaissant la spécificité du contrôle comme des arrêts soumettant à un régime spécial les conventions emportant transfert du pouvoir au sein de l'entreprise.

<sup>240</sup> V. par exemple Com., 3 janv. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 7, p. 6. L'arrêt est rendu au visa de l'article 631-2° ancien du Code de commerce, de telle sorte que la Cour de cassation semble en fait avoir considéré qu'il pouvait s'agir d'un litige entre associés à raison d'une société de commerce.

<sup>241</sup> Com., 5 mars 1991, pourvoi n° 89-19.940, *D.* 1992, somm. 179, obs. BOUSQUET (J.-CL.), *Bull. Joly* 1991.507, *RTD com.* 1991.376, obs. DERUPPE (J.).

<sup>242</sup> V. Com., 28 avr. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 103, p. 78, pour le cas d'époux dont l'un s'était reconnu débiteur d'un passif fiscal né avant la cession mais apparu ensuite ; Com., 16 janv. 1990, *Bull. Joly* 1990, § 75, p. 272, obs. STREIFF (Y.), décidant que les acquéreurs sont solidairement débiteurs du prix ; dans le même sens : Com., 11 mars 2003, *Bull. Joly* 2003, § 143, p. 666, obs. MASSART (T.) ; Com., 22 mars 2005, *Bull. Joly* 2005, § 245, p. 1113, obs. HALLOUIN (J.-CL.).

<sup>243</sup> Décision n° 86-217, 18 sept. 1986, *Rev. soc.* 1986.606, note GUYON (Y.).

<sup>244</sup> V. pour une appréciation critique de cette approche : MASSART (T.), thèse préc., p. 401s.

<sup>245</sup> En ce sens : CAUSSAIN (J.-J.) ET GERMAIN (M.), *Groupes de sociétés, cession de contrôle (SA et SARL)*, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 165-20, 1997, n° 91, p. 20 ; HANNOUN (C.), *Les conventions portant transfert du contrôle et la*

sociaux peuvent-elles être considérées comme emportant, dans certaines circonstances, transfert du bien incorporel que constitue le contrôle de la société dont les parts sociales ou les actions sont cédées<sup>246</sup>.

La présence ou au contraire l'absence du contrôle parmi les éléments cédés pourraient alors fonder certaines distinctions au regard du droit de la vente.

## **§ 2 – Les distinctions envisageables fondées sur la présence du contrôle dans les éléments transférés**

**616.** D'emblée, on peut relever que la remise en cause de l'application de la prohibition des clauses léonines en fonction de la présence ou de l'absence du contrôle ne présenterait qu'une utilité pratique limitée. Les arrêts rendus sur la question de l'application de la prohibition des clauses léonines à des promesses d'achat ou de vente de droits sociaux démontrent l'hétérogénéité des pouvoirs transmis. La plupart des promesses portent sur des quantités de droits sociaux représentant moins de la moitié du capital. Dans un certain nombre de cas, la levée de la promesse permet cependant au cessionnaire d'acquérir le contrôle de la société<sup>247</sup>. Dans d'autres cas au contraire, spécialement lorsque le contrôle a été cédé au moyen d'une première convention, la promesse ne produit pas un tel effet. Aussi une solution fondée sur le pouvoir conféré par les droits faisant l'objet de la promesse ne serait-elle que partielle.

**617.** En revanche, la présence du contrôle parmi les éléments transférés pourrait constituer le fondement d'une distinction utile au regard du droit de la vente, si elle était juridiquement possible.

Le contrôle se retrouve en effet très fréquemment dans les éléments transférés lors de la cession de droits sociaux, et spécialement dans les cessions soulevant des difficultés en matière de prix. C'est souvent parce qu'ils estiment céder ou acheter non des droits sociaux mais une entreprise que les cédants ou les cessionnaires du contrôle font insérer dans les contrats de cessions des clauses destinées à permettre l'adaptation du prix à la valeur

---

transparence des sociétés, art. préc. ; v. notamment MASSART (T.), thèse préc., p. 343s. spéc. p. 377, qui estime toutefois qu'il est difficile de justifier théoriquement cette solution ; HALLOUIN (J.-CL.), obs. sous Com., 22 mars 2005, *Bull. Joly* 2005, § 245, p. 1113 ; v. également les nombreux écrits de Monsieur Paillusseau portant sur cette question : PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle, art. préc. ; PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc. ; PAILLUSSEAU (J.), L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle, art. préc.

<sup>246</sup> GERMAIN (M.), Cession de contrôle des sociétés non cotées, questions de principe, art. préc., p. 70.

<sup>247</sup> Tel est en particulier le cas dans les conventions de portage destinées à éviter au donneur d'ordre de dépasser certains seuils de détention du capital.

d'échange de l'entreprise. Considérer que les cessions de droits sociaux ne doivent plus être soumises au droit de la vente lorsqu'elles emportent également transfert du contrôle de la société permettrait ainsi de faire échapper au risque de nullité une grande partie des opérations qui y sont pour l'instant exposées.

Certes, la présence, parmi les éléments transférés, du contrôle, ne constituerait qu'un critère de distinction imparfait dans la mesure où les problèmes liés à l'application du droit de la vente peuvent se poser également en cas de cession d'une part du capital ne représentant pas le contrôle de la société cible. Une distinction entre le régime des cessions de contrôle et celui des cessions d'une quantité de droits sociaux ne représentant pas le contrôle de la société ne permettrait de régler qu'une partie des problèmes. Dans la mesure où elle permettrait d'en régler certains, la question de sa mise en place pourrait toutefois se poser dans l'hypothèse où l'on rejeterait les distinctions fondées sur l'*affectio societatis* de l'une des parties.

#### CONCLUSION DU CHAPITRE

**618.** La plupart des éléments que l'on retrouve occasionnellement dans les cessions de droits sociaux n'apparaissent pas susceptibles de fonder une distinction présentant un intérêt au regard des difficultés soulevées par le prix des droits sociaux. Plusieurs catégorisations susceptibles de permettre l'éviction du droit de la vente ou de la prohibition des clauses léonines apparaissent cependant factuellement envisageables. La prise en compte de l'*affectio societatis* de l'associé qui s'est engagé à céder ses droits sociaux ou de celui qui bénéficie d'une promesse d'achat permettrait, si elle était juridiquement possible, d'écarter la prohibition des clauses léonines dans la majorité des cas où elle pose problème. La considération de l'*affectio societatis* du cessionnaire permettrait au surplus d'isoler la majorité des cessions de droits sociaux exposées aux risques de nullité résultant de l'application du droit de la vente. Néanmoins, cette évolution n'est pas la seule possible. Si elle était juridiquement possible, l'application aux cessions de contrôle d'un régime spécifique résoudrait en effet une grande part des problèmes suscité par le droit de la vente.

Sur cette base, il est possible de définir les fondements de l'évolution proposée.

## CHAPITRE 2 : LES FONDEMENTS RETENUS

**619.** Les distinctions proposées, fondées sur l'*affectio societatis* du cédant ou du cessionnaire, constituent les distinctions les plus opportunes au regard du droit de la vente d'une part (Section 1), de la prohibition des clauses léonines d'autre part (Section 2).

### SECTION 1 – LE FONDEMENT DE L'ÉVICTION DU DROIT DE LA VENTE

**620.** L'éviction du droit de la vente lorsque le cessionnaire est animé de l'*affectio societatis* permettrait pratiquement d'écarter l'application de ce droit dans la plupart des cas où elle engendre une difficulté. Il constitue par ailleurs un fondement juridiquement opérant, sous réserve toutefois que cette *affectio societatis* soit connue du cédant (§ 1). Efficace pratiquement et juridiquement, la distinction entre plusieurs types de cessions de droits sociaux fondée sur ce critère doit être préférée aux autres catégorisations envisageables (§ 2).

#### § 1 – L'*affectio societatis* du cessionnaire connue du cédant, fondement juridiquement opérant

**621.** L'éviction sélective du droit de la vente suppose que les contrats que l'on veut soustraire à son emprise remplissent certaines conditions (A). Or les cessions de droits sociaux dans lesquelles le cessionnaire est animé de l'*affectio societatis*, et dans lesquelles le cédant connaît cette intention, satisfont ces conditions (B).

#### **A – Les conditions de l'éviction du droit de la vente**

**622.** L'éviction du droit de la vente n'est possible qu'à la condition de qualifier les cessions de droits sociaux de contrat innomé (1), qualification qui suppose que soient remplies certaines conditions (2).

##### 1 – Le recours à l'innomé

**623.** La notion de contrat innomé n'est pas appréhendée identiquement par tous les auteurs. Aussi convient-il de la définir (a), avant de montrer que le recours à l'innomé est la condition de l'éviction du droit de la vente (b).



a) *La notion de contrat innomé*

**624.** Adoptant une solution classique<sup>1</sup>, la majorité de la doctrine s'accorde pour définir les contrats nommés comme ceux dont le régime est défini par un texte et auxquels l'usage, la loi ou le règlement ont donné un nom<sup>2</sup>. Par opposition, sont considérés comme des contrats innomés ceux qui ne font pas l'objet d'une réglementation propre, alors même que l'usage ou la pratique leur auraient donné un nom<sup>3</sup>.

Au-delà de cette définition, le contenu de la catégorie des contrats innomés fait toutefois l'objet d'appréhension différentes. Certains auteurs y distinguent ainsi deux sous-catégories. La première serait constituée de contrats, parfois appelés *sui generis*, forgés par les parties pour répondre à des besoins spécifiques. La seconde serait constituée de contrats créés par la pratique soit au moyen de l'amalgame de plusieurs contrats nommés, soit par la modification d'un contrat nommé<sup>4</sup>. Quelques-uns, dissociant les deux types de contrats contenus dans cette dernière catégorie, estiment qu'il existe trois formes d'innomé : « l'innomé-décomposition », caractérisé lorsque ne sont réunis que certains des éléments d'une qualification préexistante, « l'innomé alliage », qui désigne les cas où sont réunis des éléments ressortant à plusieurs contrats nommés, et « l'innomé-crédation », qui résulte de la réunion d'éléments en totalité ou en majeure partie nouveaux<sup>5</sup>. D'autres enfin n'estiment pas nécessaire d'insister sur l'hétérogénéité de la catégorie et semblent ainsi l'appréhender comme un ensemble doté d'une certaine homogénéité<sup>6</sup>.

**625.** Quelques auteurs considèrent par ailleurs que la catégorie des contrats nommés devrait être étendue aux contrats créés par la pratique et qui, quoique ne faisant pas l'objet

<sup>1</sup> En ce sens : ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 46, p. 43, qui cite notamment Bigot-Prémaneu, Demolombe, Baudry-Lacantinerie et Barde, ou encore Demogue.

<sup>2</sup> V. pour une telle définition TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 61, p. 70 ; MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n° 62, p. 44 ; FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 72, p. 169 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 124, p. 43 ; V. aussi MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 406, p. 200 ; MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 4, p. 8.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> V. par exemple TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. et loc. cit.* ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 408 p 201 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 89, p. 65 ; MALINVAUD (P.), *op. et loc. cit.* ; CABRILLAC (M.), Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235, spéc. p. 237 ; v. également GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 105, p. 129, qui distinguent, au sein de la catégorie des contrats innomés, les contrats dont le régime emprunte à un ou plusieurs contrats nommés de ceux qui ne sont soumis au régime d'aucun contrat nommé ; de manière moins nette : GRILLET-PONTON (D.), art. préc.

<sup>5</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 569, p. 456, repris par GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 104, p. 127.

<sup>6</sup> V. par exemple BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 22, p. 17 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale, op. cit.*, n° 111, p. 98.

d'une réglementation légale, sont connus et répandus<sup>7</sup>. Madame Grillet-Ponton, notamment, a proposé d'étendre la catégorie des contrats nommés aux contrats ayant fait l'objet d'une reconnaissance dans la pratique et en jurisprudence lorsque le concept juridique qui les soutient est parfaitement appréhendé et maîtrisé<sup>8</sup>. Pour parvenir à cette conclusion, l'auteur observe d'abord que l'intervention d'une autorité normatrice n'est pas un critère nécessaire pour considérer qu'un contrat est nommé. Selon Madame Grillet-Ponton, de nombreuses catégories seraient créées par la doctrine et la jurisprudence, hors de toute consécration législative ou réglementaire<sup>9</sup>. L'intervention d'une autorité normatrice ne serait pas davantage un critère suffisant pour considérer qu'un contrat est nommé. Certains contrats ne seraient ainsi par exemple nommés par le législateur que pour être exclus du champ d'application des textes les nommant<sup>10</sup>.

Madame Grillet-Ponton limite ensuite la portée de cette remise en cause du critère de distinction classique. Elle observe en effet que la distinction des contrats nommés et innomés ne traduit pas une opposition de nature, mais une succession d'états différents affectant un même contrat. En raison de l'élaboration progressive du régime juridique des contrats nouveaux, leur traitement ne serait pas sensiblement différent lorsque le contrat atteint le seuil du nommé<sup>11</sup>. Le véritable critère de distinction résiderait dans l'autonomie conceptuelle du contrat. Le contrat innomé serait celui qui est étranger aux catégories nommées légales ou extra-légales. Il en existerait deux types : d'une part, une catégorie, dite typique, constituée des contrats d'un nouveau type dotés de caractères propres, et ayant vocation à prendre place parmi les nomenclatures existantes, d'autre part une catégorie dite atypique, constituée des contrats qui, en raison de certaines disparités, ne s'inscrivent pas dans la définition stricte

<sup>7</sup> En ce sens ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 46, p. 44 et les références citées. V. notamment, outre la thèse de Madame Grillet-Ponton (cf. infra), BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. et loc. cit* et BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, op. cit.*, n° 3, p. 2. Monsieur Bénabent définit les contrats nommés comme ceux qui correspondent à un moule connu et font l'objet à ce titre d'un corps de règles légales ou coutumières. Il ajoute que la pratique crée sans cesse de nouveaux types de contrat, dont un droit commun est élaboré par la jurisprudence lorsqu'ils deviennent courants. Il définit ensuite les contrats innomés comme ceux qui ne correspondent à aucun de « ces moules classiques », et dont l'économie est adaptée par les parties à leur situation propre. Il résulte bien de cette distinction que font partie des contrats nommés, selon Monsieur Bénabent, les contrats dont le régime a été défini par la jurisprudence (en ce sens ROCHFELD (J.), *op. et loc. cit.*). L'auteur se prononce d'ailleurs très clairement sur ce point dans son ouvrage portant sur les contrats spéciaux (BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, op. et loc. cit.*).

<sup>8</sup> GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 204, p. 227.

<sup>9</sup> GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 193s., p. 218s.

<sup>10</sup> GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 199., p. 222s.

<sup>11</sup> GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 204, p. 227.

d'un contrat nommé, mais peuvent être ordonnés autour du concept synthétique qui sous-tend celui-ci<sup>12</sup>.

**626.** Un auteur a enfin récemment proposé de distinguer le contrat *sui generis* du contrat innomé, et réduit d'autant cette dernière catégorie. Selon cet auteur, les contrats *sui generis* ne constitueraient pas une sous-catégorie de contrats innomés, mais bien une véritable catégorie juridique<sup>13</sup>. Contrats innomés et contrats *sui generis* auraient en commun leur singularité, c'est-à-dire l'impossibilité d'être rattachés à une catégorie préexistante<sup>14</sup>. Alors toutefois que le contrat innomé conserverait toujours un lien avec un contrat nommé proche, le contrat *sui generis* n'en aurait aucun, ou très peu<sup>15</sup>. Ainsi, alors que le contrat innomé pourrait toujours être rattaché à un contrat spécial, le contrat *sui generis* serait, au mieux, régi par le droit des obligations<sup>16</sup>. La distinction serait d'autant plus justifiée que certains contrats que la loi a nommés seraient des contrats *sui generis*, tel le « contrat préliminaire » des ventes d'immeubles à construire<sup>17</sup>.

L'intérêt d'une telle distinction est toutefois contestable. Certes la Cour de cassation a parfois qualifié de contrat *sui generis* des contrats pourtant nommés par la loi<sup>18</sup>. Aussi la catégorie des contrats innomés ne semble-t-elle pas s'identifier totalement à celle des contrats *sui generis*. Il semble en revanche contestable que la qualification de contrat *sui generis* puisse être exclusive de celle de contrat innomé. Dès lors en effet que l'on admet, ainsi que le fait l'auteur de la proposition critiquée, que les deux qualifications « *traitent toutes deux de formules singulières* », on voit mal sur la base de quel critère pourrait s'opérer la distinction<sup>19</sup>. Tous les contrats qui ne sont pas nommés relèvent en principe du droit commun des

---

<sup>12</sup> GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 162s., p. 185s. et n° 206s., p. 229s.

<sup>13</sup> PAINCHAUX (M.), La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie, *RRJ* 2004, p. 1567, spéc. n° 16s., p. 1577s.

<sup>14</sup> PAINCHAUX (M.), art. préc., n° 12, p. 1574.

<sup>15</sup> PAINCHAUX (M.), art. préc., n° 16, p. 1577.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> En ce sens, GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 105, p. 127 ; v. notamment Civ. 3<sup>ème</sup>, 27 oct. 1975, *Bull. civ.* III, n° 309, p. 234.

<sup>19</sup> L'auteur elle-même ne le définit pas clairement. Elle se borne à citer certains auteurs, et à exposer qu'un contrat innomé sera « par exemple » rattaché à un contrat spécial, quand le contrat *sui generis* pourra au mieux être analysé au regard du droit des obligations (PAINCHAUX (M.), art. préc., n° 16, p. 1577). Mais elle ne généralise pas cet exemple, pour définir un critère de distinction. On relèvera par ailleurs que les auteurs qu'elle cite comme se prononçant en faveur d'une séparation entre les deux catégories n'adoptent nullement une telle position (V. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 89, p. 65), voire estiment au contraire qu'elles se recoupent au moins partiellement (v. notamment GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 105, p. 127).

contrats<sup>20</sup>. Certains de ces contrats se verront certes appliquer les règles régissant un contrat nommé proche<sup>21</sup>. Le contrat innomé pourra également se voir soumis aux règles applicables à une catégorie dans laquelle il s'inscrit<sup>22</sup>. Toutefois, sauf à limiter la catégorie des contrats *sui generis* à ceux échappant à toute règle spéciale, le départ risque d'être très difficile à faire<sup>23</sup> : à partir de quel stade un contrat quitte-t-il la catégorie des contrats *sui generis* pour rejoindre celle des contrats innomés ? Une catégorie ne comprenant que les contrats échappant à toute règle spéciale serait par ailleurs vraisemblablement dépourvue de tout contenu réel<sup>24</sup>. En tout état de cause, il n'est pas certain qu'une telle subdivision présente un intérêt pratique<sup>25</sup>.

**627.** Finalement, le débat sur la définition de l'innomé semble devoir se concentrer sur le statut des contrats dont le régime est défini par la jurisprudence et la pratique. On peut toutefois remarquer qu'il n'est pas contesté que ces contrats ont en commun avec ceux dont le caractère innomé est unanimement admis de n'être soumis à aucune réglementation légale spéciale. Leur régime, pour impératif et complet qu'il soit, résulte en principe de l'application du droit commun des obligations<sup>26</sup>. Dans de nombreux cas, on leur applique, aux termes d'un raisonnement par analogie, les règles régissant un contrat nommé voisin. Il en est spécialement ainsi lorsque la qualification d'innomé ne tend qu'à éluder l'application de certaines règles définies pour le contrat nommé voisin. Mais l'application de ces règles n'est pas obligatoire dès lors que la qualification nommée voisine peut être écartée<sup>27</sup>. Tous les contrats qui ne sont pas régis par un texte légal ou réglementaire ont ainsi ceci de commun que leur régime a été d'abord élaboré par application du droit commun des obligations. Sans prétendre trancher le débat sur le contenu exact de la catégorie des contrats innomés, il apparaît ainsi possible d'adopter, pour les besoins de la présente étude, la définition proposée par la majorité de la doctrine. Les contrats innomés sont donc ici compris comme ceux qui ne

<sup>20</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 61, p. 72 ; OVERSTAKE (J.-F.), thèse préc., p. 161 ; V. également BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 22, p. 17.

<sup>21</sup> STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 129, p. 44 ; BENABENT (A.), *op. et loc. cit.* Cette application est d'autant plus fréquente que les plaideurs qui invoquent la qualification innomé le font généralement pour éluder l'application d'une règle impérative régissant le contrat nommé voisin (GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 115, p. 141 ; v. aussi MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 19, p. 15). Ainsi, le régime du contrat voisin s'applique à l'exception des règles dont l'évasion est recherchée.

<sup>22</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 114, p. 140.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 89, p. 65, spéc. note n° 5.

<sup>25</sup> PETIT (B.), Contrats et obligations, Définition et classification des contrats, *J.-Cl. civil*, Art. 1101 à 1108-2, fasc. 1-2, 2005, n° 28, p. 10, qui estime globalement que le flottement doctrinal sur l'existence de sous-catégories au sein des contrats qui ne sont pas nommés semble dépourvu de conséquences pratiques.

<sup>26</sup> cf. supra n° 626

<sup>27</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 566, p. 456 ; GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 281, p. 326 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 106, p. 129 ; V. sur les conditions du recours à l'innomé infra n° 633s.

font l'objet d'aucune réglementation propre, alors même que leur régime aurait été défini par la jurisprudence ou la pratique.

**628.** La requalification des cessions de droits sociaux en contrat innomé, ainsi défini, constitue alors la seule manière d'écarter l'application du droit de la vente.

*b) Le recours à l'innomé, condition d'éviction du droit de la vente*

**629.** L'avènement de l'*affectio societatis* au rang de critère de requalification de la cession de droits sociaux ne saurait conduire à l'élimination, parmi les critères de qualification, du principal élément matériel cédé, à savoir ces droits. Il existe certes des cas dans lesquels la volonté peut éliminer l'un des éléments matériels du contrat<sup>28</sup>. Rien ne permet toutefois de considérer que les parties à un contrat emportant acquisition de la qualité de partie au contrat de société entendent éliminer, parmi les éléments de qualification, les droits cédés. Ces droits demeurent au contraire essentiels, dans la mesure où ils sont le support de cette qualité. Le transfert de titularité des droits sociaux demeure la prestation principale pesant sur le cédant ; le contrat ne se conçoit pas, et ne pourrait se réaliser, sans transfert des droits sociaux<sup>29</sup>. L'acquisition de la qualité de partie au contrat de société ne peut dès lors recevoir qu'une qualification compatible avec l'existence de cette prestation<sup>30</sup>.

**630.** Les qualifications incompatibles avec un tel transfert ne peuvent dès lors constituer l'outil de la requalification de la cession de droits sociaux. Par ailleurs, aucun des contrats nommés pouvant produire un tel effet -les contrats de vente et d'échange, l'apport en société et la dation en paiement<sup>31</sup>- ne peut permettre d'atteindre le but fixé. La qualification de vente est précisément celle que l'on cherche à écarter. La qualification d'échange suppose que la contrepartie consiste en une chose<sup>32</sup>. Or ce n'est, sauf exception, pas le cas. Pour la même

---

<sup>28</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 107s., p. 105s.

<sup>29</sup> En ce sens qu'est une obligation essentielle une obligation sans laquelle l'existence du contrat ne se conçoit pas : TERRE (F.), thèse préc., n° 392s., p. 330s.

<sup>30</sup> En ce sens que les obligations essentielles ne peuvent être occultées dans le processus de qualification : GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 74s., p. 96s., spéc. n° 82, p. 101 ; GROSS (B.), thèse préc., n° 44 p.47 repris par M. Goubeaux (GOUBEUX (G.)), thèse préc., n° 146, p. 217 ; adde ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002, spéc. n° 288s., p. 212s. ; MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 11, p. 18.

<sup>31</sup> En ce sens, v. BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, op. cit.*, n° 270s., p. 205s., qui n'envisage que ces quatre contrats dans la catégorie des contrats emportant transfert définitif de droit réel ; v. également, MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 53, p. 34, qui ne comprennent toutefois pas dans cette liste la dation en paiement.

<sup>32</sup> En ce sens que la qualification d'échange suppose un double transfert de propriété, v. par exemple COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 595, p. 482.

raison, la qualification de dation en paiement, qui supposerait que le transfert des droits sociaux ait pour contrepartie l'extinction d'une dette préexistante<sup>33</sup>, ne pourrait constituer le moyen d'éluder systématiquement l'application du droit de la vente. Il est enfin impossible de déceler, dans la très grande majorité des cessions de droits sociaux, les éléments constitutifs d'un contrat de société entre cédant et cessionnaire.

**631.** Ainsi, en l'absence de qualification nommée applicable autre que celle de vente, la qualification de contrat innomé constitue bien le seul moyen d'écarter l'application du droit de la vente. Il faut alors, pour démontrer que la distinction fondée sur l'*affectio societatis* du cessionnaire peut être juridiquement opérante, envisager les conditions de la qualification de contrat innomé.

## 2 - Les conditions de la qualification innomé

**632.** La possibilité même de l'innomé a parfois été contestée<sup>34</sup>. Planiol, proposant une classification synthétique des contrats<sup>35</sup>, estima que ce classement pouvait s'effectuer selon trois rubriques : les contrats ayant pour objet « *le travail d'une personne* », ceux ayant pour objet « *des choses* », et ceux ayant pour objet des « *droits de toute nature que les personnes peuvent avoir les uns contre les autres* »<sup>36</sup>. Au sein de ces « *familles* », les contrats se diviseraient en « *genres* », selon que le service rendu est rétribué ou non, et, dans chaque genre, en « *espèces* », qui dépendrait de l'objet du contrat<sup>37</sup>. Le genre vente comprendrait toutes les aliénations définitives d'une chose moyennant un capital payable en argent, et se diviserait, en fonction de la nature de la chose vendue, en différentes espèces<sup>38</sup>. Et il ajoute que « *tous les genres de contrats sont inventés et connus depuis longtemps* ». De nouveaux contrats ne pourraient résulter que de la création d'espèces nouvelles, liées à de nouveaux objets de contrats, ou du mélange de divers genres<sup>39</sup>. Il n'existerait ainsi plus de nouvelles manières de s'obliger. Les contrats innomés étant, par référence au droit romain, définis comme ceux constituant une nouvelle manière de s'obliger, il n'en existerait plus<sup>40</sup>.

---

<sup>33</sup> En ce sens V. par exemple BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 837, p. 598.

<sup>34</sup> En ce sens : TERRE (F.), thèse préc., n° 585, p. 467.

<sup>35</sup> PLANIOL (M.), Classification synthétique des contrats, *Rev. crit. lég.*, 1904, p. 470.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> PLANIOL (M.), art. préc., p. 483.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> PLANIOL (M.), art. préc., p. 484 ; V. également sur les arguments développés par Planiol : TERRE (F.), thèse préc., n° 590, p. 469 ; ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *op. cit.*, n° 5, p. 5.

<sup>40</sup> PLANIOL (M.), art. préc., p. 487.

Il semble toutefois difficile de suivre Planiol lorsqu'il affirme que tous les « genres » de contrats sont inventés et connus, et que de nouveaux ne pourraient être créés. Tous les auteurs, y compris lorsqu'ils critiquent un recours trop répandu à la qualification *sui generis*, admettent désormais qu'il est des cas où les qualifications existantes ne permettent pas de rendre compte de la réalité d'un contrat<sup>41</sup>. Parmi les nombreux exemples invoqués à l'appui de cette opinion, on peut notamment citer les contrats de « multipropriété », en vertu desquels les acquéreurs disposent d'un droit de jouissance à temps partagé sur l'immeuble acquis<sup>42</sup>, ou la cession d'un terrain contre remise de locaux à construire que la jurisprudence refuse d'assimiler à la vente d'immeuble à construire<sup>43</sup>. On peut d'ailleurs remarquer, avec Monsieur Terré, que Planiol se fondait, pour estimer qu'aucun contrat d'un genre nouveau ne pouvait exister, sur sa classification entre les contrats ayant pour objet le travail d'une personne, ceux ayant pour objet une chose, et ceux ayant pour objet un droit d'une personne contre une autre. Or cette classification est spécialement destinée à englober tous les contrats. L'impossibilité de trouver des genres nouveaux de contrats dans la classification de Planiol n'interdit donc pas de trouver des contrats ne rentrant pas dans une catégorie légale préexistante<sup>44</sup>.

**633.** Si l'existence de contrats innomés peut être admise, encore faut-il, pour que cette qualification soit effectivement retenue, que le contrat soit doté d'une véritable autonomie<sup>45</sup>. La qualification d'innomé ne doit pas permettre de contourner trop facilement les dispositions impératives propres à tel ou tel contrat nommé, sauf à priver ces règles de toute portée<sup>46</sup>. Le pouvoir de la volonté sur les qualifications ne peut aller jusqu'à soumettre un contrat relevant d'une catégorie précise à autre régime que celui qui lui est applicable. Le contrat ne doit ainsi pas pouvoir rentrer dans une catégorie nommée préexistante. Son contenu doit être nettement

---

<sup>41</sup> V. en ce sens GRILLET-PONTON (D.), art. préc., p. 332, et les nombreux exemples cités ; V. également MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 19, p. 15 ; ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *op. et loc. cit.* ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 61, p. 70 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, op. cit.*, n° 8, p. 6 ; TERRE (F.), thèse préc., n° 594, p. 473 ; PAINCHAUX (M.), art. préc., n° 10, p. 1574 ; V. également FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 89, p. 65 ; V. déjà GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Sirey, 1921, n° 210, p. 140.

<sup>42</sup> GRILLET-PONTON (D.), art. préc., p. 333 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. et loc. cit.*

<sup>43</sup> En ce sens PAINCHAUX (M.), *eod. loc.* ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 106, p. 129 ; v. notamment Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 avr. 1985, *Bull. civ.* III, n° 76, p. 58.

<sup>44</sup> V. en ce sens TERRE (F.), thèse préc., n° 595, p. 473

<sup>45</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 563, p. 451 et n° 604, p. 481 ; v. également GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 109, p. 132 ; GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 284, p. 329.

<sup>46</sup> GENY (F.), *op. cit.*, t. 3, n° 210, p. 142 ; TERRE (F.), thèse préc., n° 565, p. 453 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. et loc. cit.*

distinct de celui des catégories nommées existantes<sup>47</sup>. Si au contraire les données concrètes du contrat correspondent au contenu d'un contrat nommé, le régime juridique de celui-ci est applicable<sup>48</sup>. La qualification d'innomé doit demeurer subsidiaire<sup>49</sup>.

La portée exacte de cette exigence d'autonomie doit toutefois être précisée.

**634.** Savatier, s'interrogeant sur le régime applicable à des contrats comportant à la fois des éléments caractéristiques du métayage et du louage de service, estimait que l'on ne pouvait, en retenant la qualification de contrat *sui generis*, écarter les règles impératives applicables aux baux ruraux<sup>50</sup>. L'autonomie d'un contrat ne pourrait ainsi être reconnue lorsqu'elle conduit à écarter les règles impératives d'un contrat nommé voisin. Le juge, confronté à un contrat comportant des éléments du métayage et du louage d'ouvrage, devrait déterminer la qualification applicable, puis « *redresser le contrat de manière à l'amputer des clauses incompatibles avec sa qualification juridique, sauf même à l'annuler, si c'est le trahir que de le rectifier* »<sup>51</sup>.

**635.** Cette opinion est toutefois contestable. La volonté de catégorisation ne doit en effet pas conduire à déformer le contenu du contrat en le soumettant à des règles définies pour une situation dont il diffère. En particulier, l'autonomie requise doit pouvoir résulter de la présence d'un élément supplémentaire par rapport aux éléments exigés pour l'adoption d'une qualification nommée. La subsidiarité de la qualification d'innomé ne doit pas conduire à écarter l'un des éléments principaux du contrat ; elle ne doit pas être interprétée en ce sens que la qualification d'innomé devrait être exclue dès lors que le contrat comporterait les éléments nécessaires pour recevoir une qualification nommée, ainsi, en sus, que d'autres éléments qui permettraient le recours à l'innomé<sup>52</sup>. Dès lors qu'ils ne constituent pas des éléments accessoires du contrat, tous les éléments doivent être pris en compte pour le qualifier, sans que le contrat puisse être réduit à certains seulement de ses éléments essentiels. La possibilité dont disposent les parties de créer des conventions qui ne peuvent être rattachées à aucune catégorie existante n'est qu'une conséquence du principe de liberté des

<sup>47</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 563, p. 451.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 565, p. 453 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 109, p. 132. ; v. également MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 19, p. 14.

<sup>50</sup> SAVATIER (R.), obs. sous Civ., 27 mars et 15 mai 1952, *D.* 1953.17, spéc. p. 19.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Les auteurs qui insistent sur la subsidiarité de l'innomé ne semblent d'ailleurs pas le contester.



conventions<sup>53</sup>. Le Code civil a laissé les parties libres de créer des contrats ; les types qu'il a définis n'étaient envisagés normalement qu'à titre supplétif, c'est-à-dire pour le cas où les stipulations contractuelles seraient incomplètes<sup>54</sup>. Aussi ces types ne doivent-ils pas être transformés en un carcan dont les parties ne pourraient se défaire que très exceptionnellement. Le rattachement d'une convention à une catégorie préexistante n'est qu'une technique pour déterminer le régime applicable à cette convention. Elle n'est pas une fin en soi. L'application de la technique ne doit dès lors pas conduire à annuler ou à déclarer illicites des stipulations qui demeureraient valables si une autre qualification leur était appliquée. La volonté ne doit pas dépendre de la technique<sup>55</sup>. Ainsi que l'écrivait Monsieur Perrot, « *ce qui compte, en dernière analyse, c'est le but à atteindre et non les moyens mis en œuvre pour y parvenir* »<sup>56</sup>. Il en résulte que : « *Dès lors que la loi impérative ne concerne qu'un contrat spécialement défini, il n'existe aucune raison justifiant l'extension à un contrat d'une réglementation particulière applicable à un autre contrat, fut-elle impérative* »<sup>57</sup>. Si le législateur n'a entendu réglementer qu'un groupe plus ou moins vaste de contrats, rien ne justifie d'appliquer les règles ainsi définies à des contrats ne rentrant pas dans ses prévisions. Ainsi, « *le simple fait que les contrats soient soumis à une réglementation d'ordre public n'interdit pas aux parties de conclure un contrat innomé voisin* »<sup>58</sup>. L'autonomie du contenu contractuel justifie que soient écartées les règles impératives définies pour des contrats nommés. Seules les règles qui ont vocation à régir l'ensemble des contrats, telles celles constituant l'ordre public politique et moral et l'ordre public économique de direction, doivent ainsi s'appliquer<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., p. 332 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), op. cit., n° 124, p. 43 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale*, préc., n° 111, p. 98 ; TERRE (F.), thèse préc., n° 563, p. 450.

<sup>54</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 562, p. 450.

<sup>55</sup> PERROT (R.), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse Paris, 1947, n° 136, p. 195.

<sup>56</sup> PERROT (R.), thèse préc., n° 136, p. 195.

<sup>57</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), op. cit., n° 106, p. 129, et TERRE (F.), thèse préc., n° 597, p. 475.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), op. cit., n° 106, p. 131 ; V. également TERRE (F.), thèse préc., n° 562, p. 450. On a parfois fait valoir que le recours à la qualification de contrat innomé ne devrait pas permettre, en écartant l'application d'une règle régissant un contrat nommé, d'atteindre un résultat que le législateur visait à condamner en édictant la règle (GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., p. 328). La validité d'une stipulation devrait ainsi être appréciée sur la base d'une interprétation téléologique du texte écarté du fait du recours à la qualification innomée : si le législateur réproouve un résultat, la poursuite de celui-ci par le biais d'une requalification devrait être condamnée ; si, au contraire, il ne réproouve qu'un moyen, la poursuite du même objectif mais en contournant la règle embarrassante devrait être autorisée (*Ibid.*). Cette limite apparaît toutefois imprécise. Dans bien des cas en effet, il est difficile de déterminer si le législateur a entendu prohiber un moyen ou un résultat : en exigeant que le prix soit déterminé dans la vente, l'article 1591 du Code civil prohibe-t-il un moyen permettant de parvenir à la fixation du prix ou un résultat – un prix indéterminé ? Il n'est d'ailleurs pas

**636.** L'éviction d'une qualification nommée, et en particulier de celle de vente, au profit d'une qualification innomée apparaît ainsi possible dès lors qu'est remplie la double condition d'autonomie du contrat et de respect des règles destinées à régir l'ensemble des contrats. Or ces conditions peuvent être considérées comme remplies par les cessions de droits sociaux dans lesquelles le cessionnaire est animé de l'*affectio societatis* et dans lesquelles le cédant est informé des intentions du cessionnaire.

### **B – La possible éviction du droit de la vente fondée sur l'*affectio societatis* du cessionnaire**

**637.** Il est possible de considérer que les cessions de droits sociaux dans lesquelles le cessionnaire est animé de l'*affectio societatis*, et dans lesquelles le cédant connaît cette intention, sont des contrats innomés (1). Il est en conséquence possible de distinguer ces contrats, que l'on peut désigner comme des contrats d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société<sup>60</sup>, des autres cessions de droits sociaux, désignées comme cession des droits des associés et qui restent soumises au droit de la vente (2).

#### 1 - La possible appréhension comme des contrats innomés des cessions de droits sociaux dans lesquelles le cessionnaire est animé de l'*affectio societatis* et dans lesquelles le cédant connaît cette intention

**638.** Les contrats emportant acquisition de la qualité de partie au contrat de société pourraient être considérés comme remplissant les deux conditions requises pour l'adoption de la qualification innomée. D'une part, il est d'ores et déjà possible de remarquer, sans insister sur les conséquences du recours à l'innomé<sup>61</sup>, que cette qualification ne porterait pas atteinte à l'application des règles régissant l'ensemble des contrats (a). D'autre part, ces contrats pourraient être considérés comme des contrats autonomes (b).

##### *a) Le maintien de l'application des règles régissant l'ensemble des contrats*

**639.** La qualification de contrat innomé ne conduirait pas à écarter l'application de règles régissant l'ensemble des contrats. Ainsi qu'il sera démontré, l'exigence de prédétermination

---

exclu que Madame Grillet-Ponton ait, en fait, voulu rappeler, par cette distinction, que ne pouvaient être écartées les règles ayant vocation à régir l'ensemble des contrats. Les exemples qu'elle cite à l'appui de ses développements peuvent en effet illustrer cette dernière exigence.

<sup>60</sup> Nous désignerons dans la suite de ce travail les cessions remplissant ces deux dernières conditions par cette expression.

<sup>61</sup> Cf. infra Titre 2, chapitre 1.

du prix n'est nullement générale<sup>62</sup>. Bien au contraire, la Cour de cassation qui exigeait en principe, il y a peu encore, que le prix soit déterminé dans tous les contrats, est revenu sur cette règle<sup>63</sup>. En outre, la qualification d'innomé ne saurait permettre de revenir sur l'exigence d'une contrepartie. Quant à l'exigence d'une contrepartie monétaire, elle est propre au contrat de vente.

**640.** On relèvera que le recours à l'innomé serait encore justifié si l'on considérait qu'il est proscrit lorsqu'il permet d'atteindre un résultat que la règle éludée avait précisément pour but de condamner<sup>64</sup>.

Les règles relatives au prix de vente poursuivent différents objectifs. L'exigence d'un prix sérieux repose sur l'idée que, sauf exception, un individu ne saurait s'engager sans contrepartie<sup>65</sup>. L'exigence de prédétermination du prix tend d'une part à garantir la réalité du consentement des parties, d'autre part à éviter que la fixation unilatérale du prix par l'une des parties ne lui permette d'abuser de la prérogative dont elle est titulaire<sup>66</sup>. Enfin, la nécessité d'un prix monétaire est une condition d'adoption de la qualification de vente. Elle tend à maintenir une distinction claire entre les différentes catégories de contrats.

Or le recours à l'innomé n'est pas incompatible avec ces objectifs. Dans la mesure où l'*affectio societatis* permet de considérer que la cession de la qualité d'associé est un contrat autonome, la volonté du législateur de maintenir des catégories de contrat apparaît préservée. Au surplus, la qualification d'innomé ne porte pas atteinte, on l'a dit<sup>67</sup>, à l'exigence d'une contrepartie. La volonté de ne pas permettre à une partie d'abuser d'un pouvoir unilatéral de fixation du prix peut en outre, ainsi qu'on le verra, se manifester à travers un contrôle *a posteriori* de l'abus dans la fixation du prix. L'abandon de l'exigence de prédétermination du prix que permet le recours à l'innomé<sup>68</sup> ne porte enfin pas atteinte au principe suivant lequel les parties doivent avoir pleinement consenti au contrat. Certes, il conduit à admettre que ce consentement n'implique pas nécessairement un accord sur le prix. Mais, ainsi qu'on le verra, le législateur et la jurisprudence admettent, dans de nombreux cas, la validité du contrat sans prix, alors pourtant que le consentement des parties demeure une condition de formation

---

<sup>62</sup> Infra n° 699s.

<sup>63</sup> Infra n° 701.

<sup>64</sup> V. pour une telle opinion supra n°0, spéc. note n° 59.

<sup>65</sup> Supra n° 424s., spéc. n° 432.

<sup>66</sup> Supra n° 315s.

<sup>67</sup> Supra n° 638.

<sup>68</sup> Infra n° 704.

du contrat<sup>69</sup>. La renonciation à l'exigence de prédétermination du prix n'implique dès lors pas nécessairement renonciation à l'exigence, pour la formation du contrat, d'un consentement éclairé. En cas de conflit, elle impose uniquement au juge de déceler dans d'autres éléments la réalité de ce consentement.

*b) L'autonomie de la cession de la qualité d'associé*

**641.** A un double point de vue, l'*affectio societatis* du cessionnaire peut constituer un facteur d'autonomisation de la cession de droits sociaux. Elle peut d'abord agir directement sur la qualification. Elle peut ensuite justifier la requalification du contrat au travers de l'influence qu'elle exerce sur son contenu.

*α) L'effet direct de l'affectio societatis du cessionnaire sur la qualification du contrat*

**642.** Le rôle de la volonté dans la qualification de certains actes, en particulier à travers les éléments subjectifs des qualifications, ne fait guère de doutes<sup>70</sup>. Certes, en l'état du droit positif, l'*affectio societatis* n'apparaît pas explicitement parmi les éléments justifiant une qualification de contrat innomé. Plusieurs éléments démontrent toutefois que ce sentiment pourrait fonder une requalification des contrats emportant acquisition de la qualité de partie au contrat de société.

**643.** En premier lieu, l'*affectio societatis* constitue un élément de qualification pris en compte par le droit. Elle permet par exemple, on l'a dit<sup>71</sup>, de distinguer la société de l'indivision, fût-elle conventionnelle. Des individus qui gèrent un bien indivis peuvent également être considérés comme ayant apporté le bien à une société. Ils partagent, dans les deux cas, les produits de cette gestion et, le cas échéant, en assument les coûts. Seule l'existence de la volonté de collaborer, et plus spécialement de la volonté d'affecter un bien à l'entreprise commune, permet alors de qualifier la situation et de déterminer son régime<sup>72</sup>. Elle permet également de distinguer le contrat de prêt du contrat de société dans le cas, par exemple, de l'apport en jouissance d'un bien ou de fonds. La participation au bénéfice ne peut constituer un critère de distinction dans la mesure où le prêt peut être rémunéré de la sorte. La seule contribution aux pertes de l'apporteur en jouissance réside par ailleurs dans la

---

<sup>69</sup> Infra n° 750.

<sup>70</sup> V. globalement sur l'influence de la volonté sur les qualifications la thèse de Monsieur Terré : TERRE (F.), thèse préc., spéc. n° 196s., p. 183s. sur l'influence des éléments subjectifs.

<sup>71</sup> Supra n° 556.

<sup>72</sup> V. sur les différences de régime des deux situations : SAINT-ALARY-HOUIN (C.), art. préc., n° 9, p. 652.

perte de la rémunération de son apport, de telle sorte qu'il ne se distingue pas en cela du prêteur à titre gratuit ou rémunéré exclusivement par une participation aux bénéfices. Seule l'intention des parties permet alors de distinguer les deux contrats<sup>73</sup>.

**644.** En second lieu, la qualification de contrat innomé repose uniquement et directement, dans un certain nombre de cas, sur la volonté des parties.

L'absence d'intention spéculative semble ainsi, par exemple, pouvoir justifier la requalification de certains contrats de jeu et de pari en contrats innomés<sup>74</sup>. La qualification de contrat de jeu ou de pari suppose en effet que les parties soient animées d'une intention spéculative<sup>75</sup>. Les parties ne doivent pas seulement avoir connu et pris en compte l'aléa dans la définition des conditions du contrat comme elles peuvent le faire, par exemple, dans un contrat d'assurance. Leur but lorsqu'elles concluent un contrat de jeu ou un pari est uniquement de subordonner un gain ou une perte au fruit du hasard<sup>76</sup>. L'utilisation de l'aléa se détache de tout échange de bien ou de service et sert uniquement l'enrichissement des parties. Dans les autres contrats aléatoires nommés au contraire, le contrat a pour objet la fourniture d'une prestation ; il concourt à la réalisation d'une opération socialement ou économiquement utile<sup>77</sup>. En l'absence de cette intention spéculative, l'acte par lequel « *deux ou plusieurs personnes se promettent une somme d'argent ou un objet déterminé en cas d'arrivée d'un événement incertain ne dépendant pas d'elles* »<sup>78</sup> ne peut plus être qualifié de jeu ou de pari. Il devient un contrat innomé<sup>79</sup>.

La volonté des parties peut également justifier l'adoption d'une qualification innomée en raison de son action sur la structure de l'ensemble à qualifier. Le rôle de cette volonté se manifeste en particulier au travers de ce que Monsieur Terré a appelé l'innomé-alliage, c'est-à-dire lorsque la qualification innomée résulte de la réunion d'éléments empruntés à des catégories existantes<sup>80</sup>. Le fait que les parties aient inséré deux contrats nommés dans un

<sup>73</sup> V. sur ces éléments supra n° 556 ; *adde* TERRE (F.), thèse préc., n° 296s., p. 271s.

<sup>74</sup> GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 44, p. 53 ; TERRE (F.), thèse préc., n° 289, p. 269 ; MORIN (A.), *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, préf. A. Ghazi, Presse Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 1998, n° 163s., p. 77s.

<sup>75</sup> GRILLET-PONTON (D.), *op. et loc. cit.*

<sup>76</sup> MORIN (A.), thèse préc., n° 168, p. 79.

<sup>77</sup> MORIN (A.), thèse préc., n° 169, p. 79.

<sup>78</sup> V. pour une telle définition du contrat de jeu ou de pari HEMARD (J.), *Les contrats aléatoires*, Cours Paris, 1921-1922, cité par Madame Morin (MORIN (A.)), thèse préc., n° 158, p. 76).

<sup>79</sup> MORIN (A.), thèse préc., n° 164s., p. 78s. ; GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 44, p. 53 ; TERRE (F.), thèse préc., n° 289, p. 269. Ces auteurs citent, à l'appui de ce constat, des décisions anciennes, mais apparemment non remises en cause depuis : Bordeaux, 4 fév. 1833, S. 1834.2.24 ; Poitiers, 23 mai 1855, *D.P.* 1857.2.31.

<sup>80</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 569, p. 456 ; MOURY (J.), De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.* 1994.255, spéc. n° 13, p. 263.

même *instrumentum* n'implique aucunement, en soi, de modifier leurs qualifications<sup>81</sup>. Bien plus, deux contrats peuvent être indivisibles, en ce sens qu'ils concourent à une même opération économique et que les parties ont voulu que leurs sorts soient liés, sans qu'il soit nécessaire de leur attribuer une qualification unique<sup>82</sup>. Le montage recevra en revanche une qualification unique de contrat innomé lorsqu'il sera irréductible à la somme des contrats qui le composent<sup>83</sup>. Or cette irréductibilité résulte essentiellement de la volonté des parties. La Cour de cassation a ainsi, par exemple, approuvé une cour d'appel s'étant fondée sur l'intention des parties pour qualifier d'innomé un contrat aux termes duquel l'une des parties s'engageait à céder à l'autre la moitié d'un droit de chasse s'il devenait locataire de ce droit. La cour d'appel, ayant souverainement constaté que « *dans la pensée commune [des parties], elle [la convention] constituait, entre eux, non pas une promesse de cession de bail proprement dite mais un contrat innomé* », tenant à la fois du louage et de la société, pouvait statuer comme elle l'avait fait<sup>84</sup>. Le rôle de la volonté apparaît encore, par exemple, dans la qualification du contrat de report en bourse<sup>85</sup>. Aux termes de ce contrat, un vendeur vend ses titres au comptant à un acheteur, et les lui rachète à terme, et un acheteur achète au comptant, et revend les titres à terme. Or la Cour de cassation a jugé que ce contrat constituait un « contrat spécial » comportant une double vente sans se réduire à cette opération<sup>86</sup>. Le report en bourse constitue donc bien un contrat innomé<sup>87</sup>, dont l'autonomie résulte non d'un élément matériel, mais de la volonté des parties<sup>88</sup>. Plus précisément, il semble que sa spécificité réside dans la recherche de l'avantage financier résultant de l'opération<sup>89</sup>.

Dans tous ces cas, la volonté des parties est bien la source d'une qualification innomée. Elle justifie cette qualification directement, et non à travers l'influence qu'elle exerce sur les éléments matériels du contrat.

**645.** L'autonomie d'un contrat, le caractère nouveau qui justifie le recours à l'innomé, peut ainsi résulter de la seule volonté des parties. Il semble dès lors possible d'admettre que les

<sup>81</sup> TERRE (F.), thèse préc., n° 605, p. 482.

<sup>82</sup> GOUBEAUX (G.), thèse préc., n° 141, p. 211.

<sup>83</sup> GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 105, p. 115, conclusion reprise par Messieurs Ghestin, Jamin, et Billau (GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 111, p. 136).

<sup>84</sup> Req., 31 janv. 1894, S. 1894.1.237.

<sup>85</sup> V. pour une présentation de ce contrat LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 80s., p. 42s.

<sup>86</sup> Civ. 1<sup>er</sup> mars 1897, S. 1897.1.220, D. 1897.1.411.

<sup>87</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 101, p. 51 ; TERRE (F.), thèse préc., n° 608, p. 483 ; GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 107, p. 116.

<sup>88</sup> v. implicitement TERRE (F.), thèse préc., n° 559s, p. 448s., qui ne le dit pas explicitement, mais qui envisage le report en bourse parmi les manifestations du pouvoir des volontés individuelles sur les qualifications.

<sup>89</sup> GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 107, p. 116

cessions dans lesquelles le cessionnaire est animé de l' *affectio societatis*  soient requalifiées en contrat innomé. La présence de cette intention constituerait l'élément subjectif conférant au contrat son autonomie.

**646.** Une limite doit cependant être imposée à cette influence de la volonté : l'intention du cessionnaire doit avoir été connue du cédant.

L'opération de qualification d'un contrat tend à le rattacher à une catégorie préexistante pour en déduire le régime<sup>90</sup>. Il en résulte logiquement que la qualification doit être déterminée sur la base du contenu de ce contrat ; il ne s'agirait plus, sinon, de qualifier le contrat. La qualification du contrat dépend ainsi, on l'a vu, des éléments du contrat et du lien qui les unit<sup>91</sup>. Or le contrat est essentiellement un accord de volontés<sup>92</sup>. Son contenu est ainsi d'abord déterminé par l'accord des volontés<sup>93</sup>. Certes, le législateur impose et détermine dans de nombreux cas partiellement le contenu du contrat choisi par les parties. Cependant, le principe selon lequel le contenu du contrat est déterminé par l'accord des volontés demeure entier en ce sens qu'il n'appartient en principe pas à la volonté de l'une seule des parties de fixer ce contenu. La volonté de l'une des parties ne saurait en particulier devenir un élément contractuel déterminant une qualification sans que l'autre partie ait eu connaissance de cette intention. A défaut, le régime de l'acte, et donc certaines au moins des obligations qu'il fait naître, dépendrait de la volonté de l'une seule des parties. Plus concrètement, la qualification de cession des droits de l'associé, soumise au régime de la vente, ou d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société, dépendrait alors du cessionnaire qui pourrait, en fonction de ses besoins, soutenir avoir été ou ne pas avoir été animé de cette intention. Pour devenir un élément contractuel, le mobile doit ainsi être entré dans le champ contractuel<sup>94</sup>. L'arrêt précité qui qualifie de contrat innomé le contrat tenant du louage et de la société<sup>95</sup> relève ainsi que le contrat était un contrat innomé «  *dans la pensée commune*  » des parties.

---

<sup>90</sup> Supra n° 29.

<sup>91</sup> Supra n° 540.

<sup>92</sup> CAPITANT (H.),  *op. cit.* , n° 5, p. 23, repris par Madame Rochfeld (ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 268, p. 245).

<sup>93</sup> CAPITANT (H.),  *op. et loc. cit.*  ; V. également ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 268, p. 245.

<sup>94</sup> V. GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 39, p. 47 et n° 43, p. 52, qui estime que l'intérêt que peut trouver au contrat le prêteur, et l'intention spéculative de la partie à un contrat aléatoire, doivent, pour modifier la qualification de ces contrats, être entrés dans le champ contractuel. En l'absence de restriction envisagée par Madame Grillet-Ponton à cette exigence de contractualisation de l'intention des parties, il semble possible d'avancer qu'elle estime, de manière générale, qu'une intention doit, pour influencer sur la qualification d'un contrat, être entrée dans le champ contractuel. V. par ailleurs en ce sens que l'entrée dans le champ contractuel implique la connaissance par l'autre partie de l'élément intentionnel : ROCHFELD (J.), thèse préc., n° 268, p. 245, qui exprime toutefois cette idée non à propos de la question de la qualification, mais à propos de la définition de la cause dans les contrats « atypiques ».

<sup>95</sup> V. supra n° 643.

On pourrait certes objecter que le droit donne dans un certain nombre de cas effet à la volonté unilatérale de l'une des parties, alors même que l'autre n'en a pas connaissance<sup>96</sup>. Ainsi, par exemple l'illicéité du mobile qui a conduit l'une des parties à contracter peut justifier la nullité du contrat pour cause illicite, alors même que le cocontractant n'était pas informé du but poursuivi par son partenaire<sup>97</sup>. Les intentions de l'une des parties peuvent par ailleurs influencer sur la qualification de l'acte<sup>98</sup>. La qualification d'acte à titre onéreux ou de donation avec charge peut ainsi dépendre de la seule volonté du « donateur » : l'intention libérale du donateur exclut en effet, par définition, l'équivalence subjective entre les prestations, et donc la qualification d'acte à titre onéreux lorsque les prestations ne sont pas objectivement équivalentes<sup>99</sup>. L'exclusion de la qualification d'acte à titre onéreux résulte alors dans ce cas du contenu de la volonté du donateur. Ces cas demeurent toutefois exceptionnels et peuvent être individuellement justifiés. L'effet de la volonté en cas de nullité pour illicéité de la cause résulte de ce que cette nullité a pour objectif la protection de l'intérêt général<sup>100</sup>. Dans les actes à titre gratuit, l'effet accordé à la volonté individuelle peut se justifier, précisément, par le caractère gratuit de l'acte : l'enrichissement du donataire, dans la mesure où il n'a pas de contrepartie matérielle équivalente, pourrait dépendre de la volonté de celui qui s'appauvrit. L'intention de l'une des parties doit ainsi en principe, pour modifier la qualification du contrat, avoir été connue de l'autre. On peut toutefois d'ores et déjà relever que cette exigence n'aura qu'une portée pratique limitée : dans la plupart des cas où se pose la question de l'application du droit de la vente, c'est-à-dire dans les cessions de contrôle, on peut considérer que le cédant est informé de l'intention du cessionnaire. Le cessionnaire du contrôle d'une entreprise est en effet, sauf cas particulier, animé de l'*affectio societatis*<sup>101</sup>. Aussi le cédant du contrôle, ou d'une participation octroyant le contrôle, pourra-t-il être considéré comme connaissant l'existence de l'*affectio societatis*, sauf à ce qu'il démontre

<sup>96</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 320, p. 162 citant la thèse de Jossierand : JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n° 252, p. 314.

<sup>97</sup> En ce sens, v. par exemple TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 367, p. 375 ; V. notamment Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 oct. 1998, *Bull. civ. I*, n° 285, p. 198, *D.* 1998.563, concl. Sainte-Rose, *D.* 1999, somm., p. 110, obs. DELEBECQUE (P.), *JCP* 1998.II.10202, note MALEVILLE (M.-H.), *JCP* 1999.I.114, n° 1, obs. JAMIN (C.), Defrénois 1998.1408, obs. MAZEAUD (D.), Defrénois 1999.602, obs. CHARLOT (V.) ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2005, pourvoi n° 02-16.280, *CCC* 2005, n° 124, obs. LEVENEUR (L.).

<sup>98</sup> V. en ce JOSSERAND (L.), *eod. loc.*, qui notait : « si le mobile individuel et extrinsèque, le mobile adventice peut décider de la validité de cet acte, pourquoi ne déciderait-il pas également de son essence, de sa nature et de ses effets ? ».

<sup>99</sup> *Supra* n° 398.

<sup>100</sup> En ce sens, TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 367, p. 375.

<sup>101</sup> *Supra* n°603.



qu'il ne savait pas que les droits sociaux cédés permettaient au cessionnaire d'obtenir le contrôle de la société.

**647.** *L'affectio societatis* du cessionnaire pourrait donc finalement avoir un effet direct sur la qualification du contrat, lorsque le cédant connaît cette intention. Il pourrait encore avoir un effet indirect.

*β) L'effet médiat de l'affectio societatis du cessionnaire sur la qualification du contrat*

**648.** La volonté n'est pas la seule, ni même peut-être la principale, source directe d'autonomie du contrat. Celle-ci résulte en effet fréquemment du contenu matériel de l'acte<sup>102</sup>. Le caractère innomé a en particulier fréquemment été reconnu à des contrats en raison de la nouveauté de la chose qui faisait l'objet de l'une des prestations promises<sup>103</sup>. Parmi de multiples exemples, on peut citer les contrats de révélation d'un secret, et en particulier d'une succession<sup>104</sup>, dont la jurisprudence a reconnu le caractère innomé<sup>105</sup>. On peut citer plus globalement les contrats portant sur de l'information ou du savoir faire<sup>106</sup>, dont la doctrine s'accorde à considérer que, s'agissant de prestations immatérielles insusceptibles d'appropriation privative, ils ne peuvent se voir qualifiés de vente<sup>107</sup>.

Or il serait possible de considérer que l'objet du contrat par lequel un cessionnaire animé de *l'affectio societatis* acquiert des droits sociaux d'un cédant qui connaît son intention est spécifique.

**649.** Une solution pourrait à cet égard consister à appréhender globalement la cession de droits sociaux comme une cession de contrat. Plusieurs auteurs ont en effet proposé

---

<sup>102</sup> V. les différentes sources de qualification innomée énumérées par Madame Grillet-Ponton (GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 27s., p. 33s.).

<sup>103</sup> GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 113, p. 123 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 110, p. 133 ; TERRE (F.), thèse préc., n° 615, p. 486.

<sup>104</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 110, p. 135 ; TERRE (F.), *op. et loc. cit.*

<sup>105</sup> v. par exemple CA Riom, 20 juin 1950, *JCP* 1950.II.5827, obs. LAURENT (J.-C.) ; CA Lyon, 1<sup>er</sup> mai 1911, S. 1912.2.243.

<sup>106</sup> v. en ce sens GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. et loc. cit.* ; GRILLET-PONTON (D.), thèse préc., n° 124, p. 134 ; GRILLET-PONTON (D.), art. préc., n° 4, p. 332.

<sup>107</sup> *Ibid.* ; V. également à propos du savoir faire : AZEMA (J.) et GALLOUX (J.-C.), *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 904, p. 538 sur l'impossibilité de s'approprier le savoir faire, et n° 912, p. 543, sur l'impropriété de la qualification de vente. On notera par ailleurs que d'autres qualifications nommées, telle celle de contrat d'entreprise, n'apparaissent pas adaptées à la transmission d'information dans la mesure où le « bien » information peut exister indépendamment du service dont il peut être l'objet (GRILLET-PONTON (D.), *op. et loc. cit.* ; V. également CATALA (P.), La « propriété » de l'information, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97). Cette conclusion semble pouvoir être étendue au savoir-faire, dont on peut imaginer la transmission indépendamment de tout service.

d'analyser les cessions de droits sociaux comme une cession de contrat<sup>108</sup>. Monsieur Libchaber en particulier a récemment proposé de renouveler, sur cette base, l'analyse des droits sociaux<sup>109</sup>. Selon cet auteur, « *l'associé désireux de céder ses droits est en quelque sorte un contractant qui cherche à se substituer un tiers dans les liens du contrat de société* »<sup>110</sup>. L'objet du contrat ne serait ainsi pas le transfert de droits sociaux, mais la substitution d'un tiers à l'une des parties au contrat de société<sup>111</sup>.

**650.** L'assimilation de la cession de droits sociaux à une cession de contrat a fait l'objet de critiques.

Monsieur Aynès a estimé que la qualité de partie au contrat de société ne pouvait être cédée<sup>112</sup>. Selon cet auteur, le contrat aurait pour objet la création d'un groupement destiné à satisfaire l'intérêt patrimonial ou moral de ses membres, au moyen de la poursuite d'un intérêt collectif, distinct de l'intérêt des associés<sup>113</sup>. Cet objet serait réalisé dès la rencontre des consentements des associés, qui suffit à créer le groupement<sup>114</sup>. Le contrat étant à exécution instantanée, il ne serait pas envisageable de le céder<sup>115</sup>. Si la cession confère au cessionnaire la qualité d'associé, elle ne transférerait pas la qualité de partie au contrat de société<sup>116</sup>. Par ailleurs, dans les sociétés dans lesquelles le cessionnaire doit être agréé, la cession entraînerait une modification interne du groupement plus proche de la constitution d'une nouvelle société que d'une substitution de contractant<sup>117</sup>. En outre, le cessionnaire ne ferait aucun apport, sauf dans les cas où la libération de l'apport aurait été différée<sup>118</sup>. L'apport étant une condition de l'acquisition de la qualité de partie au contrat de société, le cessionnaire n'y serait pas partie. Enfin, l'analyse en terme de cession de la qualité de partie au contrat de société serait inutile toutes les fois que l'associé n'est débiteur d'aucune obligation envers les créanciers sociaux,

<sup>108</sup> MALAURIE (P.), La cession de contrat, Cours de doctorat 1975-1976, Les cours de droit, 1976, p. 185s., spéc. p. 188 ; V. également CAUSSE (H.), *Les titres négociables*, préf. B. Teyssié, Bibl. dr. entrep., t. 29, Litec, 1993, n° 69s., p. 41s. ; JEANTIN (M.), *op. cit.*, n° 217, p. 115 ;

<sup>109</sup> LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, art. préc.

<sup>110</sup> LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, art. préc., n° 3, p. 720 et n° 7, p. 723.

<sup>111</sup> Notons que les auteurs qui analysent la cession de droits sociaux comme une cession de contrat ne se prononcent pas sur le caractère innomé de ce contrat, ni ne recherchent quelle pourrait être sa qualification.

<sup>112</sup> AYNES (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. Malaurie, Economica, 1984, n° 287s., p. 204s. ; V. également sur ces critiques LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, art. préc., n° 5, p. 722.

<sup>113</sup> AYNES (L.), thèse préc., n° 289, p. 206.

<sup>114</sup> AYNES (L.), thèse préc., n° 290, p. 206.

<sup>115</sup> AYNES (L.), thèse préc., n° 292, p. 208 ; V. également LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, art. préc., n° 5, p. 722.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> AYNES (L.), thèse préc., n° 291, p. 207.

<sup>118</sup> AYNES (L.), thèse préc., n° 295, p. 209.

c'est-à-dire notamment en cas de cession des parts d'une SARL ou d'une société anonyme<sup>119</sup>. Dans les autres sociétés, les obligations des associés ne résulteraient pas de la qualité d'associé, mais de celle de membre du groupement<sup>120</sup>.

Ainsi que le relève Monsieur Aynès, il paraît difficile d'analyser comme une cession de contrat le transfert des droits sociaux lorsqu'est requis le consentement de tous les associés<sup>121</sup>. Il semble davantage y avoir, dans ce cas, création d'un nouveau contrat. En revanche, les arguments opposés à l'analyse de la cession de droits sociaux comme une cession de contrat dans les autres cas ne paraissent pas dirimants. Si le cessionnaire n'effectue, sauf exception, aucun apport, il est substitué dans les droits du cédant du fait de la cession<sup>122</sup>. L'apport peut donc être considéré comme ayant été effectué par ce cessionnaire<sup>123</sup>, qui a d'ailleurs vocation à le récupérer en cas de liquidation. La question de l'utilité de l'analyse en termes de cession de contrat ne suffit par ailleurs pas à en écarter le bien fondé. Enfin, et surtout, il est contestable que l'objet du contrat de société se réalise lors de l'échange des consentements<sup>124</sup>. Le contrat de société n'a pas pour objet la constitution d'un groupement, mais la mise en commun d'apports pour partager le bénéfice qui pourra résulter de leur exploitation. La création d'un groupement n'est qu'un effet du contrat, qui permet la réalisation de cet objectif<sup>125</sup>. En tout état de cause, et Monsieur Aynès l'admet<sup>126</sup>, le contrat de société ne disparaît pas une fois les apports réalisés ni, *a fortiori*, après l'échange des consentements. Certaines des parties conservent ainsi, après la conclusion du contrat, cette qualité, de telle sorte qu'il y a place pour une substitution de contractants.

**651.** L'analyse de la cession de droits sociaux comme une cession de contrat nous semble ainsi pouvoir être adoptée dès lors que le cédant est partie au contrat de société et que le cessionnaire aspire à le devenir. Il nous semble en particulier possible de considérer qu'il y a bien transfert de la qualité de partie au contrat de société en cas de cession du contrôle d'une

---

<sup>119</sup> AYNES (L.), thèse préc., n° 294, p. 208.

<sup>120</sup> AYNES (L.), *op. et loc. cit.*

<sup>121</sup> Ce consentement est notamment nécessaire pour la cession des parts d'une SNC (Art. L. 221-13 du Code de commerce).

<sup>122</sup> *Supra* n° 6.

<sup>123</sup> V en particulier en ce sens LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, art. préc., n° 12, p. 730.

<sup>124</sup> LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, art. préc., n° 6, p. 723.

<sup>125</sup> LIBCHABER (R.), *eod. loc.*

<sup>126</sup> AYNES (L.), thèse préc., n° 288, p. 205.

société<sup>127</sup>. Cette analyse doit en revanche être rejetée lorsque le cessionnaire des droits sociaux n'est pas animé de l'*affectio societatis* et n'entend pas devenir partie au contrat de société. Elle semble en outre devoir être écartée, alors même que le cessionnaire est animé de l'*affectio societatis*, lorsque le cédant n'était pas partie au contrat de société. Il ne peut en effet dans ce cas y avoir à proprement parler substitution de partie au contrat de société. Il y a transmission par le cédant des droits sociaux et du droit de devenir partie au contrat de société à un cessionnaire qui met ce droit en œuvre. L'opération a davantage pour objet l'acquisition de la qualité de partie au contrat de société que la substitution dans cette position.

Il n'en demeure pas moins que dans tous les cas où le cessionnaire est animé de l'*affectio societatis*, et où cette intention est connue du cédant, on peut considérer que le contrat a pour objet, globalement, l'acquisition de la qualité de partie au contrat de société. Le contrat apparaît ainsi avoir un objet spécifique, distinct du transfert d'un droit, qui pourrait justifier que soit écartée la qualification de vente.

**652.** Deux types de cessions de droits sociaux devraient alors être distingués.

## 2 - La distinction de l'acquisition de la qualité de partie au contrat de société et de la cession des droits de l'associé

**653.** Le caractère innomé des contrats d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société pourrait permettre la distinction de deux types de cession de droits sociaux (a), sans que les objections que l'on pourrait y opposer ne justifient de renoncer à cette distinction (b).

### *a) Présentation de la distinction entre les deux types de cession de droits sociaux*

**654.** Il résulte de ce qui précède que la qualification de cession de créance ne peut pas être remise en cause lorsque le cédant ne connaissait pas les intentions du cessionnaire. La cession demeure, dans ce cas, une cession des droits de l'associé, soumise au droit de la vente.

**655.** Aucun élément ne permet par ailleurs, lorsque le cessionnaire des droits sociaux n'est pas animé de l'*affectio societatis*, et lorsque aucune obligation n'est transférée, de remettre en cause la qualification de cession de créance traditionnellement retenue en matière de cession de droits sociaux. La cession des actions ou des parts sociales n'emporte alors que cession de

---

<sup>127</sup> Sur le fait que le contrôleur est partie au contrat de société, cf. supra n° 675 ; et sur le fait que le cessionnaire du contrôle est animé de l'*affectio societatis*, et donc de la volonté de devenir partie au contrat de société, supra n° 603.

droits personnels, pécuniaires et politiques, contre la société, c'est-à-dire de droits de créance<sup>128</sup>. Si l'on peut parfois remettre en cause la qualification de cession de créance généralement retenue par la doctrine lorsque le cessionnaire a l'*affectio societatis*, rien ne permet en revanche de la remettre en cause en l'absence d'*affectio societatis*.

**656.** Quoique assez théorique<sup>129</sup>, la question du maintien de cette qualification pourrait se poser lorsque sont transférées, outre les droits des associés, des obligations : la mise à la charge du cessionnaire de l'obligation de libérer une partie des apports ou, dans les sociétés à risques illimités, d'assumer les dettes et, le cas échéant, de participer aux pertes ne modifient-elle pas la nature de la contrepartie due par ce cessionnaire et, partant, la qualification du contrat ? La qualification de cession de créance, et l'application du droit de la vente, ne semblent toutefois que rarement devoir être remises en cause<sup>130</sup>. Dans la très grande majorité des cas, sinon dans leur totalité, ces obligations ne constituent qu'un accessoire de l'obligation principale de payer le prix qui lui incombe, soit que leur montant soit nettement inférieur au prix, soit que les parties les considèrent comme accessoires<sup>131</sup>. Elles ne peuvent dès lors déterminer la qualification du contrat<sup>132</sup>. En revanche, de même que doivent être qualifiées de contrats innomés les cessions dans lesquelles la contrepartie due par le cessionnaire réside essentiellement dans les obligations qu'il assume à l'égard de tiers et, accessoirement, dans le paiement du prix<sup>133</sup>, les opérations dans lesquelles le paiement d'un prix ne serait que l'accessoire d'autres obligations devraient être qualifiées de contrat innomé.

**657.** Il apparaît dès lors possible, finalement, de distinguer deux types de cessions de droits sociaux. Les premières n'ont pour objet que la transmission des droits de l'associé. Le cessionnaire n'entend pas participer à la vie sociale, mais uniquement réaliser un investissement ou rendre service à un tiers. Dans ces conditions, rien ne justifie d'écarter

---

<sup>128</sup> Supra n° 10.

<sup>129</sup> Les cas de cessions de droits sociaux emportant transfert d'obligations apparaissent déjà peu nombreux si l'on tient compte de tous les types de cessions, puisqu'ils correspondent aux cessions d'actions ou de parts sociales non entièrement libérées et aux cessions de parts de sociétés à responsabilité illimitée. Ils semblent devoir être encore moins nombreux lorsque l'on ne considère que les cas dans lesquels le cessionnaire n'est pas animé de l'*affectio societatis*, situation à laquelle est consacrée le présent paragraphe. Compte-tenu des risques que l'acquisition des parts d'une société à responsabilité illimitée entraîne, on imagine mal un individu souhaitant uniquement réaliser un investissement financier, ou un porteur, souscrire un tel engagement.

<sup>130</sup> La doctrine qui propose de qualifier les cessions de droits sociaux de cessions de créance n'envisage guère cette situation, et semble considérer que la qualification de cession de créance s'applique à toutes les cessions de droits sociaux, quels que soient les droits et obligations transférés.

<sup>131</sup> Sur les critères de l'accessoire, cf. supra n° 511.

<sup>132</sup> Supra n° 629.

<sup>133</sup> Supra n° 522.

l'application du droit de la vente. Les secondes ont un objet plus large. Le cessionnaire, qui entend prendre une part active à la vie sociale, et parfois assurer le contrôle de la société, n'acquiert pas que des droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux à l'encontre de celle-ci. Il acquiert également la qualité de partie au contrat de société. La spécificité de cette opération permet alors de l'exclure du champ d'application du droit de la vente et de la considérer comme un contrat innomé.

*b) Réfutation des objections opposables à une telle distinction*

**658.** Une première objection, tenant au principe du recours à l'innomé, peut être aisément écartée. Certains auteurs considèrent que le recours à la qualification de contrat innomé est inopportun ou, *a minima*, qu'il doit être limité. Ce recours ne constituerait souvent qu'une « *solution paresseuse* »<sup>134</sup>. Un auteur considère en outre que la qualification *sui generis*, qui englobe une partie de ce que nous avons désigné par le terme d'innomé<sup>135</sup>, constituerait une méthode « *peu satisfaisante* » dès lors qu'elle ne servirait qu'à renommer l'incertitude<sup>136</sup>.

Ces critiques semblent toutefois viser la démarche consistant à qualifier d'innomé un contrat dont il s'agit de déterminer le régime pour éviter d'avoir à rechercher à quelle catégorie il pourrait être rattaché. Or on peut noter, sans avoir à se prononcer sur la pertinence d'une telle critique, que la démarche ici proposée est tout autre. Il s'agit au contraire d'éviter le rattachement à une catégorie nommée et connue : celle de la vente. La qualification d'innomé n'est donc pas ici le résultat d'une quelconque paresse, mais au contraire le fruit d'une démarche volontaire.

**659.** Certains auteurs font par ailleurs valoir, pour critiquer non pas l'application d'une certaine qualification à la cession de droits sociaux, mais la distinction entre associé et investisseur, que l'état d'esprit de l'associé peut changer<sup>137</sup>. La distinction entre associé et investisseur ne correspondrait alors pas nécessairement à l'état d'esprit de l'associé. Cette réflexion peut être transposée à la question de la qualification du contrat de cession de droits sociaux. Dans la mesure où les intentions d'un titulaire de parts sociales ou d'actions peuvent

<sup>134</sup> TUNC (A.), *Le contrat de garde*, thèse Paris, 1941, p. 205, cité par Monsieur Terré (TERRE (F.), *op. cit.*, n° 618, p. 490). V. également, mais à propos des seuls contrats *sui generis*, MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 19, p. 15, qui considère que cette qualification constitue « *un refus paresseux d'analyse* ».

<sup>135</sup> V. sur cette analyse supra n° 626.

<sup>136</sup> PAINCHAUX (M.), art. préc., n° 9, p. 1573.

<sup>137</sup> MATHEY (N.), Obs. sous Com., 16 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 45, p. 270.

changer, la qualification fondée sur la volonté du cessionnaire ne correspondrait pas nécessairement à la situation réelle de l'associé après la cession.

L'objection peut toutefois être écartée. Certes, une telle situation peut se produire. Le bailleur de fonds –par exemple une banque- qui se désintéresse de la gestion ou se borne à la surveiller, peut, découvrant les difficultés financières ou l'incurie de son client, décider de participer activement à la gestion ou à la direction de l'entreprise. Cette évolution ne peut toutefois avoir d'impact sur la qualification du contrat. Celle-ci dépend en effet du contenu contractuel<sup>138</sup>. Or les intentions du cessionnaire postérieurement à la cession ne peuvent avoir été intégrées dans le champ contractuel, défini lors de la cession. Il en est d'autant plus ainsi que l'*affectio societatis* du cessionnaire ne justifie la requalification en contrat innomé que si cette intention était connue du cédant. Or celui-ci ne peut avoir, au moment de la conclusion du contrat, connaissance de la volonté de son cocontractant postérieurement à cette conclusion. L'évolution de la volonté du cessionnaire n'implique pas de remettre en cause le fait que le cessionnaire des droits sociaux a acquis la qualité de partie au contrat de société ou celle d'investisseur. Corrélativement, elle ne saurait influencer le régime du contrat.

**660.** C'est encore vainement que l'on opposerait à une telle distinction un argument tiré de l'impossibilité pratique de distinguer les cessionnaires animés de l'*affectio societatis* de ceux qui ne le sont pas.

On a certes parfois fait valoir que se poserait un problème de frontière : comment distinguer quels associés sont animés de l'*affectio societatis* et quels associés ne le sont pas<sup>139</sup>. La distinction serait spécialement difficile à mettre en œuvre dans les cas limites, par exemple lorsque l'investisseur participe à la direction ou à la gestion de la société<sup>140</sup>.

La difficulté, inhérente à toute recherche d'intention, ne peut être négligée. Il nous semble toutefois qu'elle peut être surmontée sur la base de la définition de l'*affectio societatis* que nous avons retenue. Elle est la volonté de participer sur un pied d'égalité et dans l'intérêt commun au succès de l'entreprise commune, volonté qui implique celle de subir les aléas de l'activité sociale, et celle de participer à la vie sociale<sup>141</sup>. Il apparaît dès lors aisé d'exclure

---

<sup>138</sup> Supra n° 646.

<sup>139</sup> DOM (J.-P.), Obs. sous CA Paris, 12 mai 2000, *Bull. Joly* 2000, § 284, p. 1142 ; MATHEY (N.), Obs. sous Com., 16 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 45, p. 270. On relèvera que ces auteurs soulèvent ces objections non à propos de l'*affectio societatis* du cessionnaire, mais à propos, plus généralement, de la distinction entre investisseur et véritable associé. Ces réflexions paraissent toutefois transposables, compte-tenu de l'identité du critère de distinction.

<sup>140</sup> DOM (J.-P.), *eod. loc.*

<sup>141</sup> Supra n° 584s.

toute *affectio societatis* chez le porteur d'actions ou de parts sociales de même que chez l'épargnant qui acquiert des titres d'une société cotée<sup>142</sup>. Cette définition devrait par ailleurs permettre de déterminer si le bailleur de fonds est animé de ce sentiment dans des cas plus incertains, et ce d'autant plus que les juges du fond devraient pouvoir se fonder, pour déterminer si l'*affectio societatis* existait lors de la cession, sur des éléments postérieurs à celle-ci<sup>143</sup>. Dès lors que le bailleur ne participe pas à la gestion, ou se borne à la surveiller comme un prêteur soucieux de rentrer dans ses fonds, l'*affectio societatis* doit être exclue. Il doit en revanche être considéré comme un véritable associé lorsque son intervention dépasse la simple surveillance et qu'il se comporte comme un associé intéressé au succès de l'entreprise commune. Les arrêts ayant admis une telle distinction attestent qu'elle peut être mise en œuvre<sup>144</sup>.

**661.** On pourrait enfin faire valoir que le recours à l'innomé, lorsqu'il est possible, soulève une difficulté : celle du régime applicable au contrat<sup>145</sup>. Il en résulterait une incertitude quant au contenu de l'acte<sup>146</sup>. L'objection paraît d'autant plus pertinente que l'une des manifestations identifiées de l'inadéquation du droit de la vente réside, précisément, dans ce risque de requalification lorsque la contrepartie due par le cessionnaire ne peut être analysée en un prix<sup>147</sup>.

L'objection nous semble toutefois pouvoir être écartée. Ce risque, fût-il réel, nous semble préférable aux risques, beaucoup plus lourds de conséquence, de nullité pour indétermination du prix ou de défaut de prix sérieux que la qualification d'innomé permet de minimiser. Il en est paradoxalement d'autant plus ainsi que le critère de qualification proposé devrait conduire à une requalification fréquente en contrat innomé. La systématisation du recours à l'innomé devrait en effet permettre aux parties à une cession de droits sociaux de mieux prévoir cette qualification et de définir éventuellement le régime auquel elles souhaitent soumettre leur contrat. Elle devrait surtout donner l'occasion au juge de définir le régime des contrats

<sup>142</sup> Supra n° 594. La question ne se posera pas en pratique pour ce dernier, dans la mesure où le prix des actions achetées sur un marché réglementé correspond nécessairement à sa cotation, de telle sorte que ces acquisitions ne donnent guère lieu à contentieux.

<sup>143</sup> On a vu en effet que la Cour de cassation avait admis que les juges se fondent, pour déterminer si l'*affectio societatis* existait lors de la constitution de la société, sur des éléments postérieurs (Com., 12 oct. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 330, p. 23). Or rien ne semble interdire la transposition de cette solution à l'acquisition de droits sociaux.

<sup>144</sup> Supra n° 556, note n° 36.

<sup>145</sup> V. par exemple en ce sens STARK (B.), ROLAND (H), BOYER (L), *op. cit.*, n° 129, p. 44.

<sup>146</sup> En ce sens, v. par exemple FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 89, p. 65 ; STARK (B.), ROLAND (H), BOYER (L), *op. et loc. cit.*

<sup>147</sup> Supra n° 494s.



d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société, comme il l'a fait pour de nombreux contrats innomés. L'incertitude ne serait ainsi que temporaire.

La requalification en contrat innomé n'est donc pas exempte d'inconvénients. Ceux-ci ne nous semblent toutefois pas tels qu'ils justifient de renoncer à l'évolution proposée.

**662.** L'exclusion du champ d'application du droit de la vente des cessions de droits sociaux lorsque le cessionnaire est animé de l'*affectio societatis* apparaît donc juridiquement possible. Elle constitue alors la solution optimale aux difficultés résultant de l'inadéquation du droit de la vente.

### **§ 2 – L'*affectio societatis* du cessionnaire connue du cédant, fondement préféré**

**663.** L'éviction du droit de la vente fondée sur l'*affectio societatis* du cessionnaire doit être préférée à la création d'un régime spécifique aux cessions de contrôle.

D'une part, elle permet de ne pas limiter le champ de l'éviction proposée aux cessions de contrôle. L'essentiel des contentieux semble certes surgir, en pratique, dans de tels contrats<sup>148</sup>, mais l'on ne peut exclure que les difficultés touchent également des cessions d'actions ou de parts sociales n'emportant pas transfert du contrôle de la société cible. La catégorisation fondée sur l'*affectio societatis* du cessionnaire permettrait alors d'embrasser également ce type de contrats.

D'autre part, et surtout, il ne semble pas que la présence du contrôle puisse justifier une autre qualification que celle de vente. Alors même que l'on admet que le contrôle puisse constituer un objet spécifique<sup>149</sup>, la cession de contrôle demeure une cession de droits sociaux qui entraîne le transfert de cet élément que constitue le pouvoir au sein de l'entreprise. Son objet réside dans le transfert du pouvoir<sup>150</sup>, mais celui-ci est effectué au moyen du transfert de titularité des droits sociaux<sup>151</sup>. Le contrôle apparaît ainsi comme un élément supplémentaire s'ajoutant aux droits sociaux. Il est un bien incorporel<sup>152</sup>, résultant de la détention d'un

---

<sup>148</sup> V. les arrêts cités dans le Titre II de la première partie, qui portent très généralement sur des cessions de l'intégralité des parts sociales ou actions d'une société, ou à tout le moins sur le contrôle de la société cible.

<sup>149</sup> Critiquant cette position : MASSART (T.), thèse préc., p. 401s.

<sup>150</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 34, p. 192.

<sup>151</sup> PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle, art. préc., n° 66, p. 618.

<sup>152</sup> GERMAIN (M.), Cession de contrôle des sociétés non cotées, questions de principe, art. préc., p. 70.

certain nombre de parts sociales ou d'actions, mais distinct d'elles<sup>153</sup>. Dès lors, la cession du contrôle n'est que la vente de ce bien<sup>154</sup>. Elle doit être soumise au droit commun de la vente<sup>155</sup> et en particulier aux règles relatives au prix.

Contrairement à l'évolution proposée, fondée sur l'*affectio societatis* du cessionnaire, l'adoption d'une distinction entre cessions de contrôle et « simples » cessions de droits sociaux ne permet donc pas de résoudre les problèmes posés par l'application du droit de la vente<sup>156</sup>.

**664.** Il apparaît en outre d'ores et déjà possible d'écarter certaines des solutions autres que l'éviction sélective du droit de la vente.

L'évolution proposée doit ainsi être préférée à une approche purement empirique. Ne s'appliquant qu'à une catégorie précisément identifiée de contrats, elle préserve les catégories environnantes et, par voie de conséquence, la cohérence de l'ensemble du système. On pourrait certes objecter que certains contrats comportant une clause de révision du prix seront néanmoins annulés à défaut d'*affectio societatis* du cessionnaire. Au contraire, une approche purement empirique, parce qu'elle ne se soucie pas de justification, permettrait de « sauver » tous les contrats. Mais, d'une part, l'éviction proposée devrait toucher la plupart des cessions menacées. Il en est d'autant plus ainsi que, fréquemment, l'inclusion dans le contrat de cession de mécanismes d'adaptation du prix et de la valeur d'échange résulte de la volonté du cessionnaire d'acquérir à son juste prix l'entreprise qu'il veut exploiter. Aussi la différence pratique devrait-elle être minimale. D'autre part, l'opportunité d'une approche purement empirique est contestable : pourquoi faire échapper au droit de la vente, et à une éventuelle nullité, un contrat qui présente toute les caractéristiques d'une vente, et qui ne présente que les caractéristiques d'une vente ? A l'inverse, pourquoi ne pas étendre à d'autres contrats une telle restriction du champ d'application du droit de la vente ? La poursuite de l'objectif de

<sup>153</sup> Ainsi que le souligne M. Hannoun, un bien peut exister indépendamment des éléments qui le composent. Ainsi, le fonds de commerce n'est pas réductible aux éléments qui le composent (HANNOUN (C.), Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés, *D.* 1994, chr. 67, n° 19, p. 71).

<sup>154</sup> GERMAIN (M.), *eod. loc.* ; PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), art. préc., n° 34, p. 192.

<sup>155</sup> *Ibid.* ; V. également CAUSSAIN (J.-J.) et GERMAIN (M.), art. préc., n° 4, p. 207 ; GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, op. cit.*, n° 222, p. 338 qui souligne que la seule originalité de la cession de contrôle est son caractère commercial, ce dont il résulte qu'elle doit être, pour le reste, soumise au régime commun des cessions de droits sociaux ; V. encore MASSART (T.), thèse préc., p. 82s qui affirme explicitement que le fait que la cession porte sur le contrôle de la société ne modifie pas le cadre juridique de l'opération.

<sup>156</sup> On peut relever qu'il en serait encore ainsi alors même que l'on considérerait que la cession de contrôle est une cession d'entreprise : elle demeurerait régie par le droit de la vente.

maintien d'une certaine cohérence du droit que nous nous sommes fixé commande de préférer une solution qui peut être moins efficace, mais qui préserve cette cohérence.

Elle doit en outre être préférée à l'admission de la fixation unilatérale du prix. Sous réserve que celle-ci permette effectivement d'évoluer vers un régime plus adéquat<sup>157</sup>, l'éviction proposée constitue une solution plus efficace que la simple admission de la fixation unilatérale du prix<sup>158</sup>. Elle permet de soustraire au domaine de la vente les cessions dont le prix nécessite un nouvel accord des parties.

## **SECTION 2 – LE FONDEMENT DE L'ÉVICTION DE LA PROHIBITION DES CLAUSES LEONINES**

**665.** En l'état du droit positif, tous les associés doivent avoir vocation aux résultats sociaux<sup>159</sup>. La restriction de la portée de la prohibition des clauses léonines ne devrait ainsi pouvoir emprunter que la voie législative<sup>160</sup>.

**666.** Sous cette réserve, la distinction de deux types d'associés au regard de la prohibition des clauses léonines n'est pas aussi incompatible qu'il y paraît de prime abord avec la prohibition édictée par l'article 1844-1 du Code civil. L'absence d'*affectio societatis* de certains associés, et notamment de certains cédants éventuels, peut en effet constituer le fondement d'une distinction entre les associés qui sont parties au contrat de société et ceux qui ne le sont pas, que l'on peut qualifier de bailleurs de fond<sup>161</sup> (§ 1). Elle pourrait, corrélativement, constituer le fondement de la limitation du domaine de la prohibition des clauses léonines aux bailleurs de fond (§ 2).

### **§ 1 – L'*affectio societatis*, fondement de la distinction entre parties au contrat de société et bailleurs de fond**

**667.** Une analyse qualifiée de classique assimile la qualité d'associé et celle de partie au contrat de société<sup>162</sup>. Selon cette analyse, l'associé serait la personne qui effectue un apport, a vocation aux bénéfices, contribue aux pertes et est animé de l'*affectio societatis*<sup>163</sup>.

---

<sup>157</sup> V. sur cette question le chapitre 1 du titre 2, dans lequel il est démontré que la qualification de contrat innomé permet de remettre en cause l'exigence de prédétermination du prix.

<sup>158</sup> Ceci ne signifie nullement que cette admission ne serait pas, par ailleurs, fondée.

<sup>159</sup> Supra n° 125s., spéc. n° 131.

<sup>160</sup> On peut toutefois relativiser cette observation en constatant que la Cour de cassation a réduit cette portée en admettant la licéité des promesses de cession à prix garanti.

<sup>161</sup> Les associés non parties au contrat de société seront désignés par ce terme dans la suite de ce travail.

<sup>162</sup> V. en ce sens VIANDIER (A.), thèse préc., p. 8 et les références citées.

**668.** Toutefois, ainsi que l'a démontré Monsieur Viandier, la correspondance entre les deux notions n'est pas parfaite<sup>164</sup>. Tous les associés ne sont pas parties au contrat de société.

Tel est en particulier le cas des titulaires d'actions ou de parts sociales qui n'étaient pas animés de l'*affectio societatis* lorsqu'ils ont acquis leurs droits sociaux. L'absence de sanction du défaut d'*affectio societatis* après la constitution de la société permet en effet l'acquisition de droits sociaux par des individus non animés de l'*affectio societatis*<sup>165</sup>. De tels titulaires de droits sociaux ne peuvent cependant être considérés comme parties au contrat de société. L'absence d'*affectio societatis* exclut le consentement au contrat de société. Tel est le cas si, avec certains auteurs, on assimile *affectio societatis* et consentement au contrat de société<sup>166</sup>. Tel est également le cas si l'on considère que l'*affectio societatis* est un sentiment qui perdure après la conclusion du contrat de société. Il peut alors être globalement défini comme la volonté de contracter une société<sup>167</sup>. Aussi son absence implique-t-elle nécessairement l'absence de consentement au contrat de société. Et c'est vainement que l'on ferait valoir que le cessionnaire adhère à des statuts<sup>168</sup>, qui constituent le contrat accepté par les parties et qui fixe leurs droits et leurs obligations<sup>169</sup>. L'absence d'*affectio societatis* résulte notamment, dans les sociétés immatriculées, de l'absence de volonté de participer à la vie sociale<sup>170</sup>. Or l'adhésion aux statuts, pas plus que le consentement donné au contrat de cession, ne suffit à caractériser cette volonté. Le cessionnaire, s'il devient membre de la société, ne manifeste pas nécessairement la volonté de participer à la vie sociale ; il n'adhère pas nécessairement au contrat de société. Rien n'oblige ainsi à considérer que le contrat auquel le cessionnaire adhère est le contrat de société lorsqu'il n'est pas animé par l'*affectio societatis*. Or le contrat de société est un contrat consensuel<sup>171</sup>. On voit dès lors mal que puissent être considérées comme y étant partie des personnes qui n'y ont pas consenti.

**669.** La portée de ce constat doit toutefois être précisée.

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> VIANDIER (A.), thèse préc., n° 2s., p. 13s.

<sup>165</sup> *Supra* n° 559.

<sup>166</sup> *Supra* n° 578.

<sup>167</sup> REBOUL (N.), art. préc., n° 2, p. 427.

<sup>168</sup> En ce sens, CHAMPAUD (C.), Le contrat de société existe-t-il encore, art. préc., , p. 130.

<sup>169</sup> Com., 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 47, p. 52.

<sup>170</sup> *Supra* n° 589s.

<sup>171</sup> MAY (J.-CL.), art. préc., p. 128 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET WAHL (A.), n° 2, p. 2 ; V. également implicitement les auteurs qui rappellent qu'en application du droit commun des contrats, le consentement des associés est nécessaire pour la naissance du contrat de société (MERLE (P.), *op. cit.*, n° 45, p. 72 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 105, p. 49 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *op. cit.*, n° 1056-33, p. 22).

D'une part, en l'état du droit positif, il semble qu'il ne puisse être étendu que partiellement aux associés fondateurs de la société. Ceux-ci, même dépourvus d'*affectio societatis*, semblent conserver la qualité de parties au contrat de société aussi longtemps que la société n'a pas été annulée. L'absence d'*affectio societatis* entraîne certes la nullité du contrat de société<sup>172</sup>. Mais l'article 1844-15 du Code civil prévoit que la nullité de la société, lorsqu'elle est prononcée, « *met fin sans rétroactivité, à l'exécution du contrat* ». Il résulte de ce texte que le contrat de société doit être considéré comme ayant existé jusqu'au prononcé de la nullité. Tout associé fondateur, même non animé de l'*affectio societatis*, est partie à ce contrat jusqu'à ce prononcé. Ce n'est qu'à ce moment que s'opère la dissociation entre la qualité de partie au contrat de société et celle d'associé : l'associé perd, à compter de l'annulation de la société, la qualité de partie au contrat de société, tout en demeurant associé jusqu'à la liquidation<sup>173</sup>.

D'autre part, la qualité de partie au contrat de société ne semble pouvoir être déniée qu'aux associés qui n'ont jamais eu d'*affectio societatis*. Elle semble en revanche devoir être reconnue à ceux qui auraient eu cette intention soit lors de l'acquisition des droits, soit ultérieurement, mais qui l'aurait ensuite perdue. Les associés qui acquièrent des droits sociaux et sont animés de l'*affectio societatis* adhèrent au contrat de société, de telle sorte que rien ne semble permettre de leur dénier la qualité de partie à ce contrat<sup>174</sup>. Il semble de même possible de considérer qu'un associé qui n'était pas animé de l'*affectio societatis* lors de son entrée dans la société mais qui l'a ensuite acquise a adhéré, à partir de l'apparition de ce sentiment, au contrat de société. Or l'associé partie au contrat de société ne peut perdre cette qualité qu'en perdant celle d'associé. Aucune disposition du droit des sociétés ne prévoit en effet que le contrat de société peut être rompu unilatéralement par l'un des associés s'il ne

---

<sup>172</sup> L'absence d'*affectio societatis* entraîne en principe la nullité de la société (Cf. supra n° 558). Or on voit mal que l'absence d'*affectio societatis*, élément essentiel à la constitution du contrat de société, entraîne la nullité de la personne morale mais laisse subsister le contrat. La solution semble confirmée par les arrêts jugeant que le contrat de société est nul à défaut d'*affectio societatis*. Certains auteurs envisage ainsi la nullité encourue dans les développements relatifs à la nullité du contrat de société (MERLE (P.), *op. cit.*, n° 68, p. 95 ; V. également MAGNIER (V.), *op. cit.*, n° 113, p. 68).

<sup>173</sup> Le prononcé de la nullité produit, à l'égard de la personne morale, les effets d'une dissolution judiciaire. L'article 1844-15 du Code civil dispose en effet : « *Lorsque la nullité d'une société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. A l'égard de la personne morale qui a pu prendre naissance, elle produit les effets d'une dissolution prononcée par justice* ». La société personne morale subsiste donc après cette date pour les besoins de la liquidation, alors que l'acte a disparu (En ce sens, v. par exemple COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 14, p. 4). Corrélativement, les titulaires de droits sociaux demeurent, dans l'intervalle séparant l'annulation de la liquidation, associés, sans être parties au contrat de société.

<sup>174</sup> Ils réunissent les conditions nécessaires à la participation à un tel contrat : pluralité d'associés, apport, participation aux bénéfices et contribution aux pertes -elle ne peut être remise en cause et résulte donc nécessairement de l'acquisition des droits sociaux- et *affectio societatis*.

cède pas ses droits sociaux. Le droit commun des contrats ne permet pas davantage une telle rupture unilatérale. Ses dispositions non contraires au droit spécial des sociétés restent certes applicables au contrat de société en application de l'article 1107 du Code civil<sup>175</sup>, mais elles ne permettent en principe pas à une partie à un contrat à durée déterminée<sup>176</sup> d'y mettre un terme unilatéralement<sup>177</sup>. La simple perte d'*affectio societatis* ne doit dès lors pas suffire à considérer que l'associé qui la subit a perdu la qualité de partie au contrat de société<sup>178</sup>.

**670.** Tous les associés, et en conséquence tous les cédants, ne peuvent donc être considérés comme parties au contrat de société. La dissociation entre la qualité de titulaire de droits sociaux et la qualité de partie au contrat de société permet alors d'envisager une distinction entre ces deux catégories au regard de la prohibition des clauses léonines.

### **§ 2 – La distinction entre parties au contrat de société et bailleurs de fonds, fondement de l'éviction sélective de la prohibition des clauses léonines**

**671.** La remise en cause de la qualité de partie au contrat de société de certains associés permet la restriction du champ d'application de la prohibition (A), sans que les différentes objections que l'on pourrait y opposer ne justifient de renoncer à cette solution (B).

---

<sup>175</sup> Il dispose : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre ».

<sup>176</sup> En ce sens que les sociétés sont nécessairement conclues pour une durée déterminée, v. par exemple COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 439, p. 209.

<sup>177</sup> Il est constant que les parties à un contrat à durée déterminée ne peuvent en principe y mettre unilatéralement un terme (En ce sens, TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 479, p. 482). On pourrait faire valoir que la Cour de cassation a parfois assimilé à un contrat à durée indéterminée des contrats dont le terme est trop lointain (V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janv. 1989, *Bull. civ.* I, n° 53). Mais certains arrêts semblent admettre qu'il n'y a pas lieu d'octroyer une telle faculté de résiliation unilatérale, quelle que soit la durée du contrat, lorsque le contractant dispose d'un autre moyen de se désengager. Plus précisément, elle a admis que des associés ne pouvaient résilier unilatéralement un contrat de très longue durée – contrat de société ou pacte d'actionnaire –, dans la mesure où ils pouvaient s'en désengager en cédant leurs droits sociaux (Com., 27 sept. 2005, pourvoi n° 04-12.168 ; Civ. 1<sup>ère</sup> juin 1859, *D.P.* 1859.1.244). Il semble en résulter que les associés ne disposent pas de la faculté de rompre unilatéralement le contrat de société, dans la mesure où ils peuvent s'en désengager en cédant leurs droits sociaux.

<sup>178</sup> En revanche, toujours en application du droit commun des contrats, et en l'absence de texte en disposant autrement, les parties au contrat de société devraient pouvoir le rompre d'un commun accord, ou permettre à l'un d'eux de n'y être plus partie. Une telle hypothèse peut sembler purement théorique. On voit mal, pratiquement, les associés préciser que l'un d'entre eux n'est plus partie au contrat de société. On peut cependant se demander si une telle volonté ne pourrait résulter d'une promesse de cession ou d'achat de droits sociaux à laquelle tous les associés seraient parties. En acceptant que l'un d'eux soit exonéré des pertes, et privé des bénéfices, les associés n'acceptent-ils pas qu'il ne devienne plus qu'un bailleur de fonds ?

## **A – Présentation de la modification proposée du champ d'application de la prohibition des clauses léonines**

**672.** L'universalité -théorique- de l'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil repose sur l'idée que la société est constituée dans l'intérêt commun des associés<sup>179</sup>. Cette idée repose elle-même sur une vision contractuelle de la société<sup>180</sup>. C'est parce que les associés sont parties au contrat de société que l'intérêt qu'ils ont à son exploitation prend la forme de la participation aux bénéfices et de la contribution aux pertes ; c'est pour cette raison qu'elle ne peut prendre la forme d'une rémunération fixe.

**673.** L'exigence de participation aux résultats concernant les parties au contrat de société, une distinction entre les parties au contrat de société et les autres associés, « simples » bailleurs de fonds, pourraient être retenue. Dans la mesure où la nécessité de participer aux résultats est fondée sur la qualité de partie au contrat de société, il ne serait en effet pas illogique d'admettre que seuls les associés ayant cette qualité doivent être soumis à la prohibition des clauses léonines. Au contraire les associés qui n'ont jamais manifesté d'*affectio societatis*, et ne sont en conséquence pas parties au contrat de société, ne seraient plus soumis aux dispositions destinées à préserver l'intégrité du contrat de société. Ils échapperaient notamment à la prohibition des clauses léonines<sup>181</sup>. On admettrait ainsi qu'à côté des parties au contrat de société, la personne morale compte parmi ses membres de simples bailleurs de fonds, qui ont préféré la qualité de titulaires de parts sociales ou d'actions à celle de créancier par exemple parce qu'elle leur offrait plus de sécurité ou de flexibilité<sup>182</sup>.

**674.** Une précision doit toutefois d'emblée être apportée. La remise en cause de l'application aux bailleurs de fonds de la prohibition des clauses léonines ne saurait leur permettre d'éviter d'assumer, à hauteur de leur apport, les dettes sociales<sup>183</sup> ; elle ne saurait

---

<sup>179</sup> Supra n° 98s.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> En ce sens LUCAS (F.-X.), thèse préc., spéc. n° 364, p. 185 ; v. également MATHEY (N.), obs. sous Com., 16 nov. 2004, *Bull. Joly* 2004, § 45, p. 270, qui tout en critiquant la distinction entre associé et actionnaire, expose : « Si l'on admet, avec F.-X. Lucas, que tous les actionnaires ne sont pas des associés mais que certains ne sont que des investisseurs, certaines dispositions d'ordre public destinées à préserver l'intégrité du contrat de société deviennent sans objet. En particulier, la prohibition des clauses léonines n'a plus de sens ».

<sup>182</sup> La possibilité de céder aisément des actions à un prix supérieur à celui de souscription ou d'achat, et donc de récupérer son investissement, peut ainsi conduire un bailleur de fonds à investir dans la société plutôt qu'à lui consentir un prêt, dont le remboursement serait plus incertain.

<sup>183</sup> L'obligation aux dettes joue à l'égard des créanciers sociaux ; elle est l'obligation qui est faite aux associés de désintéresser personnellement les créanciers lorsque la société ne le peut pas. La contribution aux pertes joue

leur permettre de récupérer leur apport avant complet désintéressement des créanciers sociaux. Les apports constituent en effet un gage pour les créanciers. Ils les assurent que la société dispose de ressources affectées de manière stable et durable au financement de la société<sup>184</sup>. Le capital social, qui reflète la valeur des apports ou, à tout le moins, d'une partie d'entre eux<sup>185</sup>, constitue corrélativement un indice de solvabilité de la société<sup>186</sup>. Or l'apport du bailleur de fonds ne se différencie pas, au regard de cette fonction, de celui de la partie au contrat de société. Il est compris dans le capital social sur la base duquel des tiers ont accepté de contracter avec la société. Sauf à ruiner la confiance que peuvent avoir les tiers dans la garantie que représentent ces apports, la reconnaissance d'un statut de bailleur de fonds ne peut conduire à permettre à ceux auxquels ce statut serait accordé de récupérer leurs apports avant désintéressement des créanciers. La remise en cause de la généralité de la prohibition des clauses léonines ne peut, tout au plus, que leur permettre d'exercer un recours contre les coassociés qui se seraient engagés à les garantir contre les pertes, afin d'obtenir remboursement de leur apport.

Sous cette réserve, la fonction de protection des créanciers sociaux que remplit le capital social ne condamne pas la distinction entre partie au contrat de société et bailleur de fonds<sup>187</sup>. Ainsi qu'il a été dit, il est parfaitement envisageable de limiter la remise en cause de la prohibition des clauses léonines aux rapports entre associés, en considérant que les sommes ou effets apportés par l'associé exonéré des pertes demeurent le gage des créanciers. Dès lors en effet que la consistance du patrimoine social est garantie, il est indifférent, au regard de l'objectif de protection des créanciers, que l'un des associés dispose d'un recours contre certains de ces coassociés pour obtenir remboursement de ses apports.

**675.** La distinction proposée conduirait à créer deux catégories de cédants.

Dans la première figureraient tous les associés qui, parce qu'ils sont animés ou ont été animés de l'*affectio societatis*, sont parties au contrat de société. On y trouverait, en particulier, les cédants du contrôle de la société qui, ayant cédé une partie de leurs droits sociaux, en ont

---

entre les associés : elle réside dans l'obligation qui est faite à chaque associé d'assumer, une part des pertes cumulées (sur les rapports entre ces deux notions, supra n° 13, spéc. note n° 89).

<sup>184</sup> LUCAS (F.-X.), La distinction des titres de capital et des titres de créance, art. préc., p. 24.

<sup>185</sup> L'intégralité de la valeur des apports n'apparaît plus nécessairement dans le capital social (LE NABASQUE (H.), La fin de la connexion apports/capital, art. préc., p. 116s.). Ceci ne remet en revanche pas en cause le fait que le capital social représente nécessairement des apports.

<sup>186</sup> LE CANNU (P.), Les rides du capital social, in *Quel avenir pour le capital social*, sous la direction de A. Couret et H. Le Nabasque, Dalloz, 2004, p. 3, spéc. p. 6..

<sup>187</sup> Contra MASSART (T.), obs. sous CA Paris, 21 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, § 109, p. 499, qui se fonde entre autres, pour critiquer la distinction entre associé et investisseur, sur le fait que la participation aux pertes a notamment pour vocation de protéger les tiers.



conservé certains. En leur qualité de partie au contrat de société, ceux-ci resteraient soumis, notamment, à l'article 1844-1 du Code civil. Les promesses d'achat ou de vente destinées à garantir le transfert des droits sociaux conservés resteraient ainsi, en principe<sup>188</sup>, soumises à la prohibition des clauses léonines.

Dans la seconde, figureraient tous les associés qui n'ont jamais été animés de l'*affectio societatis* et qui, en conséquence, ne sont pas parties au contrat de société. N'étant pas parties au contrat de société, ces associés ne rentreraient pas dans le champ d'application de l'article 1844-1 du Code civil. En particulier, le porteur, qui n'est pas animé de l'*affectio societatis*, se trouverait dans cette catégorie<sup>189</sup>. S'y trouveraient de même les bailleurs de fonds qui ont acquis des droits sociaux à titre de garantie et qui n'ont consenti à l'investissement qu'à la condition d'être exonérés des pertes<sup>190</sup>. Aussi les promesses d'achat ou de vente en exécution desquelles ils céderaient leurs droits ne risqueraient-elles plus d'être annulées sur la base de ces dispositions.

**676.** La distinction ainsi proposée se rapproche alors de celle adoptée par Monsieur Lucas entre investisseur et associé.

Partant du constat que l'investisseur se distingue de l'associé en ce qu'il n'est pas animé par l'*affectio societatis*, Monsieur Lucas a proposé de distinguer le contrat de société du contrat d'investissement<sup>191</sup>. Alors que le premier supposerait que soient réunis l'ensemble des éléments caractéristiques du contrat de société –notamment cette *affectio societatis*–, le second se réduirait à une mise en commun d'apports et à une perspective de gains qu'assombrit un risque de perte<sup>192</sup>. Le critère effectif de distinction entre les deux contrats résiderait dans

---

<sup>188</sup> Elles pourraient toutefois échapper à la nullité lorsque ni leur objet ni leur effet ne sont léonins, par exemple parce qu'elles prévoient un délai pour la levée de l'option. L'évolution proposée ne conduirait ainsi pas, en pratique, à annuler toutes les promesses d'achat ou de vente consenties à ou par des parties au contrat de société, et spécialement par des contrôleurs. Leur effet ne serait pas léonin dès lors qu'elles prévoient un délai pour lever l'option. Il serait par ailleurs aisé, si l'on souhaitait faire échapper ces promesses à la nullité, de considérer que leur objet n'est pas léonin. Tel serait le cas notamment lorsque l'étalement de la cession a été prévu pour des raisons financières (V. sur les motifs qui guident les parties à une promesse d'achat ou de vente de droits sociaux, supra n° 46).

<sup>189</sup> Sur l'absence d'*affectio societatis* du porteur ou de l'investisseur, cf. supra n° 594.

<sup>190</sup> Sur l'absence d'*affectio societatis* de tels associés, cf. supra n° 595..

<sup>191</sup> V. notamment LUCAS (F.-X.), thèse préc., spéc. n° 314s., p. 160s. ; v. également LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, art. préc., spéc. p. 171 ; LUCAS (F.-X.), Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ?, Bref propos discursif autour du thème de l'associé et de l'investisseur, art. préc. ; LUCAS (F.-X.), Du contrat de société au contrat d'investissement, art. préc., spéc. n° 12, p. 52 ; LUCAS (F.-X.), La distinction des titres de capital et des titres de créance, in *Quel avenir pour le capital social*, sous la direction de A. Couret et H. Le Nabasque, Dalloz, 2004, p. 21, spéc. p. 26s.

<sup>192</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., spéc. n° 315, p. 161.

l'intérêt porté à la vie sociale<sup>193</sup>. L'investisseur étant dépourvu d'*affectio societatis*, il n'y aurait plus lieu de lui appliquer des règles fondées sur l'exigence de cet élément<sup>194</sup>. Il n'y aurait en particulier plus lieu d'exiger des investisseurs qu'ils contribuent aux pertes et reçoivent une part des bénéfices<sup>195</sup>. Il importerait dès lors peu que les clauses d'une promesse d'achat ou de vente de droits sociaux privent ledit investisseur de toute participation aux résultats de l'entreprise commune<sup>196</sup>. Se trouverait ainsi écarté le risque d'annulation de telles promesses sur le fondement de l'article 1844-1 du Code civil.

**677.** Elle doit toutefois en être distinguée.

Monsieur Lucas classe en effet dans la catégorie des investisseurs les associés dépourvus d'*affectio societatis*, sans autre restriction<sup>197</sup>. Or il résulte de ce qui précède que des associés qui étaient animés de cette volonté lors de leur entrée dans la société, ou qui l'ont ensuite été, sont en principe parties au contrat de société<sup>198</sup>. Il en est ainsi alors même que l'*affectio societatis* aurait ensuite disparu. Aussi la catégorie des bailleurs de fonds ne peut-elle comprendre que ceux qui n'ont jamais été animés de l'intention de participer à la vie sociale ou, exceptionnellement, ceux pour lesquels il serait possible de démontrer une rupture conventionnelle du contrat de société. Corrélativement, la catégorie des investisseurs telle que définie par Monsieur Lucas nous semble trop vaste<sup>199</sup>. La catégorie des bailleurs de fonds peut d'autant moins être étendue à tous les associés dépourvus d'*affectio societatis* que, ainsi qu'on l'a fait valoir<sup>200</sup>, l'état d'esprit des associés peut changer. A quel moment se placer, alors, pour apprécier la validité d'une convention privant un associé des bénéfices ou l'exonérant des pertes ? Lors de sa conclusion ? Lors de sa levée ? Sur l'ensemble de sa

<sup>193</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., spéc. n° 329, p. 167.

<sup>194</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., spéc. n° 364, p. 185 et n° 378, p. 193 ; LUCAS (F.-X.), Du contrat de société au contrat d'investissement, art. préc., n° 13, p. 52

<sup>195</sup> *Ibid.*

<sup>196</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., spéc. n° 379, p. 193.

<sup>197</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., n° 314s., p. 160s. ; LUCAS (F.-X.), Du contrat de société au contrat d'investissement, art. préc., n° 14, p. 52 ; LUCAS (F.-X.), Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ?, art. préc.

<sup>198</sup> *Supra* n° 669.

<sup>199</sup> On peut se demander si cette remarque s'applique également à la notion d'investisseur telle qu'utilisée par la Cour de cassation dans ses derniers arrêts relatifs à la prohibition des clauses léonines (*Supra* n° 75). La réponse dépend du sens qu'elle attribue à ce terme, et qu'aucun arrêt n'a à ce jour précisé. La remarque s'applique à l'investisseur de la Cour de cassation s'il est, comme celui de Monsieur Lucas, l'associé dépourvu d'*affectio societatis*. Si la Cour de cassation entend réserver ce statut aux associés qui ne sont pas partie au contrat de société, ce qui implique qu'ils n'y aient jamais adhéré, la remarque est évidemment sans portée à l'égard de la distinction adoptée par la Haute juridiction. Bien plus, dans cette hypothèse, l'évolution que nous proposons consiste à faire admettre par le législateur la distinction retenue par la Cour de cassation, mais dont nous avons vu qu'elle était en contradiction avec les termes de l'article 1844-1 du Code civil (en ce sens, *supra* n° 133 ; v. également *infra* n° 681 sur l'intérêt que conserve, dans cette dernière hypothèse, l'évolution proposée).

<sup>200</sup> MATHEY (N.), *Obs. sous Com.*, 16 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 45, p. 270.

durée ? A la distinction entre associés et investisseurs doit donc être préférée celle entre bailleurs de fonds et parties au contrat de société ici proposée.

**678.** Ainsi définie, la modification du champ d'application de la prohibition des clauses léonines ne permettrait pas de soustraire à l'application de l'article 1844-1 du Code civil les associés fondateurs qui n'étaient pas animés de l'*affectio societatis*<sup>201</sup>. Il serait toutefois justifié, si l'on admettait cette distinction, d'étendre la catégorie des associés non soumis à la prohibition des clauses léonines à ces associés fondateurs. Dès lors en effet que l'on admet que la société personne morale peut exister alors que tous les associés ne sont pas parties au contrat de société, on ne voit pas ce qui justifie d'exiger que tous les associés fondateurs soient parties au contrat de société. Si la société peut exister avec de simples bailleurs de fonds parmi ses associés, pourquoi ne pas admettre la présence de bailleurs de fonds lors de sa constitution ? Certes, tous les associés fondateurs ne peuvent être bailleurs de fonds. L'un au moins doit être animé de l'intention d'exploiter l'activité sociale. Il n'apparaît toutefois pas absolument nécessaire que tous les fondateurs souhaitent s'investir dans la vie sociale<sup>202</sup>.

Il y aurait ainsi lieu d'étendre à tous les associés des sociétés dotées de la personnalité morale, quel que soit le moment de leur entrée dans la société, l'abandon de l'exigence d'*affectio societatis*. Elle ne serait plus une condition de validité de la société, de telle sorte que pourraient être membres de la société des associés non parties au contrat de société. N'étant pas parties à ce contrat, ils ne seraient plus soumis à la prohibition édictée par l'article 1844-1 du Code civil. Dans les sociétés dotées de la personnalité morale, seuls resteraient soumis à cette prohibition les associés qui ont consenti au contrat de société lors de sa formation ou qui y ont adhéré ultérieurement. L'*affectio societatis* demeurerait en revanche une condition de naissance du contrat de société. A défaut en effet, la question de la distinction de ce contrat et des contrats voisins persisterait.

**679.** Echapperaient ainsi finalement à la prohibition des clauses léonines tous les cédants qui n'ont jamais été animés de l'*affectio societatis*, qu'ils aient acquis leur droits sociaux lors de la constitution de la société ou ultérieurement.

---

<sup>201</sup> Ceux-ci demeurent parties au contrat de société tant qu'il n'a pas été annulé (supra n° 669).

<sup>202</sup> Ceci n'exclut pas qu'ils puissent vouloir devenir associés. Tel peut être le cas du bailleur de fonds qui espère réaliser un investissement rentable. Tel peut également être le cas du bailleur du fonds qui préfère détenir des actions, aisément cessibles, qu'une sûreté plus classique. C'est d'ailleurs ce que semble admettre la Cour de cassation lorsqu'elle souligne, pour valider des promesses à prix garanti, que l'associé n'aurait pas consenti sans cette condition à l'investissement (cf supra n° 77).

## **B – Réfutation des objections que l'on peut formuler à l'encontre de cette évolution**

**680.** Différentes objections peuvent être formulées à l'encontre de cette évolution, qui tiennent à l'utilité de la distinction proposée (1), à la pertinence du critère de distinction retenu (2) et aux conséquences qui devraient découler de la distinction proposée (3). Toutes peuvent être réfutées.

### 1 – L'utilité de la distinction proposée

**681.** La Cour de cassation ayant, dans ses derniers arrêts, procédé à une distinction entre associé et investisseur<sup>203</sup>, la distinction proposée entre parties au contrat de société et bailleurs de fonds serait sans intérêt.

Plusieurs éléments établissent toutefois l'utilité de l'évolution proposée.

**682.** Elle présenterait, d'abord, un intérêt dans l'hypothèse où la catégorie des investisseurs telle qu'envisagée par la Cour de cassation correspondrait à celle définie par Monsieur Lucas<sup>204</sup>. Les critiques adressées à cette dernière s'appliqueraient alors également à la catégorie retenue par la Cour de cassation. Une telle distinction pose, en premier lieu, le problème de l'évolution de l'*affectio societatis* de l'associé<sup>205</sup> : comment apprécier la validité d'une promesse de vente ou d'achat lorsque cette *affectio societatis* disparaît, ou apparaît, entre le moment de sa conclusion et celui de sa levée. Elle soulève en second lieu le problème de sa justification : en quoi l'absence d'*affectio societatis* justifie-t-elle à elle seule l'éviction de la prohibition des clauses léonines ?<sup>206</sup> Elle soulève en troisième lieu le problème de sa portée : de très nombreuses dispositions visent les associés. La distinction entre investisseur et associé implique alors de préciser les modalités d'application de toutes ces règles à l'investisseur. Au contraire, la distinction entre associés parties au contrat de société et associés bailleurs de fonds permet d'éviter ces écueils. Tous demeurant associés, la question de l'adaptation des dispositions visant les associés ne se pose plus nécessairement. Par ailleurs, la qualité de partie au contrat de société ne dépend plus, une fois acquise, des variations de l'*affectio societatis* de l'associé. Aussi la question des conséquences de ces variations ne se pose-t-elle plus : le bailleur de fonds peut être privé des bénéfices ou exonéré

---

<sup>203</sup> Supra n° 75.

<sup>204</sup> V. sur cette catégorie supra n° 676.

<sup>205</sup> Supra n° 659.

<sup>206</sup> En ce sens COURET (A.), obs. sous Com., 27 sept. 2005, *Bull. Joly* 2006, § 13, p. 92.

des pertes ; en revanche, toute convention supprimant la vocation aux résultats d'une partie au contrat de société est nulle si elle est conclue postérieurement à l'acquisition de cette qualité, et devient caduque si l'associé est devenu partie au contrat de société après la conclusion du contrat léonin. La distinction justifie enfin l'éviction de la prohibition des clauses léonines, qui vise à préserver l'intégrité du contrat de société.

**683.** La distinction proposée présenterait encore un intérêt dans l'hypothèse où la Cour de cassation désignerait, par le terme d'investisseur, les associés qui ne sont pas parties au contrat de société. Elle permettrait en effet de préciser le contenu de cette catégorie, qui demeure imprécis, et le fondement de cette distinction. Un doute subsiste en outre sur la portée exacte de cette distinction. En l'absence d'arrêt condamnant explicitement la distinction fondée sur l'objet de la convention, il n'est pas certain que les derniers arrêts de la chambre commerciale emportent abandon de la jurisprudence antérieure. Il apparaît dès lors souhaitable de consacrer plus complètement la distinction entre bailleurs de fonds et parties au contrat de société, et d'abandonner la jurisprudence prenant en compte l'objet des promesses.

Enfin, le texte de l'article 1844-1 du Code civil ne permet pas d'opérer une distinction entre investisseur et associé<sup>207</sup>. Quel que soit le contenu exact des catégories retenues par la Cour de cassation, il ne serait pas inutile de limiter, explicitement, le champ d'application de l'article 1844-1 du Code civil à certains associés.

## 2 – La pertinence du critère de distinction retenu

**684.** La distinction proposée ne peut être efficacement critiquée ni en ce qu'elle fait dépendre la validité du contrat de la volonté d'une partie (a), ni en ce que cette distinction serait délicate à mettre en œuvre (b).

### *a) La pertinence de la distinction fondée sur la volonté d'une partie*

**685.** On pourrait d'abord soutenir que la validité de la promesse ne peut dépendre de la volonté de l'une seule des parties. Il résulterait en effet de la distinction proposée que le régime du contrat dépendrait de l'intention du seul cédant. Le cessionnaire se trouverait conséquemment soumis à la volonté de son cocontractant qui, en fonction de ses besoins, pourrait soutenir avoir ou non été animé de l'*affectio societatis*.

---

<sup>207</sup> Supra n° 133.

Malgré sa pertinence, une telle objection nous semble pouvoir être écartée pour deux raisons. D'une part il ne s'agit pas, ici, de faire dépendre la validité ou la qualification du contrat de l'intention de l'une des parties au moment de la conclusion du contrat, ce qui pose le problème de la perception de cette intention par son cocontractant. Il s'agit de déterminer si le cédant est partie au contrat de société pour en déduire le régime applicable à une convention l'exonérant des pertes ou le privant des bénéfices. L'*affectio societatis* n'est alors pas un élément influant directement sur la qualification du contrat. Il est un élément de fait, extérieur au contrat, qui n'influe sur celui-ci qu'à travers la qualification de partie au contrat de société. Cet élément existe dès avant la conclusion de la promesse, de telle sorte que le futur acquéreur peut l'appréhender, en recherchant par exemple si le futur cédant a participé aux délibérations sociales. De ce point de vue, la validité du contrat ne dépend plus d'une volonté dont l'autre partie n'a pu avoir connaissance.

D'autre part, la prise en compte de l'*affectio societatis* du cédant ne peut être totalement assimilée à la prise en compte des motifs qui ont conduit l'une des parties à contracter. Les seconds sont en effet potentiellement innombrables, ce qui rend leur connaissance par l'autre partie très aléatoire. Le cessionnaire de droit sociaux, lorsqu'il conclut le contrat, ne dispose au contraire que d'une alternative : soit le cédant a été animé de l'*affectio societatis*, soit il ne l'a pas été. Il peut dès lors relativement facilement percevoir l'absence ou l'existence de cette *affectio societatis* et la qualité de partie au contrat de société de son cocontractant. Il sait que le cédant du contrôle de la société en a été, en principe, animé. A l'inverse, le porteur n'a le plus souvent aucune *affectio societatis*. Entre ces deux extrêmes, de nombreux éléments peuvent lui permettre de détecter l'intention qu'a eu le cédant de collaborer à la vie sociale, à commencer par sa participation aux délibérations sociales.

*b) La possible mise en œuvre de la distinction fondée sur la volonté d'une partie*

**686.** On pourrait faire valoir que ce critère de distinction serait difficile à mettre en œuvre<sup>208</sup>. Il nous semble toutefois que la distinction est possible sur la base de la définition qui a été retenue de l'*affectio societatis*<sup>209</sup>. Dans la plupart des cas, l'absence de toute participation à la vie sociale postérieurement à l'entrée dans la société, ou les conditions du contrat (dans les conventions de portage), révèlent l'absence d'*affectio societatis*. Certes,

---

<sup>208</sup> V. supra n° 660.

<sup>209</sup> Supra n° 584s.

l'état d'esprit de l'associé peut changer<sup>210</sup>, mais les modalités de prise en compte de l'*affectio societatis* proposée rendent cette critique inopérante. Dès lors que l'associé a été animé de l'*affectio societatis* à un moment ou à un autre, il doit être considéré comme partie au contrat de société. Il n'y est au contraire pas partie s'il n'a jamais été animé de ce sentiment. Seule l'apparition de l'*affectio societatis* chez un bailleur de fonds doit éventuellement être décelée, dans la mesure où l'associé adhère alors au contrat de société. Cependant, les manifestations d'une telle apparition sont aisément identifiables : elle résulte de la participation aux affaires sociales. Il importe peu, pour le reste, que la partie au contrat de société perde ensuite, temporairement ou définitivement, l'intention d'être associée, dans la mesure où cette modification ne remet pas en cause sa qualité de partie au contrat de société.

### 3 – Les conséquences de la distinction proposée

**687.** Une objection peut être opposée au principe même d'une distinction fondée sur l'*affectio societatis*, en raison des conséquences qu'elle devrait avoir.

**688.** L'éviction de la prohibition des clauses léonines étant fondée sur l'idée que seules les parties au contrat de société doivent y être soumises, la logique voudrait que l'évolution proposée ne se limite pas aux associés dépourvus d'*affectio societatis* : tous les associés dont la qualité de partie au contrat de société peut être contestée devraient, de même, échapper à cette prohibition. On pourrait ainsi admettre, par exemple, qu'un associé qui n'a pas effectué d'apport n'ait pas vocation aux résultats. Serait de même valable la clause du pacte social privant un associé des bénéfices dans la mesure où cet associé, n'ayant pas vocation aux résultats, ne serait pas partie au contrat de société. On pourrait alors objecter à l'évolution proposée sa portée, trop vaste.

**689.** Une telle extension n'aurait cependant pratiquement aucune conséquence en l'état du droit positif. Il existe certes une autre hypothèse de dissociation entre la qualité d'associé et celle de partie au contrat de société : les associés des sociétés unipersonnelles. L'associé d'une EURL ou d'une SASU n'est pas, faute de contractant, partie à un contrat de société<sup>211</sup>. Mais il n'est pas non plus doté d'*affectio societatis*<sup>212</sup>. Aussi échapperait-il à la prohibition

---

<sup>210</sup> MATHEY (N.), Obs. sous Com., 16 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, § 45, p. 270.

<sup>211</sup> MAY (J.-CL.), art. préc., p. 149 ; CHAMPAUD (C.), Le contrat de société existe-t-il encore, art. préc., p. 133 ; V. également implicitement COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 14, p. 4, qui exposent que la société est fondée sur un acte contractuel lorsqu'elle est pluripersonnelle.

<sup>212</sup> *Supra* n° 590..

des clauses léonines si l'évolution proposée était adoptée, sans que le constat de l'absence de contrat de société faute de contractant n'élargisse le champ de l'éviction de cette prohibition<sup>213</sup>. Tous les autres associés sont nécessairement parties au contrat de société. Les clauses léonines étant réputées non écrites, tout associé a vocation aux résultats sociaux. Aussi ne peut-il être soutenu que la qualité de partie au contrat de société de certains associés pourrait être remise en cause faute de vocation aux résultats. Et aucun autre facteur de dissociation ne semble envisageable<sup>214</sup>.

On pourrait cependant faire valoir que le souci de cohérence impliquerait de faire évoluer le droit positif. Si seules les parties au contrat de société doivent avoir vocation aux résultats, pourquoi ne pas admettre qu'un associé soit statutairement privé des bénéfices ou exonéré des pertes sans avoir besoin de rechercher son *affectio societatis*?<sup>215</sup> Perdant, du fait d'une telle clause, la qualité de partie au contrat de société, rien n'imposerait qu'il ait vocation aux résultats. La stipulation de la clause justifierait sa propre validité. Une telle évolution n'aboutirait toutefois pas à un accroissement de la catégorie des bailleurs de fonds. L'*affectio societatis* suppose en effet notamment la volonté de collaborer dans un intérêt commun<sup>216</sup>, ce qui implique la volonté de partager les bénéfices et le cas échéant de contribuer aux pertes. Aussi l'associé qu'une clause statutaire priverait des bénéfices est-il nécessairement dépourvu d'*affectio societatis*; il rentre nécessairement dans la catégorie des bailleurs de fonds telle que nous l'avons définie.

<sup>213</sup> On relèvera, au demeurant, que la prohibition ne peut s'appliquer à un tel associé : elle ne concerne que les actes conclus entre associés (supra n° 122s.). Or l'associé d'une entreprise unipersonnelle ne peut être exonéré des pertes par un coassocié.

<sup>214</sup> L'article 1844-5 du Code civil prévoit, parmi les causes entraînant la fin de la société, l'annulation du contrat de société. Aussi le défaut de l'un des éléments nécessaires à l'existence du contrat de société lors de sa constitution entraîne-t-il également la disparition de la société. Les associés perdent donc cette qualité en même temps que celle de partie au contrat de société. Tous les associés fondateurs sont donc parties à ce contrat. Corrélativement, tous les associés ultérieurs le sont. Dès lors que la cession des droits sociaux substitue le cessionnaire dans les droits et obligations du cédant, tout cessionnaire animé de l'*affectio societatis* devient nécessairement partie au contrat de société : il est considéré comme ayant effectué un apport, a vocation aux résultats, est membre d'une société pluripersonnelle, et est animé de l'*affectio societatis*. On ne voit donc guère d'autre hypothèse de dissociation de la qualité d'associé et de celle de partie au contrat de société.

<sup>215</sup> On pourrait également se demander pourquoi ne pas admettre qu'un associé qui n'effectuerait pas d'apport soit privé des bénéfices et exonéré des pertes. L'absence d'apport semble toutefois plus incompatible que l'absence de vocation aux résultats ou l'absence d'*affectio societatis* avec la qualité d'associé. Ainsi que l'a montré Monsieur Viandier (VIANDIER (A.), thèse préc., n° 153s., p. 152s.), l'apport est un élément nécessaire à l'acquisition de la qualité d'associé, contrairement à l'*affectio societatis* ou à la participation aux résultats. A supposer qu'il soit envisageable de devenir associé sans effectuer d'apport, un tel associé ne pourrait constituer un bailleur de fonds, faute d'apport précisément. Rien ne semble en conséquence justifier d'étendre à de tels associés la catégorie que nous proposons de créer.

<sup>216</sup> Supra n° 584.



Il apparaît finalement que l'idée qui fonde l'évolution proposée –la prohibition ne s'applique qu'aux parties au contrat de société- n'implique pas d'élargir la catégorie des bailleurs de fonds à d'autres qu'aux associés dépourvus d'*affectio societatis*.

**690.** Finalement, il semble ainsi possible d'opérer une distinction au regard de la prohibition des clauses léonines entre deux types d'associés. Dans une première catégorie figureraient tous les associés qui, parce qu'ils ont été animés de l'*affectio societatis*, peuvent être considérés comme parties au contrat de société. Ils resteraient soumis aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil. Dans la seconde catégorie figureraient au contraire ceux qui, n'ayant jamais eu d'*affectio societatis*, n'ont pas adhéré à ce contrat. *De lege ferenda*, il serait justifié qu'ils échappent à la prohibition des clauses léonines, qui n'a vocation qu'à préserver le contrat de société.

#### CONCLUSION DU CHAPITRE

**691.** Des distinctions fondées sur l'*affectio societatis* du cessionnaire d'une part, du futur cédant d'autre part, paraissent finalement permettre les évictions respectives du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines.

L'*affectio societatis* du cessionnaire des droits sociaux, permettrait, lorsqu'elle est connue du cédant, de considérer que le contrat de cession de droits sociaux est un contrat autonome, ayant pour objet l'acquisition par le cessionnaire de la qualité de partie au contrat de société. Cette autonomie lui permettrait d'être qualifié de contrat innomé et d'échapper ainsi à l'application des règles relatives au prix de vente.

L'associé qui n'a jamais manifesté d'*affectio societatis* peut, par ailleurs, être considéré comme un bailleur de fonds, qui n'est pas partie au contrat de société. La prohibition des clauses léonines ayant vocation à s'appliquer aux seules parties au contrat de société, il serait possible d'admettre, *de lege ferenda*, que le bailleur de fond n'y est plus soumis. Les promesses d'achat l'exonérant des pertes, ou les promesses de vente le privant des bénéfices, n'encourraient plus la nullité sur le fondement de l'article 1844-1 du Code civil.

## CONCLUSION DU TITRE

692. De très nombreuses distinctions peuvent pratiquement être opérées au sein des cessions de droits sociaux. La plupart d'entre elles ne présenteraient toutefois qu'un intérêt pratique limité au regard de l'objectif poursuivi d'amélioration du droit positif. Elles ne conduiraient qu'à isoler une petite partie des contrats soulevant des difficultés. Il serait ainsi nécessaire, pour résoudre efficacement les difficultés résultant de l'application du droit de la vente ou de la prohibition des clauses léonines, de multiplier les catégories échappant aux règles auxquelles sont actuellement soumises les cessions de droits sociaux. Aux difficultés résolues se substitueraient celles résultant de la multiplication des régimes applicables.

En revanche, la distinction des opérations portant sur le contrôle de la société cible et de celles n'ayant pas un tel objet pourrait présenter un intérêt pratique. L'exclusion des cessions de contrôle du champ d'application du droit de la vente permettrait de soustraire de nombreuses opérations au risque de nullité que les exigences de déterminabilité ou de caractère sérieux du prix font peser sur certains contrats. Une telle distinction apparaît cependant difficilement justifiable en droit. Rien ne semble en effet justifier de soumettre les cessions de contrôle à un autre régime que celui de la vente. Aussi cette distinction doit-elle également être rejetée.

Seule la distinction fondée sur l'*affectio societatis* du cessionnaire des droits sociaux permet ainsi d'écarter utilement le droit de la vente. Similairement, seule la distinction entre bailleurs de fonds et parties au contrat de société, fondée sur l'*affectio societatis* du bénéficiaire d'une promesse d'achat ou du promettant aux termes d'une promesse de vente de droits sociaux, permet d'écarter utilement l'application de l'article 1844-1 du Code civil.

Ces deux distinctions permettent, en outre, de substituer aux règles inadéquates des règles plus adaptées aux besoins de parties.



## **TITRE II : LES EFFETS DE L'EVOLUTION PROPOSEE : L'ASSOUPPLISSEMENT DES CONTRAINTES PESANT SUR LA FIXATION DU PRIX DES DROITS SOCIAUX**

**693.** De prime abord, l'éviction du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines pourrait sembler suffire à régler les problèmes résultant de l'application des dispositions évincées. Les règles relatives au prix de vente ne s'appliquant plus, les difficultés qu'elles suscitent devraient s'estomper. De même, les bailleurs de fond, n'étant plus soumis aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil, ne seraient plus tenus de contribuer aux pertes et de participer aux bénéfices. Les promesses d'achat ou de vente auxquelles ils sont parties échapperaient, pour ce seul motif, et sans qu'il soit besoin de définir un autre régime, au risque de nullité résultant de la prohibition des clauses léonines.

**694.** Le régime des situations qui échappent à ces règles doit cependant être précisé. D'une part en effet, la proposition de qualifier certaines cessions de contrat innomé ne suffit pas, en elle-même, à résoudre les difficultés résultant de la volonté des parties d'adapter le prix des droits sociaux à leur valeur d'échange et, à travers celle-ci, à la valeur de la société. Il faut encore démontrer que le régime résultant de cette qualification innomée n'entraîne pas les mêmes difficultés, ou d'autres qui seraient dirimantes.

D'autre part, l'éviction des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil ne suffit pas à faire échapper à tout risque de nullité les conventions conclues par des bailleurs de fond. Ils ne sont certes plus soumis aux dispositions destinées à préserver l'intégrité du contrat de société. Néanmoins, cela laisse entière la question du régime auquel ils devraient être soumis : n'y-a-t-il pas lieu d'exiger de tous qu'ils aient vocation aux résultats, même si le fondement de cette exigence n'est pas la qualité de partie au contrat de société ? Dès lors que l'on dissocie les qualités d'associé et de partie au contrat de société, la question du statut de l'associé non partie au contrat de société se pose.

**695.** Les réponses à ces questions ne remettent toutefois pas en cause l'efficacité des évolutions proposées. La qualification de contrat innomé permettrait en effet de lever les doutes pesant sur la validité des mécanismes d'adaptation du prix à la valeur d'échange des droits sociaux. Elle accroîtrait en conséquence les possibilités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux (Chapitre premier). Il est par ailleurs possible d'admettre que l'obligation pesant sur les bailleurs de fonds de participer aux résultats de la société ne

soit que supplétive (Chapitre 2). La distinction entre parties au contrat de société et bailleurs de fonds permettrait alors de faire échapper au risque de nullité les promesses de vente consenties par des bailleurs de fonds, ainsi que les promesses d'achat dont ils sont bénéficiaires.

## **CHAPITRE 1 : L'ACCROISSEMENT DES POSSIBILITES D'ADAPTATION DU PRIX ET DE LA VALEUR D'ECHANGE DES DROITS SOCIAUX**

**696.** Les difficultés suscitées par l'application aux cessions de droits sociaux des règles relatives au prix de vente trouvent leur origine dans la volonté manifestée par les parties d'adapter ce prix à la valeur d'échange qu'elles attribuent aux parts ou actions cédées et, à travers celle-ci, à la situation de la société cible<sup>1</sup>. Or la distinction proposée entre deux types de contrats permet de substituer à ces règles un régime plus adapté aux stipulations contractuelles. Elle permet, d'abord, d'assouplir les exigences relatives à la procédure de détermination de la contrepartie (Section 1). Elle permet également d'assouplir les règles relatives au résultat de la détermination (Section 2).

### **SECTION 1 : L'ASSOULISSEMENT DES EXIGENCES RELATIVES A LA PROCEDURE DE DETERMINATION DE LA CONTREPARTIE**

**697.** La principale difficulté pratique suscitée par l'application au prix des droits sociaux du régime du prix de vente réside dans le risque d'annulation pour indétermination du prix. Or la qualification de contrat innomé permet de faire échapper de nombreuses opérations à ce risque. Elle permet en effet d'abandonner l'exigence de prédétermination du prix (§ 1). Elle permet, corrélativement, d'assouplir les modalités de sa fixation (§ 2).

#### **§ 1 – L'abandon de l'exigence de prédétermination du prix**

**698.** La jurisprudence considère désormais qu'aucune disposition n'impose, de manière générale, la détermination du prix (A). La disqualification en contrat innomé des cessions de droits sociaux conduit alors à admettre la validité des contrats dont le prix n'est pas fixé (B).

#### **A – L'abandon général de l'exigence de prédétermination du prix**

**699.** On sait que l'article 1129 du Code civil, qui dispose : « *Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* », a un temps été interprété comme

---

<sup>1</sup> Supra Première partie, Titre 2.

imposant, de manière générale, la détermination du prix dans les contrats<sup>2</sup>. Toutefois, c'est surtout la Cour de cassation qui, à partir de 1978, a appliqué au prix cet article. Elle a, dans deux arrêts du 11 octobre 1978, jugé au visa de l'article 1129 du Code civil que devaient être annulés des contrats organisant les rapports entre un fabricant de bière et un distributeur et prévoyant des livraisons successives de boisson sans que le prix desdites livraisons soit suffisamment déterminé<sup>3</sup>. La jurisprudence a ensuite considéré que la règle ainsi dégagée était d'application générale<sup>4</sup>. Elle a annulé, sur le fondement de cette disposition, non seulement des contrats prévoyant la fourniture exclusive de boissons<sup>5</sup> ou de produits pétroliers<sup>6</sup>, mais également des contrats d'entretien d'installations téléphoniques<sup>7</sup>, de franchisage<sup>8</sup> ou d'affiliation<sup>9</sup>, de distribution exclusive de marchandises<sup>10</sup> ou de prêt<sup>11</sup>.

**700.** Les nombreuses critiques dont cette application extensive de l'article 1129 du Code civil a fait l'objet ont conduit la jurisprudence à assouplir progressivement sa position<sup>12</sup>. Les magistrats ont ainsi limité le domaine de l'exigence aux contrats comportant des obligations de donner, et en ont exclu ceux comportant des obligations de faire<sup>13</sup>. Ils ont ensuite admis l'indétermination du prix dans le pacte initial lorsqu'il apparaissait que les prix pouvaient être

<sup>2</sup> V. par exemple PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, *Obligations, Première partie*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1952, par P. Esmein, n° 220, p. 268.

<sup>3</sup> Com., 11 oct. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 224, p. 189, *JCP* 1979.II.19034, obs. LOUSSOUARN (Y.), *D.* 1979.135, note HOUIN (R.), *RTD civ.* 1979.129, obs. LOUSSOUARN (Y.) ; Com., 11 oct. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 225, p. 189. Un troisième arrêt du même jour (Com., 11 oct. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 223), approuve par ailleurs, mais sans citer l'article 1129 du Code civil, l'arrêt d'appel ayant annulé un tel contrat.

<sup>4</sup> En ce sens : RACINE (J.-B.), art. préc., p. 90 ; GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, p. 28.

<sup>5</sup> V. par exemple Com., 17 nov. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 378 ; Com., 27 avr. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 189 ; Com., 25 mai 1981, *Bull. civ. IV*, n° 247 ; Com., 13 déc. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 414 ; Com., 7 nov. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 292 ; Com., 22 juil. 1986, *Bull. civ. IV*, n° 190, p. 162.

<sup>6</sup> V. par exemple Com., 27 avr. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 188 ; Com., 29 juin 1981, *Bull. civ. IV*, n° 298 ; Com., 11 janv. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 17 ; Com., 9 mai 1985, *Bull. civ. IV*, n° 146, p. 125 ; Com., 25 fév. 1986, *Bull. civ. IV*, n° 35, p. 29.

<sup>7</sup> Com., 1<sup>er</sup> déc. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 423.

<sup>8</sup> Com., 12 déc. 1989, *Bull. civ. IV*, n° 318, p. 214.

<sup>9</sup> Com., 23 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n° 250, p. 174.

<sup>10</sup> Com., 11 juin 1981, *Bull. civ. IV*, n° 268.

<sup>11</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mai 1990, *D.* 1991.41, note GAVALDA (C.), *Rev. jur. com.* 1990.432, obs. SCHMIDT (D.), *RTD civ.* 1991.111, obs. MESTRE (J.) ; Com., 9 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n° 228.

<sup>12</sup> RACINE (J.-B.), art. préc., p. 91.

<sup>13</sup> En ce sens : RACINE (J.-B.), *eod. loc.* ; JEOL (M.), conclusions sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, spéc. p. 22 ; v. notamment Com., 29 janv. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 43, p. 27, *JCP* 1991.II.21571, note LEVENEUR (L.), C. C. C. mai 1991, comm. 103, p. 4, note LEVENEUR (L.) ; Com., 2 juil. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 250 ; Com., 23 fév. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 71, p. 47, *D.* 1993.379, note GHESTIN (J.).

« librement débattus et acceptés par les parties » lors de la conclusion des contrats d'exécution<sup>14</sup>.

**701.** Les critiques persistantes de la doctrine ont ensuite conduit la Cour de cassation à rompre avec la jurisprudence antérieure.

La première chambre civile a ainsi admis, dans deux arrêts du 29 novembre 1994, qu'étaient valables des contrats de location-entretien d'installations téléphoniques qui se référaient, pour le prix des modifications ou extensions futures de l'installation, au tarif du bailleur<sup>15</sup>.

Par quatre arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a, plus radicalement, exclu l'application de l'article 1129 du Code civil au prix des contrats en général<sup>16</sup>. Revenant sur l'application qui était faite de cet article aux contrats-cadre, elle a jugé, dans trois de ces arrêts, 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 »<sup>17</sup>. Elle a plus explicitement considéré, dans le quatrième arrêt, que « l'article 1129 du Code civil [n'est] pas applicable à la détermination du prix »<sup>18</sup>. Elle a en conséquence rejeté le pourvoi qui soutenait que le prix de la location d'une installation téléphonique n'était pas déterminable au sens de l'article 1129 du Code civil.

<sup>14</sup> RACINE (J.-B.), *eod. loc.* ; JEOL (M.), *eod. loc.* ; v. notamment Com., 22 janv. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 36, p. 22, *D.* 1991.175, concl. JEOL (M.), *JCP* 1991.II.21679, obs. VIRASSAMY (G.), *RTD civ.* 1991.323, obs. MESTRE (J.) ; Com., 16 juil. 1991, *JCP* 1992.II.21796, obs. LEVENEUR (L.), Com., 5 nov. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 335, p. 233, *D.* 1992, som. p ; 267, obs. AYNES (L.).

<sup>15</sup> Com., 29 nov. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 348, p. 251 et pourvoi n° 92-16.267, *JCP* 1995.II.22371, obs. GHESTIN (J.), *JCP* éd. E 1995.II.662, obs. LEVENEUR (L.), *D.* 1995.122, note AYNES (L.), *RTD civ.* 1995.358, obs. MESTRE (J.). Ces arrêts soulignaient par ailleurs qu'il n'était pas allégué que le bailleur ait abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi méconnu son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi.

<sup>16</sup> Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, (4 arrêts), n° 7, p. 13, n° 8, p. 15, n° 9, p. 16, *JCP* 1996.II.22565, concl. JEOL (M.), note GHESTIN (J.), *D.* 1996.13, concl. JEOL (M.), note AYNES (L.), *Petites affiches*, n° 155 du 27 déc. 1995, p. 11, note BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), *Petites affiches*, n° 8 du 17 janv. 1996, p. 20, note CALVO (J.), *JCP* éd. E 1996.II.776, note LEVENEUR (L.), *RTD civ.* 1996.153, obs. MESTRE (J.), *Deffrénois* 1996.748, obs. DELEBECQUE (P.) ; v. aussi FRISON-ROCHE (M.-A.), De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix?, *RJDA* 1996/1, p. 3s. ; LEVENEUR (L.), Indétermination du prix, le revirement et sa portée, *C. C. C.*, janv. 1996, p. 1 ; LAUDE (A.), La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap, *D. aff.* 1996, n° 1, chr., p. 3 ; COURET (A.), Indétermination du prix : une nouvelle jurisprudence, *Droit & patrimoine*, janv. 1996, p. 48 ; HUET (J.), Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix, *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 311 ; BRUNET (A.) ET GHOZI (A.), La jurisprudence de l'Assemblée Plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, *D.* 1998, chr. 1 ; *adde* les travaux du colloque du 17 décembre 1996, La détermination du prix, nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, *RTD com.* 1997.1, avec les contributions de MM. Jéol, Bourgeon, Jamin, Revet, Ferrier, Pédamon, et Simler.

<sup>17</sup> Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *Bull. civ.*, n° 7, p. 13 et n° 8, p. 15

<sup>18</sup> Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *Bull. civ.*, n° 9, p. 16.



Elle a depuis réaffirmé cette solution à de nombreuses reprises, et jugé notamment que « l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix en toute matière »<sup>19</sup>.

**702.** De ce que l'article 1129 du Code civil n'est plus applicable à la détermination du prix, il résulte que, sauf dispositions légales particulières, telles l'article 1591 du Code civil, la validité des contrats n'est plus soumise à la condition de prédétermination du prix<sup>20</sup>. Tout contrat nommé ou innomé est en principe efficace, même à prix indéterminé<sup>21</sup>. Seuls échappent à l'application de cette jurisprudence les contrats pour lesquels la loi prévoit des règles particulières concernant le prix<sup>22</sup>. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion d'écarter l'exigence de détermination du prix à des contrats tels que le prêt à intérêt<sup>23</sup>, le contrat d'affiliation<sup>24</sup>, le contrat de franchisage<sup>25</sup>, ou le contrat de concession de la distribution exclusive de ses produits par un fabricant<sup>26</sup>.

**703.** L'admission du caractère innomé du contrat d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société permet alors d'admettre la validité de ces contrats alors même que leur prix ne serait pas déterminé.

---

<sup>19</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2004, pourvoi n° 03-13.847, *RDC* 2004.925, obs. MAZEAUD (D.) ; v. également Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mars 2004, pourvoi n° 01-11.920 ; Com., 1<sup>er</sup> juil. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 114, p. 126 ;

<sup>20</sup> BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, (4 arrêts), *Petites affiches*, n° 155 du 27 déc. 1995, p. 11, spéc. n° 21, p. 17 ; FERRIER (D.), Les apports au droit commun des obligations *in* La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, *RTD com.* 1997.49, spéc. n° 7s., p. 51s. ; SIMLER (P.), Rapport de synthèse, *in* La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, *RTD com.* 1997.75, spéc. p. 79 ; REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, *in* *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31s., spéc. p. 36.

<sup>21</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix?, art. préc., n° 17, p. 6.

<sup>22</sup> JEOL (M.), Le contenu juridique des décisions du 1<sup>er</sup> décembre 1995, *RTD com.* 1997.1, spéc. p. 3.

<sup>23</sup> Pour l'inapplicabilité de l'article 1129 du Code civil au taux d'intérêt : Com., 9 juil. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 205, p. 176, *JCP* 1996.II.22721, note STOUFFLET (J.), *Deffrénois* 1996.1363, obs. DELEBECQUE (P.) ; Com., 5 fév. 2002, pourvoi n° 98-15.492 ; v. également pour l'inapplicabilité de l'article 1129 du Code civil à l'indemnité de remboursement anticipée : Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2004, pourvoi n° 03-13.847, préc. ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mars 2004, pourvoi n° 01-11.920, préc. ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 fév. 2003, pourvoi n° 99-19.990 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, *Bull. civ.* I, n° 54, p. 35 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2000, *Bull. civ.* I, n° 184, p. 119 ;

<sup>24</sup> Com., 6 mai 1997, pourvoi n° 93-17.149.

<sup>25</sup> Com., 4 fév. 1997, pourvoi n° 94-21.174.

<sup>26</sup> Com., 11 juin 1996, *Bull. civ.* IV, n° 165, p. 142.

## **B – L'abandon de l'exigence de prédétermination du prix dans les contrats d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société**

**704.** L'attraction, hors du domaine de la vente, des contrats d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société, et leur appréhension en tant que contrats innomés, permet d'écarter, dans ces contrats, l'exigence de prédétermination du prix. Les contrats innomés sont d'abord régis par la théorie générale des obligations<sup>27</sup>. Ils sont dès lors valables alors même que le prix ne serait pas déterminé, en l'absence, dans ces dispositions, de texte exigeant que la contrepartie monétaire soit déterminée.

**705.** Pour s'opposer à cette conclusion, on pourrait certes faire valoir que la jurisprudence applique parfois à des contrats innomés les règles spéciales régissant un contrat voisin<sup>28</sup>. L'utilisation de cette méthode analogique pourrait justifier que l'exigence de prédétermination du prix soit maintenue dans les cessions de la qualité d'associé, en raison de leur proximité avec le contrat de vente, dans lequel l'exigence subsiste. Mais la volonté manifestée par la Cour de cassation de faire de l'exigence de prédétermination du prix une exception<sup>29</sup>, et de l'absence d'exigence de prédétermination un principe, milite en faveur d'une stricte limitation du domaine de cette exigence<sup>30</sup>. En tout état de cause, notre propos n'est pas de démontrer que les cessions de la qualité d'associé ne peuvent pas être des ventes et que le régime du contrat de vente doit en conséquence être écarté. Il est de démontrer que ces contrats peuvent être considérés comme des contrats innomés, et que cela peut permettre d'écarter l'exigence de détermination du prix. Or la qualification de contrat innomé répond à cet objectif, dans la mesure où elle autorise l'exclusion des dispositions imposant la détermination du prix. Les parties à une cession de la qualité d'associé peuvent dès lors adapter les modalités de détermination effective.

### **§ 2 – L'assouplissement des modalités de détermination du prix**

**706.** L'abandon de l'application du droit de la vente aux contrat d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société permet aux contractants de convenir que le prix sera fixé par

---

<sup>27</sup> Supra n° 626.

<sup>28</sup> Sur cette jurisprudence GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 116, p. 142 ; V. également supra n° 626 et les références citées.

<sup>29</sup> En ce sens : MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 7, p. 42.

<sup>30</sup> En ce sens, à propos du domaine d'application de l'article 1591 du Code civil : SIMLER (P.), Rapport de synthèse, art. préc., p. 79.

l'un d'eux (A). Il permet également de faire échapper à la nullité certains contrats ne comportant pas un accord complet sur le prix (B).

### **A – La validité du contrat confiant la détermination du prix à l'une des parties**

**707.** La Cour de cassation ne s'est pas bornée, dans ses arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, à poser la règle selon laquelle la prédétermination du prix n'était plus, sauf exception, une condition de validité des contrats. Elle a également précisé, dans trois d'entre eux, 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* »<sup>31</sup>, principe qu'elle a ensuite repris<sup>32</sup>. L'appréhension des cessions de la qualité d'associé en tant que contrat innomé permet de leur appliquer ce principe défini pour les contrats-cadre ; il permet aux parties de convenir d'un prix dépendant de la volonté unilatérale de l'une d'elle (1). Seul reste ainsi sanctionné l'abus dans la fixation du prix (2).

#### 1- L'admission de la fixation unilatérale du prix

**708.** Les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 ne précisent pas explicitement que les parties à un contrat cadre peuvent confier la détermination du prix des contrats d'application à l'une des parties. Cette solution résulte cependant de la formule qu'ils adoptent<sup>33</sup>. L'existence d'un contrôle judiciaire de l'abus implique en effet nécessairement pour l'une des parties le droit résultant des stipulations contractuelles de fixer unilatéralement le prix<sup>34</sup>. Les arrêts en cause censurent par ailleurs précisément sur la base de ce principe des décisions qui avaient annulé des contrats-cadre dans la mesure où la fixation du prix des contrats d'exécution était à la discrétion du fournisseur. La Cour de cassation a outre explicitement jugé à plusieurs reprises que des clauses confiant au fournisseur la faculté de fixer ou de modifier unilatéralement le prix n'affectait pas la validité des contrats<sup>35</sup>. Aussi la Cour de cassation peut-elle être

---

<sup>31</sup> Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *Bull. civ.*, n° 7, p. 13 et n° 8, p. 15.

<sup>32</sup> V. par exemple Com., 4 fév. 1997, pourvoi n° 94-21.174 ; Com., 5 mai 1998, pourvoi n° 95-18.134 ; Com., 10 fév. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 71, p. 55 ; Com., 23 juin 2004, pourvoi n° 01-15.419.

<sup>33</sup> GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, p. 30 ; v. également AYNES (L.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *D.* 1996.18, spéc. p. 19.

<sup>34</sup> GHESTIN (J.), *op. cit.*

<sup>35</sup> V. par exemple pour des arrêts admettant la référence au tarif en vigueur lors de la livraison : Com., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-11.743 ; Com., 23 mars 1999, pourvoi n° 96-10.901 ; Com., 10 fév. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 71, p. 55 ; Com., 18 nov. 1997, pourvoi n° 95-21.846 ; Com., 11 juin 1996, *Bull. civ.* IV, n° 165, p. 142.

considérée comme admettant la validité des contrats-cadre confiant la détermination du prix des contrats d'application à l'une des parties<sup>36</sup>.

**709.** En revanche, ni les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, ni aucun arrêt postérieur, n'a expressément posé que le prix pouvait, sauf disposition spéciale, être fixé unilatéralement par l'une des parties dans les contrats autres que cadre<sup>37</sup>. Bien plus, les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 comme les arrêts postérieurs visent soit les contrats prévoyant la conclusion de contrats ultérieurs, soit des contrats spécifiques tels que franchise, concession, ce qui pourrait sembler limiter le champ d'application de la solution nouvelle aux contrats-cadre.

L'admission de principe de la fixation unilatérale du prix découle cependant nécessairement de cette jurisprudence. L'abandon de l'exigence générale de prédétermination du prix implique en effet, sauf à être privée de toute portée, de valider le contrat dont le prix n'est, lors de la conclusion du contrat, ni déterminé ni déterminable au sens où l'entend traditionnellement la jurisprudence, c'est-à-dire n'est pas déterminable en vertu des seules clauses du contrat, par référence avec des éléments ne dépendant de la volonté ni de l'une, ni de l'autre des parties<sup>38</sup>. Cette validation n'est toutefois possible qu'avec l'instauration d'un mécanisme qui permet la fixation du prix si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur son montant lors de l'exécution du contrat<sup>39</sup>. On se retrouverait, à défaut d'un tel mécanisme, dans la situation paradoxale dans laquelle le contrat serait valable, et ferait naître une obligation de payer un prix qui ne pourrait toutefois être exécutée faute de détermination de son quantum. Ce mécanisme peut résider dans la fixation du prix par le juge ou par l'une des parties<sup>40</sup>. En permettant au juge de contrôler l'abus dans la fixation du prix, la Cour de cassation ne semble pas avoir voulu revenir, dans ses arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, sur la prohibition traditionnelle de la fixation judiciaire du prix<sup>41</sup>. Aussi l'abandon de l'exigence de

---

<sup>36</sup> En ce sens : TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 291, p. 298 ; AUBERT DE VINCELLES (C.), art. préc., n° 7, p. 2631.

<sup>37</sup> En ce sens REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., p. 36 ; AUBERT DE VINCELLES (C.), art. préc., n° 7, p. 2631 ; v. également TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 291, p. 298, qui soulignent que la Cour de cassation, après avoir écarté l'application de l'article 1129 du Code civil, n'a tiré les conséquences de cette analyse que pour les contrats-cadre.

<sup>38</sup> REVET (T.), *eod. loc.* et note n° 1, p. 37 ; V. également, à propos des seuls contrats cadre : MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 14, p. 46 ; V. sur la notion de prix déterminable supra n° 316s.

<sup>39</sup> REVET (T.), *eod. loc.*

<sup>40</sup> *Ibid.* ; MOLFESSIS (N.), *eod. loc.*

<sup>41</sup> JEOL (M.), Le contenu juridique des décisions du 1<sup>er</sup> décembre 1995, *in* La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, *RTD com.* 1997.1, p. 4 ; BOURGEON (C.), Les apports économiques, *in* La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, *RTD com.* 1997.8, spéc. p. 14 ; V. aussi MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 14, p. 46 ; GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, p. 29.

prédétermination implique-t-elle nécessairement l'admission de la fixation unilatérale du prix, à tout le moins lorsque les parties sont convenues de ce mode de fixation<sup>42</sup>. Rien ne justifierait en effet d'admettre la fixation unilatérale du prix en l'absence d'accord des parties sur un tel mode de fixation, mais de la refuser lorsqu'elles en sont convenues<sup>43</sup>. Une telle position serait d'ailleurs difficilement compatible avec la solution retenue dans les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, qui ont admis la validité de contrats qui prévoyaient que le prix de certaines prestations serait fixé par l'une des parties.

**710.** N'ayant pas explicitement jugé que le prix pouvait être fixé unilatéralement par l'une des parties, la Cour de cassation n'a pas davantage pris position sur le point de savoir si ce pouvoir unilatéral pouvait être confié au créancier et/ou au débiteur du prix<sup>44</sup>. Elle a admis, dans les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, que la fixation du prix soit confiée au créancier<sup>45</sup>. Aucun arrêt ne semble en revanche avoir admis la validité d'un contrat dont le prix dépendrait de la volonté arbitraire du débiteur du prix<sup>46</sup>. Un tel mode de fixation du prix se heurte, *a priori*, à la prohibition des conditions purement potestatives<sup>47</sup>, dans la mesure où l'obligation dépend bien de la volonté de celui qui s'oblige. Mais les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, en jugeant, sans autre restriction, que l'abus dans la détermination du prix donnait lieu à résiliation ou à indemnisation, semblent admettre aussi bien l'abus de la part du créancier que du débiteur. Corrélativement, la Cour de cassation semble admettre que le prix soit fixé unilatéralement par son débiteur<sup>48</sup>.

**711.** L'abandon de l'application, aux contrats emportant acquisition de la qualité de partie au contrat de société, de la qualification de vente, et l'adoption de la qualification de contrat innomé, permettraient dès lors de valider les contrats dans lesquels le prix dépend de la volonté de l'une des parties. Ils permettraient, *a fortiori*, de valider les contrats –nombreux– dans lesquels l'un des éléments pris en compte pour la détermination du prix dépend de la

---

<sup>42</sup> V. GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, p. 29, qui considère même que, compte tenu de la prohibition de la fixation judiciaire du prix, la fixation unilatérale par l'une des parties est le seul mode de détermination en fait admis par la Cour de cassation ; v. également AYNES (L.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *D.* 1996.18, spéc. p. 20.

<sup>43</sup> Un contrat confiant à l'une des parties la fixation du prix serait alors nul, lorsque le même contrat, muet sur la détermination du prix, serait valable, l'une des parties se voyant reconnaître le pouvoir de fixer le prix à défaut d'accord lors de l'exécution.

<sup>44</sup> REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., p. 41. Une fois encore, aucun arrêt postérieur ne se prononce sur cette question.

<sup>45</sup> *Ibid.*.

<sup>46</sup> *Ibid.*.

<sup>47</sup> *Ibid.*.

<sup>48</sup> *Ibid.*.

volonté de l'une des parties<sup>49</sup>. Echapperaient ainsi en particulier au risque de nullité pour indétermination du prix les clauses de *earn-out*, quelle que soit la donnée comptable de référence.

Le pouvoir de fixer le prix qui résulte d'une telle clause doit cependant être limité par la sanction de l'abus.

## 2- La prohibition de l'abus dans la fixation unilatérale du prix

**712.** Par un *obiter dictum*, repris dans plusieurs arrêts postérieurs<sup>50</sup>, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé dans les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 que « *l'abus dans la détermination du prix donne lieu à résiliation ou à indemnisation* ». Tout en admettant que les parties confient à l'une d'elle la fixation du prix, elle pose l'abus comme limite à l'exercice de cette prérogative. Elle élimine ainsi, en matière de prix, le contrôle de la potestativité au stade de la formation du contrat, pour lui substituer le contrôle judiciaire de l'abus<sup>51</sup>, c'est-à-dire un contrôle au stade de l'exécution du contrat<sup>52</sup>.

Les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, comme les arrêts postérieurs, ne visent toutefois que les conventions prévoyant la conclusion de contrats ultérieurs ou, exceptionnellement, certains types de contrat précis, tels que la concession, la franchise.... Or la plupart des cessions de droits sociaux s'opèrent instantanément, même si la fixation du prix est reportée. La proximité des problèmes soulevés en matière de contrats-cadre et en matière de cession de droits sociaux impose toutefois de transposer la solution dégagée par les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 (b), dont le sens doit dès lors, préalablement, être précisé (a).

---

<sup>49</sup> V. sur ces clauses supra n° 340s.

<sup>50</sup> Com., 23 juin 2004, pourvoi n° 01-15.419 ; Com., 23 mars 1999, pourvoi n° 96-10.901 ; Com., 23 mars 1999, pourvoi n° 96-22.784 ; Com., 5 mai 1998, pourvoi n° 95-18.134 ; Com., 10 fév. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 71, p. 55 ;

<sup>51</sup> GJIDARA (S.), Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : Le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil, (suite et fin), *Petites affiches*, n° 122 du 22 juin 2000, p. 4 ; FERRIER (D.), art. préc., n° 15s., p. 54s. ; COURET (A.), Indétermination du prix : une nouvelle jurisprudence, art. préc., p. 50 ; V. également LAUDE (A.), La détermination du prix dans les contrats de distribution, art. préc., p. 5.

<sup>52</sup> BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, (4 arrêts), *Petites affiches*, n° 155 du 27 déc. 1995, p. 11, spéc. n° 27, p. 19 ; GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, n° 28, p. 30.

*a) La prohibition de l'abus dans la fixation du prix dans les contrats cadres*

**713.** La Cour de cassation n'a pas défini l'abus dans ses arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995<sup>53</sup>. Aussi de nombreuses définitions en ont-elles été proposées par la doctrine, avant que deux arrêts récents de la Cour de cassation n'apportent quelques précisions sur cette notion.

*α) Les définitions doctrinales de l'abus dans la fixation du prix*

**714.** Dans un premier mode d'appréhension, l'abus dans la fixation du prix a fait l'objet d'une définition essentiellement objective, indépendante du comportement de la partie qui le fixe. Madame Frison-Roche a ainsi estimé que l'abus dans la fixation du prix ne pouvait consister dans le constat autonome d'une déloyauté : la déloyauté s'observerait dans la façon de négocier et de fixer le prix ; il ne serait pas possible de la contrôler dans la fixation unilatérale du prix, qui résulte d'une décision sans préalable<sup>54</sup>. Elle en a déduit que la Cour de cassation aurait implicitement voulu instaurer un contrôle des prix lésionnaire : il y aurait abus dans la fixation du prix lorsque l'équilibre entre les contreparties est totalement méconnu<sup>55</sup>.

**715.** Une deuxième conception renvoie à la notion d'abus de droit telle qu'elle a été inventée au début du XX<sup>ème</sup> siècle par les juristes solidaristes<sup>56</sup>. Partant de l'idée que l'individu est inséré dans une société qui le dépasse et dont l'harmonie doit être préservée grâce à la solidarité de ses membres, ces juristes, au premier rang desquels Josserand, ont considéré que l'exercice d'un droit subjectif n'était légitime que s'il respecte la finalité sociale en vue de laquelle ces droits ont été conférés<sup>57</sup>. En visant l'article 1134 du Code civil, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation aurait renvoyé à cette définition originaires de l'abus, plutôt qu'à une approche économique dans laquelle l'abus n'est sanctionné que dans la

---

<sup>53</sup> JEOL (M.), Le contenu juridique des décisions du 1<sup>er</sup> décembre 1995, art. préc., p. 3 ; FERRIER (D.), art. préc., n° 33, p. 62.

<sup>54</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix ?, art. préc., n° 36, p. 8 ; v. également, pour un résumé par Madame Frison-Roche de l'idée développée dans l'article précité : FRISON-ROCHE (M.-A.), Va-t-on vers une conception unitaire de l'abus dans la fixation du prix, *Rev. conc. cons.*, juil./août 1996, p. 13, spéc. p. 14.

<sup>55</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix ?, art. préc., spéc. n° 31, p. 8 et n° 39, p. 9 ; v. également FRISON-ROCHE (M.-A.), Va-t-on vers une conception unitaire de l'abus dans la fixation du prix, art. préc., p. 14.

<sup>56</sup> JAMIN (C.), Réseaux intégrés de distribution, de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques, art. préc., n° 7, p. 344 ; v. également sur l'histoire de l'abus : JAMIN (C.), Typologie des théories juridiques de l'abus, *Rev. conc. cons.*, juil./août 1996, p. 7, spéc. p. 8.

<sup>57</sup> *Ibid.* ; v. notamment JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité*, rééd. de la 2<sup>ème</sup> éd., préf. D. Deroussin, Dalloz, 2006, spéc. n° 291s., p. 394s.

mesure où il entrave le libre jeu de la concurrence<sup>58</sup>. L'abus serait caractérisé lorsque le droit n'est pas exercé conformément à sa fonction sociale<sup>59</sup>.

Sur ce fondement, les définitions concrètes du critère de l'abus varient selon la fonction qui est assignée au droit. Le droit de fixer unilatéralement le prix tend, pour certains auteurs, à permettre les échanges économiques<sup>60</sup>, ou, en matière de distribution intégrée, à permettre la création et le développement d'une clientèle<sup>61</sup>. Afin de permettre ces échanges, le contractant chargé de fixer le prix devrait veiller à préserver les intérêts de son cocontractant<sup>62</sup>. Il devrait lui assurer une rentabilité suffisante pour qu'il puisse continuer à exploiter son affaire<sup>63</sup>. L'abus serait ainsi caractérisé lorsque le contractant chargé de fixer le prix rompt la communauté d'intérêt qui l'unit à son partenaire et, en fixant le prix uniquement en fonction de ses propres intérêts, ne permet pas le maintien d'un certain équilibre contractuel et met en péril l'activité de son contractant<sup>64</sup>. Pour Monsieur Ghestin, le contrôle de l'abus devrait notamment tenir compte de ce que la fixation unilatérale est liée à la durée d'exécution du contrat. Le prix fixé unilatéralement ne devrait ainsi pas être arbitraire, mais être en principe celui que les parties auraient déterminé elles-mêmes si elles avaient pu prévoir l'évolution de la conjoncture<sup>65</sup>. Précisant la notion d'abus, il estime qu'elle peut être rapprochée de la mauvaise foi. Il y aurait lieu de prendre en compte d'un côté la nécessité pour le fournisseur de disposer d'une certaine marge bénéficiaire, de l'autre côté, dans la lignée de l'arrêt Huard<sup>66</sup>, la nécessité de permettre au distributeur d'affronter la concurrence. Il serait encore possible de se référer, pour apprécier le comportement de l'auteur du prix, aux bonnes pratiques contractuelles et spécialement au prix de marché<sup>67</sup>.

---

<sup>58</sup> JAMIN (C.), Réseaux intégrés de distribution, de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques, art. préc., n° 7, p. 344.

<sup>59</sup> BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), note sous Ass.plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, (4 arrêts), *Petites affiches*, n° 155 du 27 déc. 1995, p. 11, spéc. n° 36, p. 20 ; GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, n° 39, p. 32 ; JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, art. préc., n° 9, p. 25 ; v. également TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 293, p. 302.

<sup>60</sup> BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), *eod. loc.*

<sup>61</sup> JAMIN (C.), Réseaux intégrés de distribution, de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques, art. préc., n° 10, p. 344.

<sup>62</sup> BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), note sous Ass.plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, (4 arrêts), *Petites affiches*, n° 155 du 27 déc. 1995, p. 11, spéc. n° 34, p. 20

<sup>63</sup> JAMIN (C.), *eod. loc.*

<sup>64</sup> JAMIN (C.), *eod. loc.* ; JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, art. préc., n° 9, p. 25 ; BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), *eod. loc.* et n° 34, p. 20 ; v. également BRUNET (A.) ET GHOZI (A.), La jurisprudence de l'Assemblée Plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, art. préc., n° 24, p. 7.

<sup>65</sup> GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, n° 39, p. 32.

<sup>66</sup> Com., 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 338, *J.C.P.* 1993.II.22164, note VIRASSAMY (G.), *RTD civ.* 1993.144, obs. MESTRE (J.).

<sup>67</sup> GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, n° 42, p. 33.



**716.** Une troisième solution a consisté à intégrer l'obligation, incombant au contractant qui fixe le prix, de prendre en compte les intérêts de son partenaire, dans les stipulations contractuelles. Le contrat étant commutatif, le prix devrait pouvoir être regardé comme subjectivement équivalent par les deux parties<sup>68</sup>. Aussi celle qui fixe le prix doit-elle prendre en compte l'intérêt de son partenaire<sup>69</sup>. La prérogative laissée à l'un des contractants de fixer le prix unilatéralement ne serait admissible qu'à cette condition, sauf à remettre en cause le caractère commutatif du contrat. Le visa de l'article 1135 du Code civil se trouverait ainsi justifié : cette obligation constituerait l'une des suites de la prérogative de fixer le prix<sup>70</sup>. Cette prérogative constituerait un pouvoir, dans la mesure où la possibilité de déterminer le prix s'impose à l'autre partie, et doit être exercée partiellement dans l'intérêt de cette autre partie<sup>71</sup>. Dans cette conception, l'obligation de prendre en compte l'intérêt du cocontractant ne résulte plus de la finalité sociale du droit, mais du contenu du contrat. La fixation d'un prix abusif constituerait ainsi une inexécution contractuelle<sup>72</sup>. Cette obligation de prendre en compte l'intérêt de l'autre partie ne signifierait pas que le prix doive correspondre au juste prix. Le titulaire du pouvoir pourrait en effet arrêter un montant plus conforme à ses intérêts qu'à celui de son cocontractant<sup>73</sup>. L'admission d'un certain déséquilibre conduit à écarter les définitions de l'abus selon lesquelles le prix doit être juste, correspondre au prix de marché, ou à celui que les parties auraient arrêté si elles l'avaient elles-mêmes fixé<sup>74</sup>. L'abus serait en revanche constitué lorsque le prix est déterminé dans l'intérêt exclusif de son auteur<sup>75</sup> et, en particulier, lorsqu'il empêche l'autre partie de poursuivre normalement son activité<sup>76</sup>. Le juge devrait s'assurer que l'auteur du prix a suffisamment pris en compte l'intérêt de l'autre partie. Il exercerait, à cette fin, un contrôle de motivation<sup>77</sup>. Un prix objectivement déséquilibré pourrait être déclaré non abusif si son auteur arrive à démontrer qu'il a pris en compte

<sup>68</sup> REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., n° 15, p. 42.. v. aussi ROCHFELD (J.), Les droits potestatifs accordés par le contrat, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 747, spéc. p. 767.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> REVET (TH.), Les apports au droit des relations de dépendance, in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, *RTD com.* 1997.37, n° 6, p. 40 ; dans le même sens : FERRIER (D.), art. préc., n° 37, p. 63 ; v. également MOLFESSIS (N.), Les exigences relatives au prix en droit des contrats, art. préc., n° 25, p. 51, qui retient la qualification de pouvoir.

<sup>72</sup> FERRIER (D.), art. préc., n° 41, p. 65.

<sup>73</sup> REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., n° 16, p. 42.

<sup>74</sup> REVET (TH.), Les apports au droit des relations de dépendance, art. préc., n° 15, p. 45.

<sup>75</sup> REVET (TH.), Les apports au droit des relations de dépendance, art. préc., n° 12, p. 44 ; FERRIER (D.), art. préc., n° 36, p. 63.

<sup>76</sup> REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., n° 16, p. 43 ; MOLFESSIS (N.), Les exigences relatives au prix en droit des contrats, art. préc., n° 25, p. 51.

<sup>77</sup> REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., n° 17, p. 43.

l'intérêt de son partenaire. Réciproquement, l'abus s'établirait par la démonstration du caractère manifestement disproportionné du prix par rapport à la valeur du bien ou service, par les effets du prix sur la situation concurrentielle de l'acheteur...<sup>78</sup>.

**717.** Entre ces deux dernières approches, Monsieur Stoffel-Munck a développé une définition de l'abus dans la fixation du prix que l'on pourrait qualifier d'intermédiaire<sup>79</sup>.

L'auteur distingue, dans la thèse qu'il a consacrée à l'abus dans le contrat, trois types d'abus. Le premier, intitulé abus par déloyauté, est un manquement à une exigence morale<sup>80</sup>. Il résulte soit de l'intention de nuire, soit d'un manquement à l'exigence de bonne foi. Cette exigence de bonne foi doit, plus précisément, être comprise comme une norme de comportement lors de l'exécution du contrat<sup>81</sup>. Elle interdit, par exemple, à un bailleur d'envoyer sciemment le commandement préalable au jeu de la clause résolutoire pendant l'absence de son locataire, pour l'empêcher d'y satisfaire dans le délai, ou de demander la résiliation d'un bail de terrain consenti dans le cadre d'une opération immobilière en invoquant le non paiement de la redevance symbolique annuelle d'un franc<sup>82</sup>. Cette loyauté « du contractant »<sup>83</sup> se distingue de la loyauté contractuelle, définie comme la fidélité à l'opération que les parties ont entendu réaliser<sup>84</sup>. De celle-ci découle les nombreuses obligations que le juge a fait dériver de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil : coopération, assistance, renseignements, conseil.... Un manquement à cette seconde manifestation de la bonne foi ne relève pas de l'abus par déloyauté ; celui-ci ne sanctionne pas l'inexécution d'une obligation, mais une manière d'exécuter une obligation. Ce n'est donc pas, dans le premier type d'abus, l'exercice du droit qui pose problème, mais les circonstances qui entourent cet exercice<sup>85</sup>. La responsabilité qu'il fait naître est donc une responsabilité délictuelle<sup>86</sup>.

---

<sup>78</sup> *Ibid.* ; MOLFESSIS (N.), *eod. loc.*

<sup>79</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 745s., p. 542s. ; v. également pour une présentation succincte de cette définition : STOFFEL-MUNCK (P.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *RDC* 2005.277 ; STOFFEL-MUNCK, (P.), *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, Droit & Patrimoine*, sept. 2000, p. 16.

<sup>80</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 10s., p. 19s.

<sup>81</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 86s., p. 85s.

<sup>82</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 92, p. 88.

<sup>83</sup> Selon le terme employé par M. Stoffel-Munck.

<sup>84</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 84, p. 83.

<sup>85</sup> STOFFEL-MUNCK, (P.), *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, art. préc., p. 16.

<sup>86</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 115s., p. 106s.

Le deuxième type d'abus, dénommé abus de liberté contractuelle, rend compte des clauses prohibées soit par un ordre public de protection –les clauses dites « abusives »–, soit par l'ordre public de direction qu'incarne le droit de la concurrence<sup>87</sup>.

Le troisième type d'abus, dénommé abus de prérogative contractuelle, englobe les cas où une clause valablement insérée dans le contrat est mise en œuvre conformément à sa lettre mais dans un sens qui détourne la clause de sa fonction dans le contrat<sup>88</sup>. Au contrôle de ce troisième type d'abus se rattachent par exemple les décisions interdisant à un employeur de mettre en œuvre une clause de non concurrence quand la portée de l'obligation n'est pas proportionnée aux objectifs poursuivis par l'entreprise<sup>89</sup>.

Monsieur Stoffel-Munck estime que l'abus dans la fixation du prix se rattache à la troisième catégorie<sup>90</sup>. Il résulte de l'exercice d'une prérogative conformément à sa lettre mais dans un sens qui détourne la finalité de la clause<sup>91</sup>. Il ne relève dès lors pas de l'inexécution contractuelle, mais de l'exercice d'un droit dont l'auteur du prix ne disposait pas<sup>92</sup>. Plus précisément, la clause confiant à l'une des parties la fixation du prix tendrait à permettre l'adaptation du prix au coût des produits livrés<sup>93</sup>. Serait en conséquence abusive toute fixation du prix qui s'éloignerait de celle qui devrait résulter de la seule évolution des éléments de référence<sup>94</sup>.

**718.** Quelques auteurs, enfin, ont considéré que l'abus pourrait à la fois être subjectif et objectif<sup>95</sup>. Il devrait dans le premier cas être apprécié par référence aux clauses du contrat, à l'intérêt des deux partenaires, voire à leur intérêt commun. Dans le second, l'abus résulterait d'un prix excessif au regard du prix raisonnable de la chose et des pratiques de la profession.

---

<sup>87</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 348s., p. 293s.

<sup>88</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 634s., p. 468s.

<sup>89</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 701, p. 511.

<sup>90</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 745s., p. 542s. L'auteur est revenu sur cette analyse dans les observations qu'il a publiées sous l'arrêt du 30 juin 2004 (STOFFEL-MUNCK (P.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *RDC* 2005.277). Pour parvenir à cette conclusion, il a d'abord observé qu'il résultait de cet arrêt que la qualification d'abus dans la fixation du prix dérivait d'un jugement de valeur sur le comportement de l'auteur du prix et s'inscrivait dans une problématique de responsabilité civile. Rappelant les catégories d'abus qu'il avait distinguées dans sa thèse, il en déduit que la Cour de cassation a, en statuant de la sorte, exclu l'analyse de l'abus comme dépassement du pouvoir accordé par une prérogative, c'est-à-dire comme une limite interne d'un droit.

<sup>91</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 745, p. 543 ; v. également STOFFEL-MUNCK (P.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *RDC* 2005.277.

<sup>92</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 789, p. 577.

<sup>93</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 748s., p. 545s.

<sup>94</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 752, p. 548.

<sup>95</sup> LAUDE (A.), La détermination du prix dans les contrats de distribution : Le changement de cap, art. préc., p. 6 ; COURET (A.), Le maniement par le juge de la théorie de l'abus dans la fixation du prix, art. préc., p. 29s.

**719.** Il n'existe donc pas d'accord sur la notion d'abus. Il est parfois défini comme un abus de droit, comme un abus de liberté ou comme un abus de pouvoir. Certains auteurs estiment qu'il doit s'apprécier par rapport à la finalité sociale du droit de fixer unilatéralement le prix, d'autres par rapport à la finalité contractuelle de la clause. D'autres encore raisonnent en termes d'obligations résultant du contrat.

Deux arrêts rendus par la Cour de cassation permettent toutefois de cerner davantage cette notion.

*β) Les précisions jurisprudentielles*

**720.** La chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 21 janvier 1997<sup>96</sup>, exclu l'existence d'un abus dans un contrat de franchisage en raison de la liberté de négocier les prix dont disposait encore le franchisé. Dans cette affaire, le franchisé avait demandé l'annulation du contrat pour indétermination du prix. Pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt ayant rejeté cette demande, la Cour de cassation rappela, d'abord, que la clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affectait pas la validité du contrat, l'abus donnant lieu à résiliation ou indemnisation. Elle observa ensuite que la cour d'appel avait relevé que la clause d'approvisionnement exclusif concernait une liste étendue de fournisseurs, un guide étendu des achats, un catalogue de produits et un tarif de vente indicatif. La cour d'appel ayant ajouté que le franchiseur avait ainsi laissé au franchisé la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante, la Cour de cassation en déduisit que le franchiseur n'avait pas commis d'abus dans l'application de la clause d'approvisionnement.

La Cour de cassation se fonde donc, pour rejeter l'abus, sur des considérations relatives, d'une part, aux clauses du contrat et, d'autre part, au comportement du franchiseur<sup>97</sup>. Le contrat offrait au franchisé la possibilité d'acquérir sa marchandise chez plusieurs fournisseurs et de choisir dans une liste de produits. Le franchisé disposait ainsi d'une certaine liberté qui lui permettait de ne pas se voir imposer des prix d'achat<sup>98</sup>. Le fait qu'il dispose d'une liste élargie de fournisseurs lui permettait de les mettre en concurrence et, dans la mesure où les tarifs n'étaient qu'indicatifs, de négocier les prix. En outre, le franchiseur avait laissé à son

---

<sup>96</sup> Com., 21 janv. 1997, D. 1997.414, note JAMIN (C.).

<sup>97</sup> JAMIN (C.), note sous Com., 21 janv. 1997, D. 1997.414.

<sup>98</sup> *Ibid.*

partenaire la liberté de négocier les prix, sans que le second souffre d'une position dominante et arbitraire du premier. L'abus est donc écarté parce que le contrat laissait *a priori* au franchisé une certaine marge de manœuvre, et parce que le franchiseur n'a pas arbitrairement imposé à son cocontractant les modalités d'exécution du contrat. L'arrêt ne précise pas si ces deux conditions sont cumulatives ou si chacune d'elles suffisait à écarter l'abus. On peut cependant penser que l'étude du comportement du franchiseur est nécessaire<sup>99</sup>. Par définition, le contrôle de l'abus impose en effet de prendre en considération, au-delà des termes de l'accord tels que définis lors de sa formation, le comportement des parties. L'abus paraît ainsi écarté essentiellement dans la mesure où le franchiseur n'a pas fait un usage arbitraire de ses prérogatives<sup>100</sup>. Il résulte à tout le moins de l'arrêt que l'abus semble pouvoir être écarté lorsque le contractant qui ne fixe pas le prix des marchandises qu'il achète conserve une certaine liberté pour le négociant.

**721.** Cette conclusion trouve une confirmation dans un arrêt du 30 juin 2004<sup>101</sup>.

Dans cette affaire, une banque informa en 1997 l'une de ses clientes de sa volonté d'augmenter fortement les tarifs de location des coffres-forts qu'elle lui louait depuis quelques années, volonté qu'elle justifia par l'évolution de ses charges. La cliente ayant refusé l'augmentation projetée, la banque réduisit celle-ci à un niveau qui fut finalement accepté « sous réserve ». La locataire assigna ensuite la banque en dommages et intérêts pour abus dans la fixation du prix. La demande fut accueillie par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 24 octobre 2000, au motif que l'augmentation n'était justifiée ni par l'évolution des charges ni au regard de la prise en compte des surfaces respectives des chambres<sup>102</sup>. Cet arrêt fut censuré au visa des articles 1134 et 1135 du Code civil par un arrêt de la première

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> Monsieur Jamin ajoute que l'abus devrait être caractérisé dès lors que le fournisseur imposerait les modalités d'exécution du contrat cadre, et spécialement les prix, à son franchisé (JAMIN (C.), note sous Com., 21 janv. 1997, *D.* 1997.414). Une telle appréhension de l'abus ne nous semble pas certaine. Elle réduirait à néant la portée de l'affirmation suivant laquelle le prix peut être déterminé unilatéralement par l'une des parties. Seul un abus dans l'exercice de ce pouvoir semble devoir être sanctionné, ce que nous semble souligner la référence au caractère non arbitraire du comportement du franchisé. Il semblerait quelque peu excessif de considérer que le fait d'imposer un prix à son cocontractant constitue un abus lorsque le niveau du prix permet au créancier de poursuivre son activité dans de bonnes conditions, en affrontant la concurrence. L'arrêt du 21 janvier 1997 se borne d'ailleurs à approuver une cour d'appel d'avoir exclu l'abus compte-tenu de la liberté dont disposait le fournisseur. Mais il ne dit pas que l'absence de liberté permet, systématiquement, de caractériser l'abus.

<sup>101</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 190, p. 157, *RTD civ.* 2004.749, obs. GAUTIER (P.-Y.), *RTD civ.* 2005.126, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.), *RDC* 2005.277, obs. STOFFEL-MUNCK (P.), *D.* 2005.1828, note MAZEAUD (D.), *C.C.C.* 2004, n° 151, note LEVENEUR (L.); *Droit & Patrimoine*, nov. 2004, n° 566, obs. CHAUVEL (P.).

<sup>102</sup> CA Paris, 24 oct. 2000, *D.* 2001, somm., p. 3236, obs. MAZEAUD (D.), *D.* 2002, somm., p. 641, obs. MARTIN (D.-R.).

chambre civile de la Cour de cassation en date du 30 juin 2004. Pour ce faire, la Cour de cassation a d'abord relevé que la banque était libre de fixer ses tarifs. Elle a relevé ensuite que la cliente bénéficiait d'un préavis d'un mois pour renouveler son contrat et qu'elle avait été tenue informée du projet de la banque plus de six mois avant l'échéance. Elle en a déduit que Madame X disposait du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il n'était pas démontré en quoi elle avait été contrainte d'accepter le prix proposé par la banque en renouvelant un contrat qu'elle était libre de ne pas poursuivre. La cour d'appel n'avait donc pas, selon la Cour de cassation, caractérisé le comportement fautif de la banque.

La Cour de cassation ne vise pas explicitement l'abus dans son attendu principal. Aussi est-il possible de se demander si le comportement fautif que la Cour de cassation a reproché aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé est bien l'abus<sup>103</sup>. L'analyse aux termes de laquelle l'arrêt traite d'une question d'abus semble cependant devoir prévaloir<sup>104</sup>. Il ressort clairement des termes de l'arrêt que la demande de la cliente tendait à faire sanctionner l'abus dans la fixation du prix et non, par exemple, la lésion. La cour d'appel s'était en outre fondée sur cette notion pour condamner la banque. Enfin, la censure intervient au visa des articles 1134 et 1135 du Code civil, qui étaient ceux-là même qui avaient fondés la censure dans les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995. Il devient ainsi manifeste que la première chambre civile a entendu se placer dans le prolongement de l'Assemblée plénière<sup>105</sup>.

La Cour de cassation confirme ainsi que l'abus implique que sa victime soit contrainte d'accepter le prix fixé par son cocontractant<sup>106</sup>. Elle se fonde en effet précisément, pour censurer la décision d'appel, sur le fait que Madame X pouvait s'adresser à la concurrence. L'abus ne peut donc être invoqué lorsque sa victime n'est pas dans une situation de dépendance vis-à-vis de l'auteur de la détermination du prix<sup>107</sup>. A cet égard, la contrainte ne semble pas devoir être appréciée uniquement juridiquement, mais plutôt au regard des possibilités concrètes de solution alternative<sup>108</sup>. La solution contraire conduirait en effet à priver le contrôle de l'abus d'une grande partie de sa portée, notamment en l'excluant dans les

---

<sup>103</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *RDC* 2005.277 ; v. également MAZEAUD (D.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 nov. 2004, *D.* 2005.1828, qui expose que certains auteurs ont estimé que, dans la mesure où il s'agissait d'un renouvellement de contrat, l'arrêt était relatif à la question de la fixation d'un prix lésionnaire.

<sup>104</sup> En ce sens STOFFEL-MUNCK (P.), *eod. loc.* ; MAZEAUD (D.), *eod. loc.* ; MESTRE (J.) et FAGES (B.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *RTD civ.* 2005.126 ; GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 nov. 2004, *RTD civ.* 2004.749.

<sup>105</sup> V. sur tous ces arguments : STOFFEL-MUNCK (P.), *eod. loc.*

<sup>106</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *RDC* 2005.277.

<sup>107</sup> MAZEAUD (D.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 nov. 2004, *D.* 2005.1828 ; MOLFESSIS (N.), Les exigences relatives au prix en droit des contrats, art. préc., n° 25, p. 51.

<sup>108</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *eod. loc.*

contrats à durée indéterminée, dans lesquels chaque partie est en principe libre de rompre à tout moment<sup>109</sup>.

Elle confirme en outre que l'abus est une faute de comportement<sup>110</sup> : l'arrêt est censuré, car la cour d'appel n'a pas caractérisé le comportement fautif. L'importance de l'augmentation ne suffit donc pas à rendre celle-ci abusive<sup>111</sup>.

En soulignant que la banque était libre de modifier le prix de la location, la Cour de cassation laisse enfin penser qu'elle n'était pas tenue de motiver le changement de tarif<sup>112</sup>. Si cette liberté n'est pas incompatible avec un contrôle de l'abus, elle exclut en revanche que la faute résulte du silence gardé par le créancier du prix sur les raisons de la modification de celui-ci<sup>113</sup>.

**722.** Il est finalement possible, à la suite de ces arrêts, de cerner davantage la notion d'abus dans la fixation du prix.

Il est un comportement fautif distinct du simple défaut de motivation de la décision. Il implique que la partie qui ne fixe pas le prix soit contrainte d'accepter celui qu'a déterminé son partenaire.

Les définitions objectives de l'abus se trouvent ainsi écartées<sup>114</sup>. D'une part en effet, la Cour de cassation condamne, dans les arrêts de 1995 comme dans ceux ayant repris la même formule, l'abus dans la détermination du prix et non le prix abusif<sup>115</sup>. Le fournisseur reste ainsi en principe libre de fixer le prix comme il l'entend. Elle est, d'autre part, incompatible avec la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 30 juin 2004. La Cour de cassation y confirme en effet que l'abus est une faute et corrélativement que le quantum du

---

<sup>109</sup> Comp. MAZEAUD (D.), *eod. loc.* qui considère, précisément, que l'arrêt est critiquable dans la mesure où l'exigence de dépendance de la victime de l'abus conduit à exclure l'abus dans les contrats à durée indéterminée.

<sup>110</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *RDC* 2005.277.

<sup>111</sup> MESTRE (J.) et FAGES (B.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *RTD civ.* 2005.126 ; MAZEAUD (D.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 nov. 2004, *D.* 2005.1828.

<sup>112</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *RDC* 2005.277 ; MAZEAUD (D.), *eod. loc.*

<sup>113</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *eod. loc.*

<sup>114</sup> Parmi les auteurs ayant proposé une telle approche, Madame Frison-Roche semble être revenue sur cette analyse, en exposant que l'abus ne pouvait être apprécié par son seul résultat, sans considération de la faute (FRISON-ROCHE (M.-A.), *Va-t-on vers une conception unitaire de l'abus dans la fixation du prix*, art. préc., p. 15).

<sup>115</sup> AYNES (L.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *D.* 1996.13, spéc. p. 20 ; v. également FERRIER (D.), art. préc., n° 36, p. 63.

prix fixé unilatéralement ne suffit pas à la caractériser. La sanction de l'abus n'est donc pas une sanction de la lésion<sup>116</sup>.

Par ailleurs, l'abus ne résulte pas de la violation d'un ordre public de protection<sup>117</sup> : la question ne porte pas sur le caractère licite de la clause de fixation unilatérale. La Cour de cassation admet d'ailleurs précisément la licéité de ces clauses. En outre, ainsi que l'a observé Monsieur Jamin<sup>118</sup>, l'Assemblée plénière, en visant l'article 1134 du Code civil, semble avoir exclu une approche où l'abus ne serait sanctionné que dans la mesure où il entraverait le libre jeu de la concurrence.

L'ensemble des auteurs s'accorde par ailleurs pour estimer que l'abus ne peut se résumer à la seule intention de nuire<sup>119</sup>.

**723.** La question se pose alors, plus précisément, de la nature de la faute sanctionnée.

En précisant, dans son arrêt du 30 juin 2004, que l'abus constitue un comportement fautif, et en jugeant que ce comportement peut être sanctionné par la résiliation du contrat-cadre, qui est une sanction propre à l'inexécution d'une convention<sup>120</sup>, la Cour de cassation réprime l'abus en tant qu'il traduit une exécution défectueuse du contrat cadre<sup>121</sup>. Elle sanctionne ce qu'elle considère être la faute résultant de cette inexécution<sup>122</sup>.

Elle semble ainsi rejeter les définitions de l'abus aux termes desquelles il constituerait une limite interne à l'exercice de la prérogative de fixation unilatérale du prix<sup>123</sup>. Le dépassement d'une limite interne d'une prérogative ne constitue en effet pas une défaillance dans

---

<sup>116</sup> Rejetant explicitement une définition objective de l'abus : JAMIN (C.), Réseaux intégrés de distribution, de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques, art. préc., n° 10, p. 344 ; MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 25, p. 51 ; FAGES (B.), *op. cit.*, n° 186, p. 145.

<sup>117</sup> FERRIER (D.), art. préc., n° 35, p. 63 ; V. également implicitement les travaux de Monsieur Stoffel-Munck, qui ne classe pas l'abus dans la fixation du prix dans la catégorie qu'il dénomme abus de liberté contractuelle, et qui comprend l'abus résultant de la violation d'un ordre public de protection.

<sup>118</sup> JAMIN (C.), Réseaux intégrés de distribution, de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques, art. préc., n° 7, p. 344 ; v. également HUET (J.), art. préc., n° 7, p. 324.

<sup>119</sup> JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, art. préc., n° 9, p. 25 ; BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), note sous Ass.plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, (4 arrêts), *Petites affiches*, n° 155 du 27 déc. 1995, p. 11, spéc. n° 34, p. 20 ; COURET (A.), Le maniement par le juge de la théorie de l'abus dans la fixation du prix, *Rev. conc. cons.*, juil./août 1996, n° 92, p. 27, spéc. p. 30 ; v. de manière plus générale STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 12s., p. 23s.

<sup>120</sup> JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, art. préc., n° 4, p. 22.

<sup>121</sup> BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, (4 arrêts), *Petites affiches*, n° 155 du 27 déc. 1995, p. 11, spéc. n° 37, p. 20 ; LAUDE (A.), La détermination du prix dans les contrats de distribution : Le changement de cap, art. préc., p. 6 ; V. également implicitement JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, art. préc., n° 14, p. 31 ; FERRIER (D.), art. préc., n° 41, p. 65, qui estime que l'auteur engage, du fait de cette exécution anormale du contrat, sa responsabilité contractuelle.

<sup>122</sup> JEOL (M.), art. préc., p. 3 ; v. également BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, (4 arrêts), *Petites affiches*, n° 155 du 27 déc. 1995, p. 11, spéc. n° 36, p. 20 ; AYNES (L.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *D.* 1996.19, spéc. p. 20 ; LAUDE (A.), *eod. loc.*

<sup>123</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *RDC* 2005.277.



l'exécution de la prérogative, sanctionnée par la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'auteur de la mauvaise exécution. Un tel dépassement constitue un problème ayant trait au contenu des droits de l'auteur du prix<sup>124</sup>.

En sanctionnant l'abus en tant que faute contractuelle, la Cour de cassation semble en outre rejeter l'idée parfois émise<sup>125</sup> selon laquelle l'abus résultant du comportement d'un contractant constituerait nécessairement une faute délictuelle, et plus précisément une violation de l'obligation générale de se comporter de bonne foi. Sans préciser clairement en quoi consiste l'abus dans la fixation du prix, elle considère qu'il réside dans la violation d'une norme comportementale issue du contrat. La Cour de cassation distingue, à côté de l'abus résultant des circonstances qui entourent l'exécution, une faute consubstantielle à la fixation du prix. La faute réside dans le mode de fixation lui-même. Elle semble donc reconnaître, à côté de l'abus par déloyauté et de l'abus de prérogative identifiés par Monsieur Stoffel-Munck, un abus dans la fixation du prix ne rentrant pas dans l'une de ces catégories<sup>126</sup>.

**724.** La Cour de cassation considère ainsi que pèse sur la partie qui s'est vue confier la fixation du prix une véritable obligation contractuelle, dont la violation constitue un abus dans la fixation du prix, sanctionné par la résiliation ou l'indemnisation<sup>127</sup>. Le contenu exact de cette obligation, que la Cour de cassation n'a pas explicité, peut paraître incertain. La référence aux articles 1134 et 1135 du Code civil a ainsi parfois été interprétée comme signifiant que l'abus peut résulter de manquements non seulement à l'obligation d'exécuter le

---

<sup>124</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 789, p. 577 ; GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, n° 43, p. 33.

<sup>125</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 115s., p. 107s. ; v. également les observations de Monsieur Stoffel-Munck à la suite de l'arrêt du 30 juin 2004 (STOFFEL-MUNCK (P.), obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *RDC* 2005.277).

<sup>126</sup> Il importe d'insister sur le fait que ce constat ne vaut aucunement approbation, ou désapprobation, de la jurisprudence de la Cour de cassation, ou de la pertinence de la thèse de Monsieur Stoffel-Munck. L'objet de ces développements n'est pas, en effet, d'apprécier le bien fondé des arrêts de la Cour de cassation. Il est de présenter le droit positif, afin de démontrer que la sanction de l'abus, telle qu'elle existe dans le droit positif, peut être appliquée à l'abus dans la fixation du prix des droits sociaux

<sup>127</sup> Ainsi que le remarque Monsieur Simler (SIMLER (P.), art. préc., p. 81.), il n'est pas certain qu'il soit nécessaire, dès lors que l'on admet que l'abus puisse résulter de la violation d'une obligation contractuelle, de déterminer si l'abus dans la fixation du prix est un abus de droit –c'est-à-dire s'il constitue une limite à l'exercice d'un droit- ou un abus de pouvoir, ce qui implique l'existence d'une obligation préexistante. Ainsi en effet que l'illustre l'identité des critères définis d'une part par certains des auteurs analysant l'abus comme un abus de droit, d'autre part par ceux y discernant un abus de pouvoir, la substance de cette « limite » à l'exercice de la prérogative de fixation du prix ne diffère pas nécessairement en fonction de cette qualification. La question essentielle apparaît ainsi être celle de la source de cette limite interne, ou de cette obligation, qui, plus que la détermination de la nature de l'abus, permet de définir la notion.

contrat de bonne foi, mais également de manquements à l'équité, au contrat, à l'usage, qui peut renvoyer au prix de marché ou aux bonnes pratiques contractuelles, ou à la loi<sup>128</sup>.

Une telle définition de l'abus nous paraît cependant trop large. Il ne s'agit pas, à travers la référence à ces textes, de greffer de nouvelles obligations sur le contrat<sup>129</sup>. L'exécution non-conforme à la lettre du contrat, telle qu'elle résulte de l'intention des parties, mais aussi des suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation, ne constitue pas un abus, mais une « simple » inexécution contractuelle<sup>130</sup>. Aussi la qualification d'abus dans l'exécution du contrat suppose-t-elle que le contrat soit exécuté conformément à sa lettre<sup>131</sup>. Pour qu'il y ait abus, il faut que l'exercice du droit se pare d'une apparence de régularité<sup>132</sup>. Le comportement sanctionné réside dans une exécution du contrat conforme à sa lettre, mais dans un sens contraire à son esprit<sup>133</sup>.

**725.** Plusieurs manières d'appréhender cet esprit sont alors envisageables.

On considère parfois, en premier lieu, que le contrat doit être exécuté conformément à l'intention des parties<sup>134</sup>. Pour justifier cette opinion, on fait valoir que la lettre des contrats n'est que relative<sup>135</sup>. Leurs stipulations doivent d'abord être interprétées dans un sens qui est conforme à la finalité économique de l'opération contractuelle telle que voulue par les parties. Le contrat a été conclu en vue d'une certaine fin, inséparable de la manifestation de volonté des parties. Une clause ne saurait dès lors être appliquée selon des modalités qui ne sont pas cohérentes avec cette finalité. Certaines des clauses du contrat remplissent en outre une fonction au sein de celui-ci<sup>136</sup>. Les droits qu'elles octroient ne sont ainsi prévus par les parties

---

<sup>128</sup> JEOL (M.), art. préc., p. 3 ; v. également SIMLER (P.), art. préc., p. 81.

<sup>129</sup> JAMIN (C.), Typologie des théories juridiques de l'abus, *Rev. conc. cons.*, juil./août 1996, p. 7, spéc. p. 11.

<sup>130</sup> GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, n° 43, p. 33 ; V. également, à propos de l'équité, STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 82s., p. 81s.

<sup>131</sup> En ce sens, STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., qui distingue trois sortes d'abus –abus par déloyauté, abus de liberté contractuelle, et abus de prérogative. Si l'on exclut l'abus de liberté contractuelle, qui n'intervient pas au stade de l'exécution du contrat, les deux autres formes d'abus impliquent une exécution conforme à la lettre, soit que l'abus résulte des circonstances qui entourent cette exécution, soit qu'il résulte de la violation de l'esprit du contrat ou de la clause. La consécration par la Cour de cassation d'une forme d'abus qui ne semble rentrer exactement dans aucune de ces catégories ne nous semble pas remettre en cause la conclusion selon laquelle il faut, pour qu'il y ait abus à proprement parler, une exécution du contrat conforme à sa lettre.

<sup>132</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 680, p. 498.

<sup>133</sup> Il nous semble donc que le principe d'une définition téléologique de l'abus proposé par différents auteurs, parmi lesquels Monsieur Stoffel-Munck ou Monsieur Jamin, doit prévaloir.

<sup>134</sup> v. par exemple STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 665s., p. 487s.

<sup>135</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 665s., p. 487s.

<sup>136</sup> Elles se distinguent, selon Monsieur Stoffel-Munck, des clauses qui portent en elles-mêmes leur finalité, telle la clause qui prévoirait le droit du vendeur à percevoir un prix : cette clause n'a pas pour finalité de préciser les modalités d'exécution des différentes obligations issues du contrat. Le droit de percevoir un prix est un des droits autour desquels s'articule le contrat, l'une de ses finalités. Il se distingue, par exemple, d'une clause

que dans un but précis, et dans la mesure où ils tendent à atteindre ce but. Ils ne sauraient dès lors être mis en œuvre dans une optique autre que celle pour laquelle ils ont été stipulés<sup>137</sup>.

On considère en outre parfois, en matière contractuelle au moins, que les droits doivent être mis en œuvre dans un sens conforme au but que poursuivait le législateur lorsqu'il les a octroyés<sup>138</sup>. Ce contrôle est parfois justifié par l'idée que le législateur plaque de manière supplétive ou impérative sur la volonté des parties des prérogatives dont elles peuvent user, mais dont elles doivent respecter la finalité<sup>139</sup>. Sans recourir à l'intermédiaire de la volonté des parties, on pourrait également faire valoir que la rencontre des volontés n'est obligatoire que par délégation de la loi<sup>140</sup>. Les droits ne sont dès lors délégués que dans la mesure où ils sont mis en œuvre conformément à ce but. Le visa de l'article 1135 du Code civil, parfois jugé énigmatique et inutile<sup>141</sup>, pourrait alors se justifier : sans qu'il fasse naître d'obligation nouvelle, le contrat obligerait notamment les parties à user de leur droit conformément au but poursuivi par le législateur, obligation qui constituerait une suite que la loi donne à l'obligation.

On peut, en troisième lieu, considérer à la suite de Josserand que l'exercice des droits est limité par une finalité sociale distincte du but poursuivi par le législateur<sup>142</sup>.

Sans prétendre trancher cette question qui dépasse le cadre du présent travail, on peut se borner à remarquer qu'une synthèse est possible en matière de clause de fixation unilatérale du prix. Il est difficile de rechercher, dans ce domaine, l'intention du législateur : les incertitudes qui ont entouré la question de la portée de l'article 1129 du Code civil résultent en effet notamment, et précisément, de l'absence d'indication sur sa *ratio legis* dans les travaux préparatoires du Code civil. Par ailleurs, la finalité sociale que l'on peut attribuer à

---

précisant les modalités de paiement ou de calcul du prix, qui sont stipulées pour permettre la réalisation du but de l'opération, et spécialement le paiement de ce prix.

<sup>137</sup> Il importe de souligner que, ainsi que le démontre Monsieur Stoffel-Munck (STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 674, p. 493), les auteurs ayant cherché à définir l'abus se sont accordés, quelles qu'aient été les conceptions qu'ils ont développées par ailleurs, sur le fait que la nécessité de mettre en œuvre les clauses d'un contrat conformément à leur finalité constituait une limite à la possibilité d'exercer les droits issus d'un contrat.

<sup>138</sup> En ce sens STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 694, p. 507 qui, tout en contestant que tous les droits aient une finalité sociale, admet que certains droits ont été octroyés par le législateur dans un but précis, qu'il convient de respecter.

<sup>139</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *op. et loc. cit.*

<sup>140</sup> En ce sens : STOFFEL-MUNCK (P.), thèse préc., n° 639, p. 471.

<sup>141</sup> JAMIN (C.), Typologie des théories juridiques de l'abus, art. préc., p. 12.

<sup>142</sup> V. notamment pour une telle approche JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *op. cit.*, n° 294, p. 399, qui, commentant une définition soulignant que l'esprit des droits est celui du législateur, précise que cette définition sera parfaite si l'on substitue au législateur l'idéal collectif du moment.

une telle clause ne diffère guère du but poursuivi par les parties<sup>143</sup>. Ceci ressort d'ailleurs de la présentation que fait Monsieur Jamin de cette théorie, qui observe que « *c'est l'effort fait par chacune [des parties] en faveur de la réalisation de ce but [le but commun voulu par les parties] qui constitue aux yeux des initiateurs de la théorie de l'abus la marque de leur bonne foi* »<sup>144</sup>. En l'occurrence, l'abus serait caractérisé dès que le comportement de l'une des parties rompt l'équilibre contractuel<sup>145</sup>. La validité de la clause de fixation unilatérale tendrait à permettre la réalisation d'échanges dans des conditions équilibrées. Or cette même nécessité de préserver un certain équilibre contractuel est mise en avant par les auteurs qui recherchent le critère de l'abus dans la volonté des parties pour en déduire qu'est abusive la fixation du prix ne tenant pas compte des intérêts de la partie dont la volonté ne s'exprime pas<sup>146</sup>. L'abus dans la fixation unilatérale du prix semble finalement caractérisé lorsque la partie qui dispose d'une influence sur le montant du prix l'exerce sans tenir compte des « *attentes raisonnables du débiteur* »<sup>147</sup>.

**726.** Il est possible, sur la base de cette définition de justifier l'extension à la cession de droits sociaux des règles élaborées par la Cour de cassation en matière d'abus dans la fixation du prix des contrats-cadre.

*b) L'extension de la prohibition de l'abus à la cession de la qualité d'associé*

**727.** L'exercice du pouvoir dont dispose l'une des parties sur le prix des droits sociaux ne doit pas dégénérer en abus, celui-ci ouvrant droit à résolution ou indemnisation de la cession.

*a) L'extension de la prohibition de l'abus aux cessions de droits sociaux*

**728.** L'influence de la volonté de l'un des contractants ne s'exerce pas, dans les cessions de droits sociaux, comme dans d'autres contrats, et spécialement comme dans les contrats-cadre. Les contrats ne prévoient que rarement –et aucun arrêt n'est relatif à un tel contrat– que l'une des parties fixera en totalité ou en partie le prix des droits sociaux. Ils se bornent à mettre en place des mécanismes permettant la détermination d'une valeur d'échange des droits sociaux

---

<sup>143</sup> V. pour une opinion proche AUBERT DE VINCELLES (C.), art. préc., n° 17, p. 2633, qui souligne que les définitions retenues par Monsieur Stoffel-Munck et par les auteurs qui décèlent l'abus dans le non respect de la finalité sociale du droit peuvent se rapprocher.

<sup>144</sup> JAMIN (C.), Réseaux intégrés de distribution, de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques, art. préc., n° 10, p. 344 ; JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, art. préc., n° 9, p. 25.

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> *Supra* n° 716.

<sup>147</sup> AUBERT DE VINCELLES (C.), art. préc., n° 18, p. 2634.

correspondant à l'état réel de la société. L'influence des parties n'est donc jamais directe. Elle joue médiatement à travers le pouvoir dont dispose l'une d'elles de faire varier les données comptables et financières prises en compte pour le calcul du prix. Cette influence n'est pas voulue. Celle des parties qui accepte que le prix dépende de la volonté ou de l'activité de son cocontractant n'entend en effet nullement se soumettre à la volonté arbitraire de celui-ci. L'influence est, tout au plus, tolérée. Celui des contractants dont la volonté ne s'exprime plus après la conclusion de la cession n'admet le pouvoir de son partenaire que parce qu'il est impossible, sinon, de prendre en compte, pour déterminer la valeur d'échange de la société, des données financières ou comptables relatives à la période postérieure à la cession.

La détermination du prix telle qu'effectuée par le contractant qui s'est vu conféré le pouvoir d'y procéder doit dès lors faire l'objet d'un double contrôle.

**729.** Rien ne justifie, liminairement, un contrôle de l'équivalence des prestations réciproques. En l'état du droit positif, la lésion ne vicie les conventions qu'exceptionnellement<sup>148</sup>. Or il n'apparaît pas opportun d'admettre une exception supplémentaire. Le mécanisme adopté par les parties, dont résulte l'influence de l'une d'elle, peut parfaitement conduire à un prix différent de la valeur de marché des parts sociales ou des actions, alors même que le titulaire du pouvoir n'a exercé aucune influence spécifique sur la donnée prise en compte. Telle clause faisant, par exemple, dépendre le prix des droits des bénéficiaires réalisés peut aboutir à un prix inférieur à la valeur de marché, parce que les parties ont accordé une importance spécifique aux bénéficiaires réalisés, quand ils ne seraient pas, ou peu, pris en compte pour le calcul de la valeur de marché. La rescision pour lésion conduirait alors à l'anéantissement de la cession en raison du jeu d'une clause qui a pourtant fonctionné conformément aux prévisions des parties, en permettant l'adaptation du prix des droits en fonction des éléments que les contractants jugeaient importants. L'admission de la rescision pour lésion risquerait ainsi de devenir un moyen, pour un contractant déçu, d'obtenir l'anéantissement d'un contrat auquel il avait pourtant pleinement consenti. Certes, elle permettrait parfois l'anéantissement ou le rééquilibrage d'un contrat qui s'est trouvé déséquilibré en raison de modalités d'adaptation du prix très défavorable à l'un des contractants. Mais à supposer même que soit admis le bien-fondé d'un tel rééquilibrage, cet avantage de la rescision pour lésion semble insuffisant à contrebalancer l'inconvénient

---

<sup>148</sup> En ce sens, V. par exemple JOUARY (P.), thèse préc., n° 530, p. 477.

résultant du risque d'augmentation du contentieux, et ce d'autant plus que l'appréhension du comportement du titulaire du pouvoir pourrait dans certains cas justifier ce rééquilibrage.

**730.** Le premier contrôle porte alors sur la conformité de la détermination du prix aux spécifications contractuelles. En application du droit commun des contrats, le titulaire du pouvoir de fixer le prix doit procéder à cette détermination dans le respect des termes du contrat. Dans une hypothèse où le prix dépendrait des bénéfices enregistrés par la société sur une certaine période, et où le contrat interdirait explicitement au détenteur du contrôle sur cette période de procéder à certaines opérations qui pourraient modifier artificiellement le bénéfice pris en compte –par exemple l'inscription de provisions pour certains risques-, le titulaire du pouvoir sur le prix ne saurait, sans violer le contrat, effectuer les opérations proscrites. Il ne saurait de même, sans violer le contrat, procéder à des opérations dont l'interdiction trouve sa source non dans les termes du contrat même, mais dans les obligations qui y sont attachées, par exemple en application de l'article 1135 du Code civil. Il se rendrait ainsi responsable d'une inexécution contractuelle en inscrivant en compte des écritures prohibées par l'usage ou la loi –telle provision ou tel amortissement- dans le but d'influer sur la variable prise en compte pour la détermination du prix.

Le juge doit ainsi, en premier lieu, contrôler que le contrat est bien exécuté conformément à sa lettre.

**731.** De même que dans la fixation du prix des contrats d'application d'un contrat cadre, le juge doit encore contrôler que la fixation du prix des droits sociaux n'est pas abusive, c'est-à-dire qu'elle est bien effectuée conformément à l'esprit de la clause. Les raisons qui commandent de contrôler qu'une prérogative, en particulier celle de fixer unilatéralement le prix, est mise en œuvre conformément à l'intention des parties justifient l'application de ce contrôle en matière de cession de droits sociaux. Le pouvoir que les parties réservent à l'une d'elle sur le prix l'est dans un but précis : permettre le calcul du prix en fonction de l'évolution naturelle –c'est-à-dire hors de toute influence spécifique des contractants- de l'élément de référence. De même, l'admission de la validité des clauses réservant un tel pouvoir à l'une des parties tend à permettre l'adaptation du prix et de la valeur d'échange que les parties attribuent aux droits en fonction de l'état réel de la société. Or il résulte de ce qui précède que cette prérogative ne saurait être exercée dans un sens non-conforme à ces finalités. L'application de l'approche téléologique contractuelle conduit dès lors à considérer comme abusive, et susceptible de sanctions, toute fixation du prix dans le cadre de laquelle la

partie titulaire d'un pouvoir sur ce prix a usé de son pouvoir pour faire varier le prix artificiellement, c'est-à-dire dans un sens et une proportion différents de ceux qui auraient résulté de l'évolution de la situation réelle de la société. Devrait ainsi par exemple être déclaré abusif le comportement d'un cédant, demeuré dirigeant de la société cible, qui procéderait à des cessions d'éléments d'actif immobilisé –des machines par exemple- pour augmenter le bénéfice de l'année en cours, sur la base duquel serait déterminé le prix. Quoique non prohibée par le contrat, une telle pratique relèverait d'une mise en œuvre non-conforme de la clause de prix dès lors que les cessions ne seraient pas opérées pour adapter l'actif aux besoins de la société. L'augmentation du bénéfice ne reflèterait alors pas l'état réel de l'activité de la société. En revanche, ne devrait pas être abusif le comportement tendant à faire augmenter le chiffre d'affaires de la société cible, pour que le prix, dépendant de ce chiffre d'affaires, ou du bénéfice, augmente. Dans ce cas en effet, l'augmentation du prix reflèterait, conformément à l'intention des parties, l'amélioration de la situation économique de la société.

*β) La sanction de l'abus dans la fixation du prix des droits sociaux*

**732.** Les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 précisent que l'abus donne lieu à « *résiliation ou à indemnisation* ». A l'instar de la résolution, à laquelle elle renvoie, la résiliation ne peut être prononcée d'une part que si l'inexécution a eu assez d'importance, et, d'autre part, si elle a été demandée<sup>149</sup>. Mais contrairement à celle-ci, elle n'entraîne pas l'anéantissement rétroactif du contrat qu'elle atteint. Elle est ainsi une sanction propre aux contrats à exécution successive<sup>150</sup> ; elle emporte anéantissement du contrat, mais uniquement pour l'avenir<sup>151</sup>. La Cour de cassation ne précise pas quel contrat est résilié<sup>152</sup>. Le recours à la résiliation plutôt que la résolution induit toutefois la réponse à cette question. Le seul contrat à exécution successive dont on peut soutenir qu'il est exécuté par les parties dans les espèces dont a eu à connaître la Cour de cassation est le contrat-cadre<sup>153</sup>. L'abus est donc sanctionné par l'anéantissement, pour l'avenir, du contrat-cadre<sup>154</sup>. En revanche, les contrats d'application

<sup>149</sup> REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., n° 18, p. 44, spéc. note n° 5 ; JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, art. préc., n° 14, p. 31.

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 655, p. 644 ; JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, art. préc., n° 16, p. 34.

<sup>152</sup> JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, art. préc., n° 4, p. 22.

<sup>153</sup> JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, art. préc., n° 4, p. 23.

<sup>154</sup> JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, art. préc., n° 5, p. 23.

antérieurement conclus et exécutés subsistent<sup>155</sup>. Sont ainsi évités les effets néfastes dus au caractère rétroactif, d'une part, de la résolution<sup>156</sup>, d'autre part, de la nullité qui affectait antérieurement les contrats dont le prix était jugé indéterminé<sup>157</sup>. De la sorte, la Cour de cassation interdit aux parties à un contrat-cadre de se servir de l'indétermination du prix comme prétexte pour obtenir, à travers la nullité, l'anéantissement d'obligations contractuelles n'ayant qu'un rapport lointain avec la détermination du prix<sup>158</sup>.

**733.** L'abus dans la fixation unilatérale du prix des droits sociaux ne saurait, sauf exception, être sanctionné par la résiliation du contrat.

Il en est en premier lieu ainsi dans les contrats dans lesquels les obligations des parties doivent être exécutées en une seule fois, ce y compris lorsque l'exécution de l'une ou plusieurs des obligations est retardée. Ces contrats, qui donnent naissance à des obligations susceptibles de s'exécuter en un trait de temps, sont des contrats à exécution instantanée, insusceptibles de résiliation<sup>159</sup>.

Il en est ainsi, en second lieu, dans les cessions de droits sociaux dans lesquelles l'exécution de certaines des obligations est échelonnée dans le temps. La Cour de cassation a en effet posé le principe suivant lequel « *dans les contrats à exécution échelonnée, la résolution pour inexécution partielle atteint l'ensemble du contrat ou certaines de ses tranches seulement, suivant que les parties ont voulu faire une convention indivisible ou fractionnée en une série de contrats* »<sup>160</sup>. Dans ces contrats<sup>161</sup>, l'inexécution par une partie de l'une de ses obligations

---

<sup>155</sup> *Ibid.* ; v. également REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., n° 18, p. 44.

<sup>156</sup> *Ibid.*.

<sup>157</sup> RACINE (J.-B.), art. préc., p. 93.

<sup>158</sup> LAUDE (A.), La détermination du prix dans les contrats de distribution, art. préc., p. 3 ; BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, (4 arrêts), *Petites affiches*, n° 155 du 27 déc. 1995, p. 11, spéc. n° 35, p. 20 ; RACINE (J.-B.), *eod. loc.*

<sup>159</sup> V. pour une telle définition du contrat à exécution instantanée : FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 91, p. 66 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 70, p. 81 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 132, p. 45 ; MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n° 61, p. 43. En ce sens qu'un contrat conserve sa nature de contrat à exécution instantanée alors même que l'exécution de tout ou partie des obligations est affectée d'un terme : STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. et loc. cit.* ; CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 1054, p. 2162. Dès lors en effet que l'exécution des obligations n'est pas échelonnée, il n'est pas possible d'envisager de le résilier, c'est-à-dire de l'anéantir uniquement pour l'avenir dans la mesure où le créancier de l'obligation violée n'a, par hypothèse, jamais bénéficié d'une exécution normale (en ce sens GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 570, p. 616).

<sup>160</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 nov. 1983, *Bull. civ. I*, n° 252, p. 227, *Deffrénois* 1984.1014, obs. AUBERT (J.-L.), *RTD civ.* 1985.166, obs. MESTRE (J.) ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 janv. 1987, *Bull. civ. I*, n° 11, p. 8, *JCP* 1987.II.20860, note GOUBEAUX (G.).

<sup>161</sup> En visant les contrats « à exécution échelonnée », la Cour de cassation a semblé adopté la distinction proposée par certains auteurs entre contrats à exécution successive et contrats à exécution échelonnée (en ce sens : SEUBE (J.-B.), thèse préc., n° 115, p. 151 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 562, p. 612). Pour les auteurs adoptant cette distinction, les premiers se caractérisent par le fait qu'ils créent un rapport permanent d'obligation, alors que les seconds donnent naissance à des prestations qui se répètent dans le temps



ne peut ainsi être sanctionnée par la résiliation que si les obligations imposées aux parties sont divisibles. Au contraire, la résolution emporte anéantissement rétroactif de l'ensemble du contrat lorsque les parties ont voulu faire une convention indivisible<sup>162</sup>. Or les obligations mises à la charge des parties dans une cession de droits sociaux sont le plus souvent indivisibles. L'étalement de la livraison des droits a principalement deux objets. Il vise parfois à inciter le cédant, désireux que les droits qu'il a conservés ne perdent pas de valeur et lui procurent des dividendes, à se préoccuper de l'activité de la société pendant une période de transition. Dans les situations dans lesquelles le cessionnaire ne veut ou ne peut payer l'intégralité du prix lors de la cession, il vise encore à procurer au cessionnaire une garantie de la bonne exécution de ce paiement<sup>163</sup>. Dans les deux situations toutefois, les différentes obligations sont considérées par les parties comme indivisibles. Celles-ci ont voulu lier toutes les tranches de leur convention ; elles ont considéré que le sort de l'ensemble devait dépendre de l'exécution de chacun des éléments<sup>164</sup>. La cession porte sur l'ensemble des droits cédés. La deuxième tranche n'est nullement envisagée comme conditionnelle ou distincte de la première tranche. La réalisation de la cession de la première tranche ne présente d'intérêt que si la deuxième tranche est également cédée. Ni le cédant ni le cessionnaire n'ont intérêt, et ne veulent, que le cédant conserve une partie des droits sociaux au-delà du temps nécessaire au paiement du prix ou à la transmission des pouvoirs dans l'entreprise.

**734.** L'abus dans la fixation du prix des droits sociaux ne peut ainsi être sanctionné que par la résolution du contrat ou par des dommages et intérêts. Conformément au droit commun de la résolution, il y aura lieu, lorsque les conditions seront réunies pour qu'elle soit prononcée, de procéder aux restitutions corrélatives à l'anéantissement rétroactif du contrat<sup>165</sup>.

---

(V. notamment CROS (M. L.), *Les contrats à exécution échelonnée*, D. 1989, chr., p. 49 et les auteurs cités ; V. également, présentant les contrats à exécution échelonnée comme une sous catégorie des contrats à exécution successive : CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 1054, p. 2163 ; STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op. cit.*, n° 136, p. 46). On remarquera toutefois que la question de la portée exacte de la solution retenue par la Cour de cassation n'a pas d'influence sur les présents développements. Les cessions de droits sociaux ne peuvent constituer, lorsque l'exécution d'une partie des obligations est reportée, que des contrats à exécution échelonnée. Aussi la solution adoptée leur est-elle applicable quelle que soit la portée que l'on donne à cet arrêt.

<sup>162</sup> SEUBE (J.-B.), thèse préc., n° 115, p. 151 et n° 357s., p. 387s., qui critique l'emploi de ce critère ; *adde*, sur les critiques qu'encourt cette solution : CROS (M. L.), art. préc., p. 54 .

<sup>163</sup> *Supra* n° 46.

<sup>164</sup> Pour une telle définition de l'indivisibilité : SEUBE (J.-B.), thèse préc., n° 115, p. 151.

<sup>165</sup> Dans les cas où elle sera prononcée, la résolution ne sera pas moins difficile à mettre en œuvre que la nullité résultant de l'indétermination du prix. De ce point de vue, l'appréhension de la cession de droits sociaux comme un type de contrat spécifique ne modifie que peu la situation actuelle. Mais les avantages de cette nouvelle approche sont ailleurs. Elle tend, essentiellement, en remplaçant le contrôle au stade de la formation du contrat par le contrôle à la marge que constitue celui de l'abus, à limiter le nombre de cas dans lequel le contrat pourra être anéanti rétroactivement.

Toujours en application du droit commun des contrats, l'abus pourra par ailleurs donner lieu à indemnisation, et ce alors même que le contrat aurait été résolu. Seul devrait alors être réparé le préjudice qui découle effectivement de l'abus<sup>166</sup>. Or celui-ci résulte de l'usage, par la partie qui dispose d'une influence sur le prix, de ce pouvoir pour faire varier artificiellement les éléments de référence. Le préjudice réparable consistera dans le surcoût engendré par cette variation artificielle. Sa détermination supposera donc que le juge détermine quel aurait été le prix si cette variation n'était pas intervenue.

**735.** L'appréhension des cessions de la qualité d'associé en tant que contrat innomé permet ainsi d'admettre que le prix des parts sociales ou actions dépende partiellement ou totalement de la volonté de l'une des parties, seul étant sanctionné l'abus dans la fixation du prix. Elle permet encore aux parties de conclure des contrats comportant un accord incomplet sur le prix.

### **B – La validité du contrat comportant un accord incomplet sur le prix**

**736.** La qualification de contrat innomé permet d'admettre la validité des contrats ne comportant pas tous les éléments permettant de déterminer le prix (1). Une telle validation n'est toutefois possible, sauf à être privée de toute portée pratique, qu'avec l'instauration d'un mécanisme qui permet la fixation du prix si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur son montant lors de l'exécution du contrat<sup>167</sup>. Il apparaît dès lors souhaitable d'admettre la fixation judiciaire du prix (2).

#### 1- L'admission effective de la validité des contrats comportant un accord incomplet sur le prix

**737.** Les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 n'admettent pas explicitement la validité générale des contrats sans prix, ni même celle des contrats-cadre ne prévoyant aucun mode de fixation du prix des contrats d'application. Une telle admission résulte cependant nécessairement des termes de ces arrêts. Les trois arrêts de cassation retiennent en effet que l'indétermination du prix des contrats d'application n'affecte pas, sauf dispositions particulières, la validité de la convention initiale. En visant, de manière générale, l'indétermination du prix –et non le seul fait de confier la fixation du prix à l'une des parties–, ces arrêts semblent admettre la validité

---

<sup>166</sup> AYNES (L.), note sous note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *D.* 1996.19 ; V. également GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, n° 45, p. 34 *in fine*, qui expose que la mise en œuvre de cette sanction ne pose pas de question particulière, sauf la difficulté habituelle de déterminer le montant du préjudice ayant précisément sa cause dans l'abus dans la fixation unilatérale du prix.

<sup>167</sup> REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., p. 36.

d'un contrat-cadre ne comportant aucune stipulation relative au prix. La solution apparaît d'autant plus certaine que la Cour de cassation avait, dans ses arrêts du 29 novembre 1994<sup>168</sup>, admis qu'était suffisamment déterminable au sens de l'article 1129 du Code civil le prix fixé par référence au tarif du fournisseur. Il lui eût suffi dans les arrêts de 1995, si elle avait voulu se borner à admettre la validité du contrat dont le prix était fixé par l'une des parties, de reproduire la même solution. Aussi les arrêts de 1995, en décidant que l'article 1129 du Code civil n'est plus applicable à la détermination du prix, peuvent-ils être considérés comme emportant abandon de la solution antérieure, et reconnaissance de la validité du contrat stipulant une obligation de payer un prix sans prédéterminer le montant de ce prix<sup>169</sup>.

**738.** La généralité de la formule, et la réserve évoquant l'existence de « dispositions particulières », permettent en outre de considérer que la solution dégagée à propos des contrats-cadre s'applique à tous les contrats<sup>170</sup>. Le contrat d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société ne stipulant aucun prix ou comportant un accord incomplet sur le prix devrait donc, dès lors, échapper à la nullité pour indétermination du prix<sup>171</sup>.

**739.** Encore une telle solution est-elle subordonnée à la condition de l'existence d'un accord suffisant sur le contrat. Il ne peut être question, sous couvert d'admission de la validité d'un contrat dont le prix n'est pas fixé, d'admettre l'existence d'une cession lorsque les parties ne se sont pas réellement accordées sur le principe même de l'opération. Aussi le juge, saisi de la question de la conclusion d'une cession de droits sociaux sans accord complet sur le prix, devra-t-il déterminer si les parties se sont entendues sur le principe de la cession. Il pourra pour cela se fonder sur les termes des différents documents échangés. Ainsi qu'il le fait lorsqu'il lui est demandé de déterminer si un contrat a été conclu, il pourra également prendre en compte l'existence d'un début d'exécution.

<sup>168</sup> Com., 29 nov. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 348, p. 251 et pourvoi n° 92-16.267, précités supra n° 701.

<sup>169</sup> FERRIER (D.), art. préc., n° 11, p. 53 ; REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., p. 37 ; AYNES (L.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *D.* 1996.18, spéc. p. 19 ; JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, *RTD com.* 1997.19, spéc. p. 21 ; TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 290, p. 296 ; V. également les conclusions de M. le Premier Avocat Jéol, qui soulignait que le premier message que devait comporter les arrêts était que « *sauf dispositions légales particulières, l'absence de fixation du prix lors de la conclusion du contrat n'affecte pas la validité de celui-ci* » (JEOL (M.), concl. sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, spéc. p. 25). Il ressort bien de la référence à « *l'absence de fixation du prix* » que les arrêts ne se bornent pas à autoriser que les parties confient à l'une d'elles la fixation du prix.

<sup>170</sup> FERRIER (D.), art. préc., n° 12, p. 53.

<sup>171</sup> V. sur ces clauses supra n° 336s.

**740.** Il serait en outre souhaitable de lui donner, une fois l'existence d'un tel accord constatée, la possibilité de déterminer le prix.

## 2 – L'admission souhaitable de la fixation judiciaire du prix

**741.** La fixation judiciaire du prix n'est pas le seul moyen envisageable de compléter un contrat ne comportant pas d'accord suffisamment complet sur le prix. Il est en effet possible de considérer que, dans ce cas, le prix doit être fixé par l'une des parties<sup>172</sup>.

Tout en admettant la validité du contrat sans prix, les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 ne précisent pas si, en l'absence d'accord des parties, ce prix devra être fixé par le juge ou par le créancier du prix<sup>173</sup>. En se bornant à préciser que l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix, et que sont valables les contrats dans lesquels la fixation du prix est confiée à l'une des parties, ils n'excluent pas explicitement la fixation judiciaire du prix<sup>174</sup>.

**742.** Certains auteurs ont cependant considéré que la Cour de cassation n'avait pas voulu revenir, dans ses arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, sur la prohibition traditionnelle de la fixation judiciaire du prix<sup>175</sup>. L'abandon de l'exigence de prédétermination du prix signifierait dès lors que le prix doit être fixé unilatéralement par l'une des parties lorsque le contrat ne comporte aucune stipulation relative à cette question<sup>176</sup>. Cette interprétation se déduirait des termes de ces arrêts qui, en prévoyant un contrôle judiciaire fondé sur l'abus, impliqueraient le droit pour l'une des parties de fixer unilatéralement le prix<sup>177</sup>.

Le pouvoir ainsi conféré à l'une des parties pourrait encore être fondé sur l'idée qu'il est d'usage, dans les contrats prévoyant la conclusion de contrats ultérieurs, que le prix soit déterminé par le fournisseur. Ainsi, le visa de l'article 1135 du Code civil qui figure dans les

---

<sup>172</sup> MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 14, p. 46 ; REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., n° 7, p. 37.

<sup>173</sup> V. implicitement MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 14, p. 46, qui souligne que l'hésitation subsiste sur le mode de détermination en cas de silence du contrat.

<sup>174</sup> V. en ce sens FERRIER (D.), art. préc., n° 19, p. 55, spéc. note n° 40, qui souligne que cette solution n'a pas été évoquée par l'Assemblée plénière. V. également LAUDE (A.), L'exigence de détermination du prix, in Les exigences en matière de prix, *JCP éd E* 1997 suppl. n° 5, p. 29 ; BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, (4 arrêts), *Petites affiches*, n° 155 du 27 déc. 1995, p. 11, spéc. n° 40, p. 21, qui considèrent que ces arrêts permettent la fixation judiciaire du prix en cas de silence des parties. Le silence conservé par la Cour de cassation sur cette possibilité, ajoutée à son hostilité traditionnelle à la fixation judiciaire du prix, peut rendre cette conclusion incertaine. Cette opinion confirme toutefois, *a minima*, que la Cour de cassation n'a pas explicitement rejeté la fixation judiciaire du prix.

<sup>175</sup> *Supra* n° 709.

<sup>176</sup> GHESTIN (J.), *eod. loc.* ; MOLFESSIS (N.), *eod. loc.*

<sup>177</sup> REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., p. 36 ; V. aussi GHESTIN (J.), note sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565, p. 29, qui limite ce pouvoir de fixation aux cas dans lesquels les usages accordent à une partie un pouvoir de fixation unilatérale.

arrêts de censure du 1<sup>er</sup> décembre 1995 se trouverait expliqué<sup>178</sup>. L'élection du créancier comme titulaire du pouvoir de fixation du prix pourrait encore être justifiée par la meilleure connaissance qu'il a de l'objet de son obligation<sup>179</sup>. Cette solution serait confortée par l'exemple du droit allemand, qui admet que les contrats soient silencieux quant à leur prix<sup>180</sup>, mais prévoit que le prix sera fixé, en cas de silence du contrat, par son créancier, et non par le juge<sup>181</sup>. Il ne serait enfin pas de raison d'admettre que le créancier du prix puisse se réserver contractuellement la faculté d'imposer le prix, et de ne pas lui attribuer pareille aptitude dans le silence de la convention initiale<sup>182</sup>.

Il en résulterait, en matière de cession de la qualité d'associé, que le prix doit, lorsque le contrat est incomplet, être fixé par le cédant des droits.

**743.** En matière de cession de droits sociaux, la fixation judiciaire du prix paraîtrait toutefois à plusieurs égards, si elle pouvait être admise, préférable à la fixation du prix par le créancier (a). Or différents éléments rendent désormais possible l'admission de la fixation judiciaire du prix (b), ce qui justifie de la préférer comme mode subsidiaire de détermination du prix.

*a) L'opportunité de l'intervention du juge*

**744.** Plusieurs arguments militent, en matière de cession de droits sociaux, pour que le prix du contrat incomplet soit déterminé par le juge plutôt que par l'une des parties.

**745.** De manière générale, il apparaît difficile de justifier, hors des cas où il existe un usage consacrant un tel mode de fixation, que l'une des parties dispose d'un tel pouvoir. A défaut d'accord sur le prix ou sur un mode de fixation du prix, aucune partie ne peut imposer sa volonté à l'autre<sup>183</sup>.

---

<sup>178</sup> GHESTIN (J.), *eod. loc.* ; MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 14, p. 46.

<sup>179</sup> REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., n° 14, p. 41.

<sup>180</sup> PEDAMON (M.), Les apports du droit comparé : les solutions allemandes en matière de détermination du prix, *RTD com.* 1997.67, p. 68 ; KUTSCHER-PUIS (K.), Détermination du prix de vente – L'expérience allemande, *R.I.D.C.* 1997.175, p. 177. L'article 154 du BGB prévoit en effet que lorsque les parties ne se sont pas accordées sur tous les points d'un contrat sur lequel elles doivent s'entendre, le contrat n'est, dans le doute, pas conclu. Il en est déduit, *a contrario*, que le contrat est valable lorsqu'il n'existe pas de doute sur l'intention des parties de s'engager, par exemple parce qu'elles ont commencé à l'exécuter (PEDAMON (M.), *eod. loc.*).

<sup>181</sup> L'article 316 du BGB dispose : « Lorsque l'étendue de la contreprestation promise en échange d'une prestation n'est pas déterminée, la détermination appartient dans le doute à celle des parties qui a le droit de réclamer cette contre prestation ».

<sup>182</sup> MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 14, p. 46.

<sup>183</sup> FERRIER (D.), art. préc., n° 19, p. 55.

Une telle solution serait en outre, toujours en l'absence d'usage, fort délicate à mettre en œuvre, dans la mesure où elle impliquerait de déterminer qui, du débiteur ou du créancier du prix, disposera du pouvoir de le déterminer. La meilleure connaissance de l'objet dont est censé faire preuve le créancier, parfois invoquée pour que le pouvoir de détermination lui soit confié, n'existe pas toujours et, lorsqu'elle existe, n'est pas nécessairement d'une importance telle qu'elle remette en cause la capacité du débiteur du prix à le fixer. Rien ne justifie alors de confier le pouvoir de déterminer le prix à son créancier qui, même s'il est de bonne foi et n'abuse pas de son pouvoir, aura le plus souvent tendance à privilégier ses propres intérêts. Si l'accord des parties sur la fixation unilatérale du prix peut justifier que le titulaire de ce pouvoir fixe un prix plus conforme à ses intérêts qu'à ceux de son partenaire<sup>184</sup>, un tel déséquilibre ne peut être justifié en cas de silence des parties. Le juge n'a au contraire aucune raison de favoriser l'un ou l'autre des contractants qui peuvent, dans le cadre du débat contradictoire –non imposé au créancier qui fixe unilatéralement le prix- faire valoir leurs arguments et leurs évaluations<sup>185</sup>. Le risque d'arbitraire apparaît ainsi moindre si, en cas de silence du contrat, la détermination du prix est confiée au juge que si elle est confiée au créancier.

**746.** Les raisons invoquées pour confier la fixation du prix à l'une des parties, alors même qu'elles seraient considérées comme suffisamment convaincantes pour justifier, de manière générale, un tel mode de fixation, rendent préférable, en matière de cession de droits sociaux, l'intervention du juge.

Ainsi que l'atteste la diversité des mécanismes de détermination du prix<sup>186</sup>, aucun usage confiant à l'une ou l'autre des parties la fixation du prix ne semble pouvoir être caractérisé en matière de cession de droits sociaux. Bien au contraire, les clauses d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des titres font fréquemment dépendre le montant de la contrepartie pécuniaire de la volonté du cessionnaire.

On ne peut par ailleurs invoquer la meilleure connaissance qu'aurait le cédant de la société cible. Si cette connaissance est indiscutable au moment de la cession, elle ne l'est plus quelques semaines, mois, ou années plus tard, lorsqu'il s'agit de fixer le montant définitif du

---

<sup>184</sup> En ce sens REVET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, art. préc., n° 16, p. 42.

<sup>185</sup> Certes, la fixation unilatérale peut parfois permettre d'éviter le recours au juge. Une telle économie paraît cependant pratiquement rare. La question posée est ici le mode de fixation du prix en cas de désaccord des parties. Or un tel désaccord conduit le plus souvent à la saisine du juge, qu'il s'agisse de fixer le prix, ou de sanctionner l'abus dans la fixation.

<sup>186</sup> Cf. supra n° 164.

prix. Dans l'intervalle en effet, le cessionnaire a commencé à exercer les pouvoirs que lui conféraient les titres, et a pu apprécier plus exactement le patrimoine de la société et sa capacité à exercer son activité.

**747.** Rien ne semble finalement justifier de confier au cédant des droits sociaux le pouvoir de fixer le prix, en cas de silence du contrat, que le rejet traditionnel de la fixation judiciaire du prix. Bien au contraire, un tel mode de fixation présente un défaut important, qui est celui de soumettre l'une des parties à la volonté de l'autre sans qu'il y ait eu d'accord sur ce point. Or l'argument tiré du refus traditionnel par le droit français de la fixation judiciaire du prix n'est pas rédhibitoire.

*b) La possibilité de l'intervention du juge*

**748.** L'intervention du juge est possible à la fois théoriquement ( $\alpha$ ) et pratiquement ( $\beta$ ).

*$\alpha$ ) La possibilité théorique de la fixation judiciaire du prix*

**749.** L'interdiction faite au juge de compléter un contrat incomplet, et en particulier de fixer le prix lorsque les parties n'en sont pas convenues, est fondée sur l'idée que l'accord des volontés nécessaire à la formation du contrat ne peut intervenir lorsque le prix n'est pas déterminé par les parties mais par le juge<sup>187</sup>.

Cette interdiction est constamment réaffirmée par la Cour de cassation en matière de vente<sup>188</sup>. Elle s'applique également par exemple en matière de contrat d'assurance, en raison des termes de l'article L. 112-4 du Code des assurances qui dispose que la police doit indiquer la prime ou la cotisation de l'assurance, en matière de contrat d'espace d'achat publicitaire ou de promotion immobilière<sup>189</sup>.

La force de ce principe, et l'impossibilité corrélative d'admettre la détermination judiciaire du prix dans certains cas, est toutefois atténuée par trois séries d'observations.

**750.** En premier lieu, ce principe reçoit certaines exceptions en droit français.

---

<sup>187</sup> Supra n° 330.

<sup>188</sup> Supra n° 331s.

<sup>189</sup> MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 8, p. 42.

Il est ainsi constant que la détermination du prix n'est pas une condition de validité du contrat d'entreprise<sup>190</sup>. La Cour de cassation juge explicitement « *qu'un accord préalable sur le montant exact de la rémunération due, à l'occasion d'un contrat de louage d'ouvrage, n'est pas un élément essentiel à la validité d'un contrat de cette nature* »<sup>191</sup>. Il en résulte, lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur la rémunération due à l'entrepreneur après exécution par celui-ci de ses obligations, « *qu'il appartient aux juges de fixer le prix en tenant compte des éléments de la cause et notamment de la qualité du travail fourni* »<sup>192</sup>, fixation qui sera opérée souverainement<sup>193</sup>. La solution a été appliquée, par exemple, aux honoraires d'un architecte<sup>194</sup>, à la rémunération de travaux de secrétariat<sup>195</sup>, à la rémunération d'un généalogiste<sup>196</sup>, ou encore au contrat ayant pour objet la commande d'une œuvre à un artiste<sup>197</sup>.

Elle n'est en outre pas nécessaire à la validité du contrat de mandat salarié<sup>198</sup>. Là encore, la Cour de cassation admet que le juge détermine le prix en cas de silence du contrat<sup>199</sup>. L'article L. 134-5 du Code de commerce, relative à la rémunération des agents commerciaux, précise par ailleurs que si les parties n'ont pas fixé la rémunération de l'agent commercial, celui-ci a le droit à une commission conforme aux usages ou, à défaut, à une rémunération raisonnable. Il appartient à cet égard au juge de déterminer ce qui constitue une rémunération raisonnable<sup>200</sup>.

Il apparaît ainsi d'emblée que la règle selon laquelle l'accord des parties à un contrat ne peut être considéré comme suffisamment complet si celles-ci ne se sont pas entendues sur le montant de la contrepartie pécuniaire n'est pas absolue. Dans certains cas, le droit français admet la validité du contrat dont les clauses ne permettent pas de déterminer le prix.

<sup>190</sup> MOLFESSIS (N.), *eod. loc.* ; THIOYE (M.), thèse préc., n° 511, p. 200 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 766, p. 438 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 734, p. 645 ; MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 424, p. 415.

<sup>191</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1973, *Bull. civ. I*, n° 202 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juin 1990, *Bull. civ. I*, n° 170

<sup>192</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 212 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 nov. 1997, *Bull. civ. I*, n° 313.

<sup>193</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 387, p. 292 THIOYE (M.), thèse préc., n° 512, p. 201 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 570, p. 379 ; V. par exemple Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 déc. 1970, *Bull. civ. III*, n° 663, p. 483 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 déc. 1973, *Bull. civ. I*, n° 360, p. 318.

<sup>194</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 janv. 1972, *Bull. civ. III*, n° 442, p. 322.

<sup>195</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 déc. 1973, *Bull. civ. I*, p. 318

<sup>196</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 fév. 1977, *Bull. civ. I*, n° 74, p. 58.

<sup>197</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 fév. 1987, *Bull. civ. I*, n° 70, p. 51.

<sup>198</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. et loc. cit.* ; THIOYE (M.), thèse préc., n° 503, p. 198. V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1998, *Bull. civ. I*, n° 211. La règle comporte toutefois certaines exceptions. Il résulte ainsi des articles 2 et 6 de la loi Hoguet du 2 janvier 1970 qu'en l'absence de mandat écrit précisant les conditions de sa rémunération, l'agent immobilier ne peut demander le paiement de ses honoraires.

<sup>199</sup> V. par exemple Req., 29 janv. 1967, *D.P.* 1967.1.53, Req., 19 mai 1930, *S.* 1930.1.301.

<sup>200</sup> THIOYE (M.), thèse préc., n° 506, p. 199.



**751.** L'existence d'exceptions à un principe ne suffit pas en elle-même à attester l'incohérence du droit de la détermination du prix<sup>201</sup>. Elle ne suffit pas, corrélativement, à remettre en cause la valeur de principe de l'interdiction de sa fixation judiciaire. Le principe et les exceptions pourraient en effet trouver leur place dans un système construit autour d'un principe supérieur. Il justifierait l'ensemble des règles, et interdirait que de nouvelles dérogations à l'interdiction de fixation judiciaire du prix soient apportées, sauf à ce qu'elles s'agencent elles-mêmes dans cet édifice.

**752.** Tel n'est cependant pas le cas. La justification de la disparité des solutions retenues par le droit positif en matière de détermination du prix apparaît en effet délicate à apporter<sup>202</sup>. Cette disparité ne peut, en premier lieu, être justifiée par un argument textuel<sup>203</sup>. L'article 1710 du Code civil définit en effet le louage d'ouvrage comme « *le contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». Il semble bien résulter de cette définition que la rémunération de l'entrepreneur doit être déterminée par les parties, non par le juge. On ne voit pas, à tout le moins, pour quelle raison cette définition permettrait la détermination judiciaire du prix, quand les articles 1583 et 1591 du Code civil, dont il résulte également que le prix doit être convenu par les parties, interdisent une telle fixation<sup>204</sup>.

Certains auteurs ont soutenu que la différence de régime trouverait son fondement dans la fonction qu'occupe le prix. Dans les contrats dans lesquels l'accord sur le prix n'est pas exigé, il ne donnerait qu'un caractère onéreux à l'acte. Il participerait en revanche de la qualification des contrats dans lesquels est maintenue l'exigence d'un accord préalable<sup>205</sup>. Un louage d'ouvrage sans prix resterait ainsi un louage d'ouvrage et un mandat sans prix un mandat<sup>206</sup>. Au contraire, une vente sans prix devient une donation<sup>207</sup>.

---

<sup>201</sup> MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 15, p. 46.

<sup>202</sup> En ce sens : MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 15, p. 46 ; V. également AUBERT DE VINCELLES (C.), art. préc., n° 4, p. 2630, qui estime que les disparités de solutions sont « *difficilement compréhensibles* ».

<sup>203</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 287, p. 292 ; v. également SIMLER (P.), art. préc., p. 79.

<sup>204</sup> MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 16, p. 46 ; V. également TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 287, p. 291, qui, après avoir rappelé que la détermination du loyer est une condition de validité du bail, ajoute que la disparité entre le bail et le louage d'ouvrage n'a pas de fondement textuel.

<sup>205</sup> BRUNET (A.) ET GHOZI (A.), La jurisprudence de l'Assemblée Plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, art. préc., n° 8, p. 3 ; V. également TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 287, p. 292, qui, parmi différents fondements, évoquent la prise en compte de la fonction du prix.

<sup>206</sup> *Ibid.*

<sup>207</sup> *Ibid.*

Il est toutefois contestable que le louage d'ouvrage dépourvu de prix demeure un louage d'ouvrage. L'article 1710 du Code civil le définit, on l'a dit, comme le contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose moyennant « *un prix convenu* », ce qui implique bien qu'il s'agit d'un contrat à type onéreux<sup>208</sup>. Rien ne justifie de considérer que le louage d'ouvrage peut être gratuit, alors que la vente, dont la définition inclut également l'existence d'un prix, ne peut être conclue qu'à titre onéreux. Aussi le contrat constitue-t-il, à défaut de prix, une convention d'entraide<sup>209</sup>, dont la jurisprudence élabore le contenu<sup>210</sup>. L'absence de prix convenu dans un contrat d'entreprise autorise dès lors également une incertitude sur la nature même de l'acte. Celui-ci n'est cependant pas nul pour autant et le juge dispose du pouvoir de fixer le prix et de préserver le caractère onéreux de l'acte. Il n'apparaît alors pas justifié d'interdire au juge de préserver le caractère onéreux de la vente en fixant le prix alors même que le contrat n'en précise pas le montant<sup>211</sup>.

Aussi le seul fondement de la distinction semble-t-il devoir être pratique<sup>212</sup>. La difficulté de déterminer à l'avance l'importance du service rendu justifierait que cette détermination puisse être effectué après que l'entrepreneur ou le mandataire a exécuté les obligations lui incombant<sup>213</sup>.

**753.** Le droit des contrats apparaît alors, en ce qui concerne la détermination du prix, éclaté et incohérent<sup>214</sup>. Alors que la vente est réputée ne pouvoir se former sans accord sur le prix, il est admis au contraire dans certains cas que le contrat peut se former alors même que le niveau de la contrepartie monétaire n'est pas déterminé, sans qu'il soit possible de justifier théoriquement ces différences.

La remise en cause de l'idée fondant le principe d'interdiction de la fixation judiciaire du prix fait alors douter de la valeur du principe lui-même. Est-il indispensable de maintenir l'exigence de prédétermination du prix de vente dès lors que le droit admet, dans certains cas, la validité des contrats dans lesquels le prix n'est pas stipulé, et qu'aucun fondement

---

<sup>208</sup> Soulignant que le louage d'ouvrage est un contrat à titre onéreux : COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *op. cit.*, n° 732, p. 643 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, op. cit.*, n° 506, p. 346.

<sup>209</sup> MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 765, p. 435 ; BENABENT (A.), *op. et loc. cit.*

<sup>210</sup> BENABENT (A.), *op. et loc. cit.*

<sup>211</sup> MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 17, p. 47.

<sup>212</sup> V. MOLFESSIS (N.), *eod. loc.*, qui estiment que les différentes solutions ne s'expliquent pas par des considérations théoriques.

<sup>213</sup> TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *op. et loc. cit.* ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 766, p. 436 ; MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 424, p. 415 ; MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 20, p. 49 ; FERRIER (D.), art. préc., n° 10, p. 52, spéc. note n° 20 ; v. aussi LAMBERT-GARREL (L.), art. préc.

<sup>214</sup> MOLFESSIS (N.), art. préc., n° 15s., p. 46s.

théorique ne justifie cette diversité ? L'imprécision des arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 pourrait alors être interprétée comme permettant la fixation judiciaire du prix lorsque les parties n'en sont pas convenues, sauf certaines exceptions. A tout le moins, la remise en cause du fondement de l'exigence de prédétermination du prix permet d'admettre de nouvelles exceptions à cette règle toutes les fois que des considérations pratiques le commandent. Il pourrait ainsi être admis que les contrats d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société qui ne comportent pas un accord suffisant sur le prix soient complétés par le juge, dans la mesure où une telle fixation permettrait de faire échapper les contrats concernés à la nullité, et à ses conséquences.

**754.** En deuxième lieu, cette admission paraît d'autant plus envisageable que de nombreux droits étrangers valident des contrats dans lesquels le prix n'est pas stipulé.

Le droit anglais, comme le droit français, exige, pour que le contrat se forme, que les parties aient eu l'intention de contracter<sup>215</sup>. Le contrat ne doit ainsi en principe pas être incomplet ni ses éléments incertains. Il doit comporter, notamment, un prix déterminé<sup>216</sup>. La section 8 (2) du Sale of Goods Act, reprenant des règles élaborées par la jurisprudence, prévoit toutefois, en matière de vente, que lorsque les parties n'ont pas déterminé le prix, n'ont pas prévu dans le contrat un mode de détermination, ou ne sont pas convenues de s'en remettre à la pratique habituelle existant entre elle, l'acheteur doit payer un prix raisonnable<sup>217</sup>. Ainsi, à défaut de stipulation relative au prix, celui-ci sera fixé par le juge<sup>218</sup>. Et la section 8 (3) ajoute que la détermination du prix raisonnable est une question de fait qui dépend des circonstances de chaque espèce<sup>219</sup>. Il s'agira, le plus souvent, du prix courant au jour et à l'endroit de la livraison<sup>220</sup>. Le droit anglais présume donc que les parties ont, malgré l'absence de stipulation relative au prix, voulu donner à leurs dispositions contractuelles toute l'efficacité

---

<sup>215</sup> *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, sous la direction de Denis Tallon, Pédone, 1989, n° 2.1.1.19, p. 30.

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> BRIDGE (M. G.), *The Sale of Goods*, Clarendon press, 1997, p. 16 ; MORETEAU (O.), *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, n° 744, p. 431. La Section 8 (2) dispose : « *Where the price is not determined as mentioned in subsection (1) above the buyer must pay a reasonable price* ». Et la section 8 (1) dispose « *The price in a contract of sale may be fixed by the contract, or may be left to be fixed in a manner agreed by the contract, or may be determined by the course of dealing between the parties* ».

<sup>218</sup> *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, *op. cit.*, n° 2.1.2.10, p. 40. Une telle fixation n'est en revanche pas possible lorsque le contrat précise que le prix sera fixé par un accord ultérieur des parties. Dans ce cas en effet, il n'est plus possible de considérer que les parties sont implicitement convenues que le prix serait fixé par le juge (MORETEAU (O.), *op. et loc. cit.* ; CORBISIER (I.), art. préc., p. 798).

<sup>219</sup> « *What is a reasonable price is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case* »

<sup>220</sup> MORETEAU (O.), *op. et loc. cit.* ; *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, *op. et loc. cit.* ; FORTIER (V.), le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable, *JDI* 1996.315, spéc. p. 349.

nécessaire<sup>221</sup>. Cette règle s'explique par l'idée qu'il est plus raisonnable, lorsque le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution, de compléter un accord incomplet que d'ordonner des restitutions dont la nature et le montant peuvent être délicats à déterminer<sup>222</sup>. Le même souci d'efficacité a conduit les juges anglais à étendre aux autres contrats que la vente le principe posé par l'article 8 (2) du Sale of Goods Act, et à autoriser le juge à fixer un prix raisonnable lorsque le contrat a reçu un commencement d'exécution et lorsqu'il apparaît que les parties ont voulu rester liées malgré leur désaccord sur le prix<sup>223</sup>. L'article 15 (1) du Supply of Goods and Services Act, 1892, applique enfin, en matière de services, une règle identique à celle posée par l'article 8 (2) du Sale of Goods Act.

Similairement, le droit américain<sup>224</sup> exige, pour la validité des contrats, un accord des parties sur le prix ou sur un mode de fixation du prix suffisant pour considérer qu'elles ont consenti au contrat<sup>225</sup>. Le contrat dont le prix doit être fixé par un accord ultérieur des parties n'est ainsi pas valable, non plus que celui qui ne contient pas de prix<sup>226</sup>. La jurisprudence a toutefois apporté des atténuations à ce principe en matière de vente, en considérant que les parties étaient tacitement convenues d'un prix raisonnable<sup>227</sup>. Le Code de commerce uniforme a ensuite généralisé cette atténuation en matière de ventes de meubles corporels. L'article 2.305 prévoit ainsi que les parties peuvent conclure un contrat de vente sans en déterminer le prix. Il précise que, dans ce cas, le prix sera un prix raisonnable au moment de la délivrance dans trois cas : si rien n'a été stipulé quant au prix, si celui-ci devait être fixé par un accord ultérieur des parties et qu'elles ne peuvent s'entendre, ou, enfin, si le prix devait être fixé par référence à un élément extérieur qui reste inconnu<sup>228</sup>. La détermination du prix raisonnable, non défini par le texte, est une question de fait relevant de la compétence du

---

<sup>221</sup> CORBISIER (I.), art. préc., p. 796.

<sup>222</sup> MORETEAU (O.), *op. et loc. cit.*

<sup>223</sup> *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, *op. cit.*, n° 3.2.1.02, p. 88.

<sup>224</sup> Le droit des contrats n'est pas, aux Etats-Unis, une matière nationale. Il n'existe toutefois guère de disparités entre les règles relatives au prix dans les droits des différents Etats, à l'exception de la Louisiane, en raison de l'existence de codifications nationales, qui ont été intégrées dans les législations de chaque Etat (CORBISIER (I.), art. préc., p. 804, note n° 201). Aussi emploierons-nous l'expression de « droit américain » pour désigner ces règles.

<sup>225</sup> *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, *op. cit.*, n° 2.1.1.21, p. 32

<sup>226</sup> *Ibid.*

<sup>227</sup> *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, *op. cit.*, n° 2.1.2.10, p. 40.

<sup>228</sup> Il dispose : « *Open price term : (1) The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time for delivery if (a) nothing is said as to the price ; or (b) the price is left to be agreed by the parties and they fail to agree ; or (c) the price is to be fixed in terms of some agreed market or other standard as set or recorded by a third person or agency and it is not so set or recorded. ...* ». Contrairement au droit anglais, le droit américain admet donc la validité du contrat dans lequel il est convenu que le prix sera fixé par un accord ultérieur des parties. A défaut d'accord, et si l'intention de contracter est avérée, le juge déterminera un prix raisonnable (CORBISIER (I.), art. préc., p. 809).

jury<sup>229</sup>. Celui-ci correspondra cependant fréquemment, mais pas nécessairement, au prix du marché<sup>230</sup>. La mise en œuvre de ces dispositions suppose toutefois que le juge ait préalablement considéré que les parties avaient eu réellement l'intention de s'engager<sup>231</sup>. Le droit américain admet donc que les parties peuvent avoir consenti à un contrat de vente alors même que le prix n'en serait pas déterminé.

A l'instar du droit français, le droit italien pose en principe, à l'article 1346 du Code civil, que l'objet du contrat doit être déterminé ou déterminable<sup>232</sup>. Et la Cour de cassation, tout en considérant que l'objet dans un contrat de vente est le bien vendu et acheté, a appliqué les termes de cet article au prix<sup>233</sup>. La portée de l'exigence de déterminabilité est toutefois réduite par l'existence de nombreuses dispositions supplétives relatives au prix dont il résulte que celui-ci est, en l'absence d'accord des parties, déterminé par le juge<sup>234</sup>. L'article 1474 du Code civil prévoit ainsi, en matière de vente, qu'en l'absence de convention sur le prix, on présume que les parties ont eu l'intention de se référer au prix habituellement pratiqué par le vendeur<sup>235</sup>. L'article 1657 du même code précise, en matière de contrat d'entreprise, qu'à défaut de fixation par les parties, le prix est calculé en se référant au tarif existant, ou aux usages, ou, qu'à défaut, il est déterminé par le juge<sup>236</sup>. L'article 1709 du Code civil, après avoir posé une présomption d'onérosité du mandat, prévoit encore un mode de fixation identique à défaut d'accord des parties<sup>237</sup>. Si, par ailleurs, le contrat dont le prix doit être fixé par un accord à venir est en principe nul, il est parfois validé par voie d'interprétation. La jurisprudence a ainsi estimé qu'une clause renvoyant à un accord à venir équivalait à prévoir

<sup>229</sup> *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, op. cit., n° 2.1.2.11, p. 41.

<sup>230</sup> *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, op. cit., n° 2.1.2.11, p. 41 ; CORBISIER (I.), art. préc., p. 808.

<sup>231</sup> WHITE (J. J.) et SUMMERS (R. S.), *Handbook of the law under the Uniform commercial code*, West Publishing Co., 1980, p. 117 ; *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, op. cit., n° 2.1.2.11, p. 40 ; CORBISIER (I.), art. préc., p. 808.

<sup>232</sup> L'article 1346 du Code civil italien dispose : « *L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile* ».

<sup>233</sup> *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, op. cit., n° 2.1.1.12, p. 24.

<sup>234</sup> PRÜM (A.), Les exigences de prix dans les contrats internationaux, in *Les exigences en matière de prix*, JCP éd E 1997 suppl. n° 5, p. 32.

<sup>235</sup> Il dispose : « *Mancanza di determinazione espressa del prezzo. – I Se il contratto ha per oggetto cose che il venditore vende abitualmente e le parti non hanno determinato il prezzo, né hanno convenuto il modo di determinarlo, né esso è stabilito per atto della pubblica autorità, si presume che le parti abbiano voluto riferirsi al prezzo normalmente praticato dal venditore* » ; adde *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, op. cit., n° 2.1.1.14, p. 26 ; AUBERT DE VINCELLES (C.), art. préc., n° 29, p. 2636.

<sup>236</sup> Il dispose : « *Determinazione del corrispettivo – [I] Se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti aagli usi ; in mancanza è determinata dal giudice* ».

<sup>237</sup> Il dispose : « *Presunzione di onerosità. – [I] Il mandato si presume oneroso. La misura del compenso, se non è stabilita dalle parti, è determinata in base alle tariffe professionali o agli usi ; in mancanza è determinata dal giudice* ».

que le contrat était conclu à des conditions équitables, ce qui permettait au juge de fixer lui-même le prix<sup>238</sup>.

**755.** Enfin, et en troisième lieu, l'admission de la fixation judiciaire du prix en cas de silence du contrat est consacrée par différents recueils de principes.

L'article 5.1.7 1) des Principes d'Unidroit, tels qu'édités en 2004, dispose : « *Lorsque le contrat ne fixe pas de prix ou ne prévoit pas le moyen de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indication contraire, s'être référées au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable* ». Et les 2) et 3) de ce même article 5.1.7 prévoient que le prix est fixé à un niveau raisonnable soit lorsque la partie qui s'était vue confier la tâche de le fixer retient un montant « manifestement déraisonnable », soit lorsqu'un tiers chargé de fixer le prix ne peut ou ne veut le faire. Cet article ne précise certes pas explicitement comment s'opère la détermination du prix raisonnable<sup>239</sup>. Il semble toutefois que cette tâche incombe au juge<sup>240</sup>. L'article 6 :104 des Principes du droit européen du contrat élaborés par la commission Lando dispose de même : « *Lorsque le contrat ne fixe pas le prix ou la façon de le déterminer, les parties sont censées être convenues d'un prix raisonnable* »<sup>241</sup>. Et l'article 1 : 302 des mêmes principes précise qu'il faut entendre par raisonnable « *ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel* ». Les commentaires afférents précisent que cet article a pour objet de régir les situations dans lesquelles il n'est pas douteux que les parties ont entendu être liées par le contrat, mais dans lesquelles un élément de celui-ci n'est pas déterminé avec suffisamment de précision pour que l'exécution soit possible<sup>242</sup>. Les parties sont alors présumées s'être implicitement entendues sur un prix normal. Et quoique l'article 6 : 104 ne le précise pas, c'est alors au juge qu'il appartiendra de déterminer ce prix<sup>243</sup>. Encore faut-il, pour que le tribunal puisse fixer le prix, qu'il apparaisse,

---

<sup>238</sup> *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, op. cit., n° 3.2.1.02, p. 88.

<sup>239</sup> AUBERT DE VINCELLES (C.), art. préc., n° 28, p. 2636.

<sup>240</sup> *Ibid.* Les commentaires qui suivent l'article, sans préciser que le prix raisonnable sera fixé par le juge, prévoient d'ailleurs que le prix fixé par l'une des parties sera soumis à révision éventuelle par des juges et des arbitres.

<sup>241</sup> *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. Rouhette, avec le concours de I. de Lamberterie, D. Tallon et C. Witz, Coll. dr. privé comparé et européen, Vol. 2, SLC, 2003 ; V. pour un commentaire de cet article PRIETO (C.), in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. Prieto, P.U.A.M, 2003, p. 331.

<sup>242</sup> *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., p. 267.

<sup>243</sup> AUBERT DE VINCELLES (C.), art. préc., n° 28, p. 2636 ; MAZEAUD (D.), *La matière du contrat*, art. préc., n° 41, p. 101.

par exemple à travers la conduite des parties après la conclusion du contrat, qu'elles ont entendu être liées. Il ne peut ainsi intervenir si les parties ont définitivement échoué dans leur accord, ou si elles ont renvoyé la question à une discussion ultérieure<sup>244</sup>. Il en résulte, implicitement mais nécessairement, d'une part que les parties peuvent se lier par un contrat alors même que tous ses éléments ne seraient pas déterminés, spécialement son prix, d'autre part qu'en l'absence d'un accord suffisant sur le prix, sa fixation sera effectuée par le juge.

**756.** Les éléments invoqués ne permettent pas de démontrer que l'admission de la fixation judiciaire du prix est nécessaire. La comparaison avec les solutions admises par certains droits étrangers n'impose pas de modifier le fond du droit français dès lors qu'elle n'entraîne pas de distorsion dans le jeu du commerce international<sup>245</sup>. En outre, la solution consistant à admettre, lorsque les parties n'ont pas stipulé de prix, que celui-ci sera fixé par le juge à un niveau raisonnable, n'est nullement générale. En particulier, le droit allemand confie au créancier du prix et non au juge le pouvoir de le fixer en cas de silence du contrat, le juge n'intervenant que si l'appréciation n'est pas conforme à l'équité<sup>246</sup>. Doctrine et jurisprudence semblent par ailleurs toujours considérer que l'interdiction de la fixation judiciaire du prix constitue le principe prévalant en droit français, malgré l'existence d'exceptions et la relative incohérence du système.

**757.** Les droits étrangers et les principes évoqués démontrent néanmoins qu'il est parfaitement envisageable d'admettre que les parties ont eu l'intention de se lier alors même qu'elles n'ont pas défini tous les éléments du contrat, spécialement son prix. Et les règles prévalant en matière de contrat d'entreprise ou de mandat attestent que le droit français lui-même n'est pas totalement hermétique à de tels raisonnements.

Il semble ainsi possible de considérer qu'il n'existe plus, en droit français de principe général exigeant l'accord systématique des parties sur le prix. Il est à tout le moins possible de relativiser la force dudit principe et d'admettre des exceptions lorsque des nécessités pratiques le commandent. A l'instar de la difficulté qu'il peut y avoir à fixer le prix dans un contrat d'entreprise, la difficulté que peuvent rencontrer les parties à une cession de droits sociaux

---

<sup>244</sup> V. en ce sens les commentaires sous l'article 6 : 104 précités.

<sup>245</sup> HUET (J.), art. préc., p. 316. On relèvera cependant que ces divergences peuvent être perçues comme un facteur d'insécurité par les opérateurs du commerce international qui préfèrent s'en tenir à des normes homogènes plutôt que d'essayer de tirer avantage d'un droit particulier (PRÜM (A.), art. préc., p. 32)

<sup>246</sup> PEDAMON (M.), Les apports du droit comparé : les solutions allemandes en matière de détermination du prix, *RTD com.* 1997.67, spéc. p. 69 ; KUTSCHER-PUIS (K.), p. 175 ; AUBERT DE VINCELLES (C.), art. préc., n° 29, p. 2636

pour déterminer le prix des titres lors de la conclusion du contrat peut dès lors justifier qu'il soit fait, en ce domaine, exception à l'interdiction de la fixation judiciaire du prix.

L'exemple des droits étrangers fournit en outre la justification possible et le régime de l'intervention du juge. En l'absence de stipulation relative au prix, les parties sont présumées avoir voulu que le juge fixe un prix raisonnable. Une telle intervention du juge ne serait toutefois possible que si la volonté des parties de se lier était suffisamment certaine. Tel serait notamment le cas lorsque le contrat a reçu un début d'exécution. Le juge pourrait ainsi compléter le contrat d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société lorsque l'exercice effectif par le cessionnaire des pouvoirs au sein de la société cible atteste de la volonté réelle des parties de transférer les parts sociales ou les actions.

Cette possibilité n'est pas remise en cause par les objections pratiques que l'on peut formuler à l'encontre de l'intervention du juge.

*β) La possibilité pratique de la fixation judiciaire du prix*

**758.** A l'argument théorique, les contempteurs de la fixation judiciaire du prix ajoutent parfois la crainte du caractère arbitraire et contingent du prix déterminé par le juge<sup>247</sup>, le risque de développement excessif du contentieux<sup>248</sup>, ou le fait que le juge ne serait pas capable d'évaluer le bien ou le service qui fait l'objet du contrat et donc d'en fixer le prix<sup>249</sup>. On fait enfin parfois valoir que le pouvoir du juge se heurterait au droit de la concurrence. Celui-ci, prohibant les pratiques discriminatoires, permettrait au fournisseur de se retrancher derrière ses conditions générales de vente pour empêcher toute inflexion par le juge de sa politique tarifaire<sup>250</sup>.

**759.** Cinq considérations permettent toutefois d'atténuer la valeur de ces objections.

En premier lieu, on peut noter que les opérations pour lesquelles, jusqu'à présent, le juge disposait de ce pouvoir, ne soulèvent pas de difficultés particulières<sup>251</sup>.

En deuxième lieu, l'arbitraire du juge n'est pas plus à craindre que celui du créancier<sup>252</sup>. Il est d'autant moins à craindre que le juge a fait preuve jusqu'à présent de mesure dans les hypothèses dans lesquelles il a fixé ou modifié le prix d'un contrat<sup>253</sup>.

---

<sup>247</sup> En ce sens : THIOYE (M.), thèse préc., n° 435, p. 173.

<sup>248</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 237-1, p. 188, note n° 2, p. 189.

<sup>249</sup> En ce sens : LAUDE (A.), L'exigence de détermination du prix, *in* Les exigences en matière de prix, *JCP éd E* 1997 suppl. n° 5, p. 29.

<sup>250</sup> BOURGEON (C.), art. préc., p. 14.

<sup>251</sup> LAUDE (A.), L'exigence de détermination du prix, art. préc., p. 30.



En troisième lieu, il n'est pas fondé de craindre un quelconque manque de compétence du juge en la matière. Les très nombreuses situations dans lesquelles il est amené à évaluer un bien ou un service, sans que ces évaluations soient spécialement contestées, démontrent sa capacité à assumer ce rôle<sup>254</sup>. Les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 lui attribuent en particulier le pouvoir de contrôler l'abus. Or l'appréciation du caractère abusif d'un prix n'est pas nécessairement moins délicate que la fixation d'un prix<sup>255</sup>. Il pourra en tout état de cause recourir à des experts pour procéder à cette fixation. Certes, la mise en place d'une expertise risque d'allonger les délais de procédure et de renchérir celle-ci. Mais la difficulté n'est alors plus celle de la compétence technique du juge. Elle est celle des coûts respectifs du maintien et de l'annulation d'un contrat incomplet. A cet égard, les expertises imposées par la détermination judiciaire du prix ne sont pas plus complexes que celles imposées par le prononcé de la nullité<sup>256</sup>. Or le coût du maintien d'une cession de droits sociaux peut être bien moindre que celui de son annulation, singulièrement lorsque le cessionnaire a pris depuis un certain temps le contrôle de la société cible.

En quatrième lieu, l'admission de la fixation judiciaire du prix n'entraînerait pas nécessairement une augmentation du contentieux, spécialement en matière de cession de droits sociaux. De nombreuses actions sont engagées par des parties qui n'invoquent l'indétermination du prix que comme un outil pour obtenir l'anéantissement d'un contrat dont elles ne tirent pas les bénéfices escomptés. Or la fixation judiciaire du prix, en ce qu'elle rendrait fréquemment inopérante une telle argumentation, dissuaderait certains contractants de demander la nullité de la cession.

En cinquième lieu, les cessions de titres ne sont pas soumises au contrôle des pratiques discriminatoires et, plus largement, au droit de la concurrence. Il résulte de l'article L. 410-1 du Code de commerce que les dispositions relatives à la liberté des prix et de la concurrence s'appliquent à « *toutes les activités de production, de distribution et de services* ». Ces règles s'appliquent donc aux entreprises exerçant une activité économique<sup>257</sup>, que l'on peut définir comme l'activité que l'on exerce ordinairement moyennant une contrepartie correspondant à

---

<sup>252</sup> Supra n° 745.

<sup>253</sup> AUBERT DE VINCELLES (C.), art. préc., n° 26, p. 2635 ; v. également de manière plus générale sur l'intervention du juge dans le contrat MAZEAUD (D.), Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple illégitime, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235

<sup>254</sup> THIOYE (M.), thèse préc., n° 448s., p. 179s.

<sup>255</sup> LAUDE (A.), *eod. loc.*

<sup>256</sup> v. *in fine* BOURGEON (C.), art. préc., p. 14, qui écrit que les expertises consécutives à la fixation judiciaire du prix sont tout aussi complexes que celles sur la nullité.

<sup>257</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.) et PAYET (M.-S.), *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 39, p. 41.

sa valeur marchande<sup>258</sup>. Or, sauf exception, cédant et cessionnaire ne peuvent être considérés comme exerçant l'activité de cession de droits sociaux ordinairement. En tout état de cause, une pratique discriminatoire n'est caractérisée, aux termes de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, que si les prix obtenus ne sont pas justifiés par des contreparties réelles et créent, pour le partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence. La discrimination suppose donc, notamment, un traitement inégal, et, corrélativement, la possibilité d'une comparaison<sup>259</sup>. Or les cessions de droits sociaux n'impliquent, le plus souvent, qu'un cédant et un cessionnaire, de telle sorte qu'il n'est pas possible d'effectuer une comparaison avec les opérations réalisées par ailleurs avec l'une des parties<sup>260</sup>.

**760.** Les arguments, pratiques ou théoriques, qui sont opposés à l'admission de la fixation judiciaire du prix des droits sociaux, lorsque les parties ne l'ont pas déterminé, peuvent ainsi être réfutés. A tout le moins, aucun n'est rédhibitoire. Il apparaît ainsi possible de reconnaître au juge le pouvoir de fixer ce prix lorsque le contrat est incomplet, dans la mesure toutefois où les parties ont par ailleurs clairement manifesté leur intention d'être liées. La reconnaissance de ce pouvoir judiciaire est en outre opportune<sup>261</sup>. A la fois possible et opportune, elle est souhaitable.

**761.** L'appréhension de certaines cessions de droits sociaux comme un contrat innomé permet ainsi d'atteindre le premier, et le plus important pratiquement, des objectifs poursuivis à travers l'abandon de la qualification de vente : éviter une partie des annulations pour indétermination du prix, en permettant au juge, lorsque la volonté des parties de s'engager est suffisamment certaine, de compléter leur accord. Elle permet ainsi notamment d'éviter les contentieux guidés par le seul souhait de l'une des parties de se désengager d'un contrat qui ne lui apporte pas les bénéfices escomptés.

---

<sup>258</sup> DECOQC (A.) et DECOQC (G.), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 52.

<sup>259</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.) et PAYET (M.-S.), *op. cit.*, n° 459, p. 363.

<sup>260</sup> Il arrive dans certains cas que le cessionnaire acquière les titres de plusieurs cédants. Une comparaison est alors possible. L'opération échappera en tout état de cause au droit de la concurrence dans la mesure où la cession ne constitue pas l'activité des parties.

<sup>261</sup> *Supra* n° 744s.

**SECTION 2 : L'ASSOUPLISSEMENT DES REGLES RELATIVES AU RESULTAT DE L'ACCORD DES VOLONTES**

**762.** Le principal effet de l'appréhension de certaines cessions de droits sociaux comme un contrat innomé est de permettre un assouplissement des contraintes qui pèsent sur le résultat de l'adaptation du prix (§ 1). Il n'est toutefois pas le seul. Cette appréhension nouvelle de certaines cessions de droits sociaux peut permettre une prise en compte accrue de la réalité économique de ces opérations par le juge ; elle peut favoriser l'adaptation judiciaire du prix à la valeur réelle de l'entreprise (§ 2).

**§ 1 – L'assouplissement des exigences relatives au résultat de l'adaptation du prix**

**763.** L'appréhension de certaines cessions de parts sociales ou d'actions comme un nouveau type de contrat permettrait d'abandonner l'exigence du caractère monétaire du prix (A). Elle permettrait en outre de lever les incertitudes qui résultent de l'exigence d'un prix significatif (B).

**A – L'indifférence du caractère monétaire du prix**

**764.** L'indifférence du caractère monétaire du prix n'est pas une règle que l'éviction du droit de la vente permettrait d'adopter. Elle en est une conséquence inéluctable. La cession de la qualité de partie au contrat de société est définie, et caractérisée, par son objet, à savoir la qualité de partie au contrat de société. Le critère qui permet de la distinguer de la « simple » cession de droits sociaux réside dans l'existence de l'intention de s'associer du cessionnaire, connue par le cédant. Il n'est en revanche plus nécessaire, pour déterminer le régime applicable à ce contrat, de rechercher si la contrepartie des droits sociaux cédés a une nature pécuniaire ou non, et en particulier si les obligations pesant sur le cessionnaire constituent des obligations de faire ou des obligations de verser une somme d'argent. Certes, la nature de cette contrepartie aura une conséquence sur les règles qui lui sont applicables ; la contrepartie monétaire se verra toujours appliquer les règles qui lui sont spécifiques<sup>262</sup>. Pour le reste, elle n'influera pas sur le régime de l'ensemble du contrat, et en particulier sur les obligations incombant au cédant, qui seront identiques selon que la contrepartie est pécuniaire

---

<sup>262</sup> Sur lesquelles v. supra n° 495s.

ou non. Le contrat demeurera ainsi un contrat emportant acquisition de la qualité de partie au contrat de société, quelle que soit la nature de la contrepartie.

### **B – L'assouplissement des contraintes résultant de l'exigence d'un prix significatif**

**765.** Contrairement à l'exigence de prédétermination du prix, l'exigence d'un prix réel ou sérieux n'est pas fondée sur des principes propres à la vente. Elle résulte de la règle selon laquelle toutes les obligations doivent être causées et, plus précisément, de la règle selon laquelle, dans les contrats synallagmatiques, les obligations de l'une des parties trouvent leur cause dans les obligations de l'autre partie<sup>263</sup>. Aussi l'abandon de la qualification de vente au profit de celle de contrat innomé n'aurait-elle que peu d'effet sur l'exigence de sérieux de la contrepartie. Elle ne remet pas en cause l'exigence d'une contrepartie, sauf à admettre une exception au principe suivant lequel, dans un contrat synallagmatique, chaque partie s'engage pour obtenir la contreprestation promise. Mais aucun élément ne permet, en l'état du droit positif, de remettre en cause *a minima* cette exigence d'une contrepartie<sup>264</sup>. Certains arrêts ou auteurs suggèrent certes que la cause devrait être entendue plus largement, et intégrer partiellement les mobiles des parties<sup>265</sup>. Mais aucun ne conteste que cette subjectivisation ne saurait en principe conduire à supprimer l'exigence d'une contrepartie formelle. L'exigence d'un intérêt s'ajoute à celle d'une contrepartie ; elle ne s'y substitue pas. La seule exception à ce principe semble se manifester dans les ensembles contractuels, lorsque les obligations de l'une des parties à un contrat trouvent leur cause dans les avantages résultant d'un autre contrat. Dans les contrats isolés, le principe demeure.

Il en résulte que l'appréhension des cessions de droits sociaux comme des contrats innomés ne permettrait pas de faire échapper au risque de nullité toutes les cessions. Les cessions de droits sociaux ayant une valeur vénale pour un prix non significatif encourraient encore la nullité, faute de contrepartie à l'obligation de transférer les parts sociales ou les actions.

**766.** L'appréhension des cessions de droits sociaux comme un contrat innomé permettrait cependant de lever les incertitudes relatives à la validité des contrats dans lesquels pèsent sur le cessionnaire d'autres obligations que le paiement d'un prix symbolique<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> Supra n° 424s.

<sup>264</sup> Supra n° 411s.

<sup>265</sup> *Ibid.*

<sup>266</sup> V. sur ces incertitudes Supra n° 475s.

Dès lors en effet que le contrat n'est plus une vente, mais un contrat innomé, rien n'impose l'existence d'une contrepartie monétaire. Corrélativement, rien ne semble permettre de remettre en cause la validité d'un contrat par lequel l'une des parties transfère la titularité de droits sociaux et la qualité d'associé en contrepartie de l'engagement pris par le cessionnaire d'assumer certaines obligations de faire.

**767.** L'appréhension de certaines cessions de droits sociaux comme des cessions de la qualité d'associé pourrait, par ailleurs, permettre d'assouplir les règles qui empêchent toute modification judiciaire du prix<sup>267</sup>.

### **§ 2 – L'accroissement des possibilités d'adaptation judiciaire du prix**

**768.** Le rejet des actions fondées sur l'erreur, la garantie des vices cachés ou encore l'absence de cause, est fondée sur l'idée que l'objet des cessions de droits sociaux est constitué non par la société cible, mais par des actions ou des parts sociales<sup>268</sup>.

**769.** Les éléments qui permettent d'appréhender certaines cessions de droits sociaux comme un contrat innomé pourraient dès lors permettre un assouplissement de ces solutions. L'autonomie du contrat d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société est en effet notamment justifiée par l'objet de ce contrat. Il n'emporte pas uniquement transfert des droits attachés aux parts sociales ou actions. Dans l'esprit des parties, il a essentiellement pour objet l'acquisition de la qualité de partie au contrat de société par le cessionnaire<sup>269</sup>. Cela signifie, concrètement, que celui-ci n'acquiert pas des droits sociaux, mais l'entreprise, ou une participation dans l'entreprise exploitée par la société cible.

Il paraîtrait dès lors justifié d'admettre qu'une différence entre l'état réel de la société et l'état sur la base duquel les parties ont contracté entraîne une erreur sur la substance de l'objet du contrat<sup>270</sup>. Il serait en outre possible, si l'on admettait par analogie avec le contrat de vente, que le cédant est tenu de garantir le cessionnaire contre les vices cachés de l'objet du contrat, de considérer que les différences qui rendent l'entreprise impropre à l'usage auquel elle était destinée, constituent un tel vice. Il serait ainsi possible d'admettre qu'un passif nouveau ou la

---

<sup>267</sup> V. sur ces règles supra n° 203s.

<sup>268</sup> Supra n° 211 et n° 240.

<sup>269</sup> Supra n° 648s.

<sup>270</sup> V. COURET (A.), fasc. préc., n° 34, qui se prononce en ce sens non à propos du contrat d'acquisition de la qualité d'associé, qu'il n'envisage pas, mais à propos de la cession de contrôle, en faisant valoir sa spécificité. Reposant sur l'idée que la cession de contrôle est une cession de l'entreprise, la réflexion nous semble pouvoir être transposée à l'évolution proposée du droit positif.

disparition d'un élément d'actif qui, sans empêcher l'exploitation, la rendent plus difficile, constituent un vice caché ouvrant droit à garantie.

**770.** Une nouvelle manière d'appréhender le prix a par ailleurs été proposée. Analysant les cessions de droits sociaux comme une cession de contrat, Monsieur Libchaber a proposé d'appréhender l'obligation monétaire du cessionnaire non plus comme la contrepartie du transfert de la qualité de partie au contrat de société, mais comme le remboursement de l'apport du cédant<sup>271</sup>. Dans la mesure où, en principe, les obligations réciproques des parties au contrat se servent de cause, il n'y aurait pas lieu d'indemniser le cédant qui se trouve substitué par le cessionnaire dans la qualité d'associé<sup>272</sup>. La somme payée par le cessionnaire au cédant ne constituerait ainsi pas la contrepartie de l'appauvrissement de ce dernier ; le paiement aurait pour objet de restituer au cédant son apport, comme le cessionnaire d'un bail rembourse au cédant son dépôt de garantie<sup>273</sup>. La différence entre le montant de la somme effectivement payée par le cessionnaire et la valeur nominale des parts sociales ou des actions se justifierait par l'idée que le paiement aurait pour objet la valeur actualisée des apports<sup>274</sup>.

Toutes les cessions de droits sociaux ne peuvent être envisagées comme une cession de contrat<sup>275</sup>. L'analyse s'applique cependant à certaines d'entre elles, spécialement aux cessions de contrôle<sup>276</sup>. Dans ces hypothèses, la somme due par le cessionnaire des droits sociaux pourrait, si l'on adopte la proposition de Monsieur Libchaber, constituer la restitution des apports du cédant du contrôle. On pourrait alors imaginer un contrôle accru du juge sur le rapport entre le montant de la somme due et la valeur de ces apports.

Une telle analyse ne nous semble toutefois pouvoir prévaloir, y compris dans les cas dans lesquels la cession de droits sociaux peut effectivement être qualifiée de cession de contrat. De multiples facteurs interviennent en effet dans la détermination du prix des droits sociaux : état de l'actif et du passif de l'entreprise, rentabilité, mais aussi des facteurs moins

---

<sup>271</sup> LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, art. préc., n° 12, p. 730 ; v. également sur l'analyse proposée par Monsieur Libchaber, supra n° 649s. On relèvera que Monsieur Libchaber ne prétend pas, dans son article, découvrir une analyse qui s'imposerait. Il précise en effet que son idée est une « *hypothèse de travail* » (LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, art. préc., n° 3, p. 720)

<sup>272</sup> LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, art. préc., n° 12, p. 730. Pour illustrer cette idée, Monsieur Libchaber prend l'exemple du bail : les obligations du bailleur ont pour contrepartie le paiement du loyer. L'ensemble étant équilibré, le cessionnaire n'aurait en principe pas à indemniser le cédant qui ne s'appauvrit pas en sortant d'un lien qui était équilibré.

<sup>273</sup> *Ibid.*

<sup>274</sup> LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, art. préc., n° 15, p. 732

<sup>275</sup> *Supra* n° 651.

<sup>276</sup> *Ibid.*

directement financiers, tels que la position sur le marché, les perspectives....<sup>277</sup>. La somme versée par le cessionnaire n'est pas déterminée uniquement sur la base d'une détermination de la valeur financière de l'entreprise. Indépendamment de celle-ci, le fait de devenir associé peut présenter un intérêt pour le cessionnaire. L'acquisition de cette qualité peut ainsi par exemple lui permettre de s'implanter sur un nouveau marché, de maîtriser la concurrence....<sup>278</sup> La fixation du quantum de l'obligation monétaire du cessionnaire prend notamment en compte l'intérêt qu'il y a pour le cessionnaire à devenir associé. La substitution de contractant n'est donc pas neutre : elle a une valeur en elle-même. Aussi l'assimilation du prix au seul remboursement des apports, fût-ce à leur valeur actualisée, paraît-elle impropre<sup>279</sup>.

**771.** L'assimilation du prix à la restitution des apports apparaît donc contestable. L'appréhension de certaines cessions de droits sociaux comme un contrat ayant pour objet l'acquisition de la qualité de partie au contrat de société permettrait cependant d'assouplir certaines des règles interdisant l'adaptation du prix à la valeur d'échange des droits sociaux.

#### CONCLUSION DU CHAPITRE

**772.** La qualification de contrat innomé n'implique pas une remise en cause de l'ensemble des règles appliquées aux cessions de droits sociaux. Subsisterait notamment, si elle était admise, l'exigence d'une contrepartie sérieuse. Elle permettrait en revanche d'assouplir considérablement les règles relatives à la détermination du prix, en admettant l'influence de l'une des parties sur son montant, voire sa fixation judiciaire. Elle permettrait ainsi, sans altérer la cohérence de la jurisprudence relative au prix de vente, et spécialement à sa détermination, de faire échapper à la nullité des opérations aux conditions desquelles les contractants avaient adhéré en connaissance de cause. Elle permettrait également, à travers la prise en compte de l'objet réel de ces opérations, une certaine adaptabilité du prix et de la

---

<sup>277</sup> Supra n° 8.

<sup>278</sup> Monsieur Libchaber ne semble pas le contester, qui admet, de manière générale, que la cession d'un contrat synallagmatique pourrait présenter des avantages subjectifs pour le cessionnaire (LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, art. préc., n° 13, p. 731)

<sup>279</sup> On relèvera en outre que l'idée que la somme versée par le cessionnaire correspond aux apports à leur valeur actualisée est contestable sur un plan sémantique. Les sommes que verse le cessionnaire et qui sont destinées à restituer au cédant ce que Monsieur Libchaber appelle ses apports correspondent aux apports proprement dits, augmentés de la part qui revient au cédant des bénéfices mis en réserve, ou diminué des pertes accumulées. Le patrimoine de l'entreprise est en effet constitué d'une part des apports et d'autre part, une fois que sont remboursés tous les créanciers, de sommes qui constituent l'excédent de l'actif sur le passif, c'est-à-dire de bénéfices (cf. la définition des bénéfices supra n° 13).

valeur d'échange des droits sociaux en l'absence de toute clause de révision ou d'adaptation du prix.

L'éviction proposée de la prohibition des clauses léonines permettrait, par ailleurs, de faire effectivement échapper au risque de nullité les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix garanti.





## CHAPITRE 2 : L'ADMISSION DU CARACTERE SUPPLETIF DE LA VOCATION AUX RESULTATS DES BAILLEURS DE FONDS

773. L'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil étant écartée, plusieurs régimes paraissent pouvoir s'appliquer au bailleur de fonds.

774. On pourrait envisager de supprimer systématiquement la vocation de ces associés aux résultats sociaux. Le remboursement des pertes subies incomberait à toutes les parties au contrat de société proportionnellement à leur participation. Similairement, les bénéfices seraient répartis entre toutes les parties au contrat de société.

La solution consistant à répartir les pertes entre les parties au contrat de société comporte cependant un important défaut : elle conduirait dans un certain nombre de cas à l'augmentation de l'engagement des associés sans leur accord. La qualité de bailleur de fond dépend en effet uniquement de la volonté de l'associé entrant<sup>1</sup>. Aussi les associés parties au contrat de société pourraient-ils se voir contraints d'assumer la part des pertes pesant sur un bailleur de fonds sans l'avoir accepté. Or les engagements des associés ne peuvent être augmentés sans leur consentement<sup>2</sup>. Ainsi, doit être écartée toute solution qui conduirait à faire peser la charge des pertes incombant au bailleur de fonds sur certains de ses coassociés sans leur accord. Dès lors, la remise en cause de l'application de l'article 1844-1 du Code civil ne peut avoir d'autre conséquence que de permettre au bailleur de fonds de convenir avec tout ou partie de ses coassociés qu'il ne participera pas aux pertes. Il doit en revanche, à défaut d'un tel accord, ou vis-à-vis de ceux qui n'y participent pas, assumer la part des pertes qui lui incomberaient s'il était partie au contrat de société.

La remise en cause de l'application de l'article 1844-1 du Code civil ne peut en outre conduire à priver systématiquement des bénéfices un bailleur de fonds. Si certains de ces bailleurs de fonds, spécialement les porteurs, ne cherchent pas à percevoir des dividendes, une grande partie des investisseurs espèrent au contraire être rémunérés par une part des bénéfices. Cette volonté d'enrichissement ne suffit cependant pas à caractériser l'*affectio societatis*<sup>3</sup>, de telle sorte que la qualité de bailleur de fonds n'est pas incompatible avec la volonté de partager les bénéfices. Priver systématiquement ces investisseurs d'une part des

---

<sup>1</sup> Supra n° 685.

<sup>2</sup> Art. 1836 du Code civil.

<sup>3</sup> Supra n° 685.

bénéfices risquerait de les dissuader d'entrer dans le capital d'une société alors, précisément, que l'évolution proposée tend à faciliter la prise de participation par des investisseurs.

**775.** La remise en cause de l'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil ne peut ainsi, finalement, conduire qu'à rendre supplétive la vocation aux résultats. Les bailleurs de fonds, comme les autres associés, auraient en principe vocation à percevoir les bénéfices et à contribuer aux pertes. N'étant pas parties au contrat de société, ils pourraient toutefois être privés de ce droit ou exonérés de cette obligation par un accord conclu avec tous ou certains de leurs coassociés.

**776.** Même ainsi limitée, l'évolution proposée se heurte à l'idée selon laquelle tous les associés devraient nécessairement avoir vocation aux résultats. Aussi convient-il de montrer qu'il serait possible d'admettre le caractère supplétif de la vocation aux résultats des bailleurs de fonds (Section 1), avant d'envisager l'opportunité d'une telle évolution (Section 2).

### **SECTION 1 – LA POSSIBILITE DU CARACTERE SUPPLETIF DE LA VOCATION AUX RESULTATS DES BAILLEURS DE FONDS**

**777.** Le droit français, qui pose le principe suivant lequel tous les associés doivent participer aux résultats, offre peu d'arguments permettant de démontrer que cette vocation aux résultats pourrait parfois n'être que supplétive. Deux types d'éléments permettent toutefois de contester l'idée selon laquelle tous les associés doivent participer aux bénéfices et contribuer aux pertes. Ils permettent, en conséquence, de surmonter l'objection tirée de cette prétendue universalité de la vocation aux résultats. On peut, d'une part, constater l'existence de limites à cette universalité en droit français (§ 1). D'autre part, l'étude des solutions adoptées par quelques droits étrangers démontre qu'il est parfaitement concevable de remettre en cause la vocation aux résultats de certains associés (§ 2).

#### **§ 1 – Les limites de l'universalité de la vocation aux résultats des associés en droit français**

**778.** La généralité de la vocation des titulaires de droits sociaux aux résultats est remise en cause par deux types d'exceptions. La première tient à l'absence d'obligation incombant aux

apporteurs en industrie et aux apporteurs en jouissance de participer aux pertes (A)<sup>4</sup>. La seconde résulte de la validité reconnue à certaines stipulations (B).

### **A - L'absence de participation aux pertes de l'apporteur en industrie et de l'apporteur en jouissance**

**779.** Dans un certain nombre de cas, l'apporteur en jouissance ou l'apporteur en industrie ne court, comme seul risque, que celui de perdre les revenus de la jouissance du bien ou les revenus de son travail (1). Or ce manque à gagner ne peut être considéré comme une forme de participation aux pertes (2).

#### 1 - Le risque couru par certains apporteurs en jouissance ou en industrie

**780.** L'apport en jouissance, dont le droit positif admet la validité<sup>5</sup>, emporte mise à disposition temporaire d'un bien au profit de la société<sup>6</sup>. Lorsqu'il porte sur un corps certain, l'apporteur procède à cette mise à disposition du bien<sup>7</sup> pour une durée qui peut être égale ou inférieure à celle de la société<sup>8</sup>, tout en en restant propriétaire<sup>9</sup>. En contrepartie de son apport, l'associé se voit attribuer un nombre de droits sociaux, correspondant à la valeur de cette mise à disposition temporaire<sup>10</sup>. Ces droits confèrent à l'apporteur, tant qu'il les conserve<sup>11</sup>, la

---

<sup>4</sup> Monsieur Viandier a par ailleurs démontré que l'admission de la réalisation d'une économie parmi les buts poursuivis par les associés contribuait à une altération de la vocation aux bénéfices (VIANDIER (A.), thèse préc., n° 36s., p. 45s.). Cette altération ne nous semble toutefois pouvoir être invoquée à l'appui de la présente argumentation. L'objet des présents développements est en effet de démontrer que le droit positif admet, dans un certain nombre de cas, que les associés ne participent plus aux résultats sociaux. Or l'admission de la réalisation d'économies comme but de la société ne peut participer de cette démonstration. Elle démontre que la notion de participation aux résultats a évolué, pour ne plus comprendre uniquement le partage des bénéfices. Mais elle ne démontre pas que les associés n'ont pas, dans certains cas, vocation aux résultats. Au contraire, pour les raisons qui suivent, l'altération de la notion de perte à travers l'assimilation du manque à gagner à une perte conduit à exonérer des pertes un associé, sans que ce manque à gagner puisse être considéré comme une nouvelle forme de participation aux pertes.

<sup>5</sup> En ce sens que la licéité de l'apport en jouissance n'est plus contestée : VIANDIER (A.), thèse préc., n° 56, p. 102; REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 177, p. 185.

<sup>6</sup> REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 10s., p. 11s. ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 129, p. 60.

<sup>7</sup> Sur la nature de cette mise à disposition, droit réel ou droit personnel, v. notamment les analyses contraires de Madame Regnaud-Moutier (REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 33s., p. 31s.) et de Madame Petarka (PETARKA (N.), *Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance*, *Defrénois* 2000.1137, spéc. n° 3s., p. 1139s.).

<sup>8</sup> ENGEL (P.), art. préc., p. 2056.

<sup>9</sup> PETARKA (N.), art. préc., p. 1137

<sup>10</sup> LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 209, p. 116 ; ENGEL (P.), art. préc., p. 2056 ; REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 267, p. 278.

<sup>11</sup> Ces droits lui restent acquis pour toute la durée de la société, et non uniquement pour le temps de la jouissance (REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 192s., p. 200s. ; ENGEL (P.), art. préc., p. 2056), mais il peut les céder, y compris avant l'expiration de la mise à disposition (REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 197s., p. 206s. ; ENGEL (P.), *eod. loc.*).

qualité d'associé et les droits afférents. Il dispose ainsi du droit de percevoir des dividendes proportionnellement au nombre de parts sociales ou actions dont il est titulaire<sup>12</sup>. Il dispose en outre, lors de la dissolution de la société, du droit au remboursement de son apport, c'est-à-dire du droit de percevoir la valeur nominale des parts ou actions qui lui ont été attribuées<sup>13</sup>, ainsi qu'à sa quote part dans le boni de liquidation<sup>14</sup>.

Dans les sociétés à risques illimités, l'apporteur en jouissance peut être tenu personnellement du passif social, comme tout associé<sup>15</sup>. Il est en revanche assuré, dans les sociétés à risques limités - ou dans les autres, si une clause limite la responsabilité de l'associé à son apport -, de récupérer le bien dont la jouissance a été apportée. Le législateur l'a expressément prévu pour l'apport d'une chose de genre. Dans ce cas en effet, la propriété du bien est transférée à la société en application de l'article 1843-3, alinéa 4, du Code civil, à charge pour la société d'en restituer l'équivalent en fin de contrat<sup>16</sup>. L'apporteur en jouissance est alors créancier, vis-à-vis de la société, de l'obligation de restituer cet équivalent<sup>17</sup>. La doctrine considère, de même, que l'apporteur en jouissance d'un corps certain dispose du droit de le récupérer, sauf exception<sup>18</sup>, soit au terme convenu lorsqu'il survient antérieurement à la dissolution, soit lors de la dissolution de la société<sup>19</sup>. Le bien serait ainsi soustrait au droit de gage général des créanciers sociaux<sup>20</sup>. Pour justifier cette solution, les auteurs font valoir que l'apport ne porte que sur la jouissance du bien. Seule cette jouissance devrait dès lors être soumise aux aléas sociaux<sup>21</sup>. Le risque encouru se limite à l'absence de remboursement de la valeur nominale

<sup>12</sup> REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 177, p. 184.

<sup>13</sup> ENGEL (P.), *eod. loc.* ; PETARKA (N.), art. préc., p. 1138 ; REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 312, p. 311.

<sup>14</sup> ENGEL (P.), *eod. loc.* ; REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 314, p. 312.

<sup>15</sup> REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 177, p. 184.

<sup>16</sup> Il dispose : « *Lorsque [l'apport] est en jouissance, l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. Toutefois, lorsque l'apport en jouissance porte sur des choses de genre ou sur tous autres biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société, le contrat transfère à celle-ci la propriété des biens apportés, à charge d'en rendre une pareille quantité, qualité, et valeur ; dans ce cas, l'apporteur est garant dans les conditions prévues à l'alinéa précédent* ».

<sup>17</sup> REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 180, p. 189.

<sup>18</sup> Lorsque la société est dissoute avant que la mise à disposition n'expire, l'apporteur reste débiteur à l'égard de la société de l'obligation de mettre le bien à sa disposition. Deux situations sont alors envisageables. Le droit sur la chose peut, s'il est cessible, être cédé à un tiers pour la durée restant à courir. Si la cessibilité n'est pas envisageable, l'apporteur récupère le bien. La société dispose alors à son encontre d'une créance correspondant à la valeur de la jouissance dont la société a été privée, qui est incorporée dans l'actif à réaliser (en ce sens ENGEL (P.), art. préc., p. 2056).

<sup>19</sup> ENGEL (P.), art. préc., p. 2056.

<sup>20</sup> PETARKA (N.), art. préc., p. 1138 ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 32, p. 52 ; MESTRE (J.) et VELARDOCCIO (D.), *op. cit.*, n° 252, p. 110 ; MASSART (T.), *Rép. sociétés Dalloz*, V° Société (Contrat de), 2006, n° 58, p. 19.

<sup>21</sup> TERRE (F.) et VIANDIER (A.), fasc. préc., n° 78s., p. 12 ; REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 179, p. 185 ; HAUTCOEUR (R.), *Les apports à prestations successives ou continues dans les Sociétés (Apports en jouissance, Apport en travail)*, thèse Lille, 1928, p. 29.

de ses droits sociaux lors de la dissolution, c'est-à-dire à la perte des revenus du bien apporté<sup>22</sup>.

**781.** Il est similairement admis, dans les sociétés dans lesquelles l'apport en industrie est autorisé<sup>23</sup>, que l'apporteur en industrie ne court comme risque que celui de perdre les revenus de son travail.

L'alinéa premier de l'article 1844-1 du Code civil, qui reprend les termes de l'article 1853 ancien du même code, précise que l'apporteur en industrie contribue aux pertes dans la même proportion que l'associé qui a le moins apporté sauf clause contraire des statuts. La doctrine a admis dès la rédaction du Code civil que l'apporteur en industrie pouvait être exonéré de l'obligation de contribuer aux pertes sur son patrimoine personnel<sup>24</sup>. Le tribun Gillet exposa ainsi : « *S'il se trouvait quelque associé dont la mise fût uniquement en industrie, il pourrait être convenu de l'exempter des pertes; cette exemption serait, à son égard, considérée comme une partie du prix qu'on aurait mis à ses travaux* »<sup>25</sup>. A sa suite, les auteurs ont admis la validité des clauses qui limiteraient les risques subis par l'associé à la perte des revenus de son travail<sup>26</sup>. Certains ont fait valoir, pour justifier cette position, que le texte de l'article 1855 du Code civil prohibant les clauses léonines ne visait que « *les sommes ou effets mis dans le fonds de la société* », et excluait donc de son champ d'application l'apport en

---

<sup>22</sup> HOUPIN (C.), et BOSVIEUX (H.), *op. cit.*, n° 101, p. 120 ; REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 181, p. 210 ; LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 99, p. 21. En cas d'apport de choses de genre, la société n'étant tenue, lors de la dissolution, que de restituer l'équivalent à l'apporteur, celui-ci court en outre le risque d'insolvabilité de la société. Le risque qu'il court alors est toutefois identique à celui que court tout créancier d'une société insolvable (en ce sens : ENGEL (P.), art. préc., p. 2057 ; HAMEL (J.) et LAGARDE (G.), *op. cit.*, n° 405, p. 490).

<sup>23</sup> Il est admis dans les sociétés en nom collectif, dans les sociétés en commandite de la part des commandités, et dans les sociétés civiles professionnelles (MERLE (P.), *op. cit.*, n° 34, p. 53). Ne pouvant constituer un gage pour les créanciers, il est interdit dans les sociétés anonymes (Art. L. 225-3 du Code de commerce), et par renvoi à ses dispositions, dans les sociétés par actions simplifiées (Art. L. 227-1 du Code de commerce), ainsi que dans les sociétés en commandite de la part du commanditaire (Art. L. 222-1 du Code de commerce). Il devrait, pour la même raison, être interdit dans les SARL (en ce sens MERLE (P.), *op. et loc. cit.*). L'article L. 223-7 du Code de commerce, tel que modifié par la loi NRE du 15 mai 2001, l'autorise néanmoins, selon les modalités prévues par les statuts.

<sup>24</sup> Cette solution était déjà admise en droit romain et dans l'ancien droit. Ulpien admettait déjà que l'apporteur en industrie ne participe pas aux pertes de la société (Dig. 17, 2 fr. 29, §1.). Pothier faisait de même valoir que l'associé apportant « en son particulier quelque avantage à la société » soit exonéré des pertes (POTHIER (R.-J.), *op. cit.*, t.7, *Traité du contrat de société*, n° 20, p. 247).

<sup>25</sup> FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. 14, p. 422.

<sup>26</sup> V. par exemple TROPLONG, *Du contrat de société*, *op. cit.*, p. 120 ; AUBRY (C.) et RAU (G.), *op. cit.*, § 377, p. 546 ; GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de société*, *op. cit.*, n° 241, p. 307 ; HOUPIN (C.), et BOSVIEUX (H.), *op. cit.*, n° 201, p. 227 ; LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *op. cit.*, n° 40bis, p. 44 ; PIC (P.), *op. cit.*, n° 47, p. 52 ; plus récemment : KENDERIAN (F.), art. préc., n° 20, p. 627 ; TERRE (F.) et VIANDIER (A.), fasc. préc., n° 86, p. 12.

industrie<sup>27</sup>. La Cour de cassation a en outre admis la licéité de clause limitant le risque couru par un associé apportant son industrie à la perte des revenus de son travail<sup>28</sup>.

**782.** Les risques courus par l'apporteur en industrie peuvent donc être limités à la perte des revenus de son travail<sup>29</sup>, comme ceux courus par l'apporteur de la jouissance d'un bien peuvent être limités à la perte des revenus de la jouissance du bien.

Une telle restriction des obligations des apporteurs en industrie ou en jouissance conduit à admettre que certains associés ne participent pas aux pertes.

## 2 - L'assimilation erronée de ce risque à la contribution aux pertes

**783.** Pour justifier la solution ainsi admise, doctrine et jurisprudence assimilent manque à gagner et participation aux pertes. Cette assimilation est pourtant critiquable.

### *a) L'assimilation du manque à gagner à une perte*

**784.** Doctrine et jurisprudence considèrent en premier lieu que l'apporteur en jouissance participe aux pertes en raison du risque de perte des revenus de la chose. La Cour de cassation a ainsi clairement posé le principe suivant lequel l'apporteur en jouissance participe aux pertes à travers le risque de privation du revenu qu'il eût retiré de la jouissance individuelle de son bien<sup>30</sup>. Une partie de la doctrine fait de même valoir qu'en perdant les revenus qu'il eut retirés de la jouissance du bien, il perd la valeur de son apport<sup>31</sup>. Perdre la

---

<sup>27</sup> GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de société, op. et loc. cit.* ; HOUPIN (C.), et BOSVIEUX (H.), *op. et loc. cit.*

<sup>28</sup> Civ., 31 janv. 1917, *Gaz. Pal.* 1917.886, *Rev. soc.* 1918.1.163. V. aussi Com., 6 déc. 1955, *Bull. civ.* III, n° 359, p. 301.

<sup>29</sup> La solution dégagée de manière générale par la doctrine et la jurisprudence nous semble devoir s'appliquer aux sociétés à responsabilité limitée, quoique le statut de l'apporteur en industrie soit, dans ces sociétés, régi par les statuts (L'article L. 223-7 du Code de commerce, alinéa 3, dispose « *Le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie* »). On peut en effet, d'une part, considérer que la qualification d'apport en industrie emporte l'application des règles posées par le Code civil (LE CANNU (P.), *op. cit.*, n° 1194, p. 749). D'autre part, et en tout état de cause, on voit mal pour quelle raison les risques courus par l'associé d'une SARL ne pourraient être limités à la seule perte du revenu de son travail, alors qu'ils peuvent l'être de manière générale. L'apporteur en industrie dans une SARL ne bénéficie pas de plus de droits que les apporteurs en industrie dans d'autres sociétés. Comme dans toute société, l'apport en industrie donne lieu à l'attribution de parts sociales ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net dans les proportions fixées par les statuts ou, à défaut, dans la même proportion que l'associé qui a le moins apporté (MERLE (P.), *op. cit.*, n° 34, p. 53 ; MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *op. cit.*, n° 5090, p. 334). Aucune raison ne semble dès lors justifier de lui refuser le bénéfice de la règle adoptée de manière générale.

<sup>30</sup> Req., 20 déc. 1893, *S.* 1894.1.484, *D.* 1894.1.224; Req., 5 déc. 1887, *D.P.* 1888.1.430; Req. 2 avr. 1889, *D. P.* 1907.2.25, en sous-note ; Req., 1er fév. 1921 et en sous-note Req., 21 avr. 1915, *S.* 1922.1.166.

<sup>31</sup> V. par ex. HOUPIN (C.), et BOSVIEUX (H.), *op. cit.*, n° 201, p. 227 ; HAMEL (J.) et LAGARDE (G.), *op. cit.*, n° 405, p. 490 ; BASTIAN (D.), note sous Trib. com. Menton, 23 fév. 1949, *JCP* 1949.II.4963 ; et plus récemment REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 178s., p. 185s. ; KENDERIAN (F.), art. préc., n° 20, p. 627 ; TERRE (F.) et VIANDIER (A.), fasc. préc., n° 78s., p. 12 ; LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), art. préc., n° 99, p. 21.

jouissance d'un bien, c'est en effet n'en retirer aucun fruit<sup>32</sup>. De la sorte, l'apporteur en jouissance contribuerait aux pertes<sup>33</sup>.

Mais la Cour de cassation est allée plus loin. Tirant les conséquences de l'assimilation du manque à gagner à une perte, elle a jugé que participait aux pertes l'apporteur qui percevait un revenu moindre que celui qu'il aurait pu espérer retirer de la jouissance individuelle de son bien. Elle a ainsi jugé que l'apporteur d'une usine en jouissance n'était pas exonéré des pertes par la clause prévoyant une indemnité forfaitaire inférieure à la valeur locative de l'usine. La clause prévoyant une telle indemnité était donc valable<sup>34</sup>. Elle a de même admis la licéité au regard de la prohibition des clauses léonines d'une clause prévoyant un intérêt de 5% des sommes apportées, plus 30% des bénéfices<sup>35</sup>.

**785.** Elles considèrent, en deuxième lieu, que l'apporteur en industrie participe aux pertes en perdant les revenus de son travail.

Cette assimilation ne fut pas immédiate. Tout en admettant la limitation des risques courus par l'apporteur en industrie, les rédacteurs du Code civil ont considéré qu'il ne contribuait pas aux pertes<sup>36</sup>.

Rapidement toutefois, les auteurs qui ont admis la validité d'une telle restriction ont soutenu, pour la justifier, que le manque à gagner résultant de la non perception des revenus du travail effectué constituait un mode de contribution aux pertes. Troplong exposa ainsi, semble-t-il le premier, que l'associé qui ne percevait aucune contrepartie pour son travail et ses peines contribuait aux pertes<sup>37</sup>. Et pour justifier cette assimilation, il écrivit que « *si la société n'a rien gagné, il [l'associé] en sera pour son travail et ses peines* »<sup>38</sup>. A sa suite, de nombreux

---

<sup>32</sup> REGNAUT-MOUTIER (C.), *op. et loc. cit.* ; HAUTCOEUR (R.), *eod. loc.*

<sup>33</sup> cf. les références citées supra note n° 31.

<sup>34</sup> Com., 23 mars 1954, *JCP* 1954.II.8184. Les faits de l'espèce étaient particuliers. Les associés apportant l'usine en jouissance avaient le droit de provoquer la dissolution de la société si elle ne réalisait pas un certain montant de bénéfices. Ils touchaient, en cas de dissolution, une indemnité forfaitaire. La participation aux pertes découlait du fait que, pendant le temps nécessaire à relouer l'usine, ils perdraient la différence entre la valeur locative et l'indemnité forfaitaire perçue. Il faut noter que, par ailleurs, ils perdaient un apport en espèces, ce qui incita peut-être la Cour de cassation à valider l'apport en jouissance.

<sup>35</sup> Req., 1er fév. 1921, *S.* 1922.1.166., préc. L'arrêt constate que « de Blay a apporté dans la société dont il s'agit la jouissance seulement, à titre de commandite, d'une somme de 100000 fr.; que l'acte social ne lui concède pas la totalité des bénéfices et ne l'affranchit pas de la totalité des pertes; que la jouissance du capital qu'il mettait en société le laissait exposé aux pertes que pourrait subir la société, et qu'il courait le risque de ne rien retirer de l'intérêt de ses fonds; que l'événement a prouvé que ce risque était sérieux, puisqu'il n'a pas touché les revenus de son capital ».

<sup>36</sup> Gillet soulignait explicitement que l'on pouvait admettre que l'apporteur en industrie soit « *exempté des pertes* » (Cf. supra n° 781).

<sup>37</sup> TROPLONG, *Du contrat de société, op. cit.*, p. 121. En ce sens qu'il est le premier auteur à avoir procédé à une telle assimilation : VIANDIER (A.), *op. et loc. cit.*

<sup>38</sup> *Ibid.*



auteurs ont estimé que l'exonération des pertes dont bénéficiait l'apporteur en industrie qui ne risque de perdre que les revenus de son travail n'était qu'apparente, car si la société subit des pertes, son travail n'est pas rémunéré<sup>39</sup>. Il n'est donc plus question d'admettre que l'apporteur en industrie ne contribue pas aux pertes. Cette contribution résulte, selon ces auteurs, de la perte des revenus que l'apporteur pouvait espérer de son travail. La participation aux pertes résulte du manque à gagner subi.

Les arrêts qui valident la clause limitant les conséquences financières de l'association à la perte des revenus du travail fourni se fondent également sur l'assimilation du manque à gagner à une perte. L'associé qui apporte son industrie contribue aux pertes « *en ce sens que l'absence de bénéfice le privera du fruit de son travail, ce qui lui fera perdre en réalité sa mise* »<sup>40</sup>. L'arrêt marque donc nettement l'assimilation du manque à gagner à une perte. Ce n'est que si l'apporteur ne court pas le risque de subir un tel manque à gagner que la clause est léonine. La Cour de cassation a toutefois jugé, dans cette espèce, que l'associé apporteur de son industrie était affranchi de toute contribution aux pertes parce qu'il touchait une rémunération forfaitaire à prélever sur le montant brut de chaque recette.

*b) La critique de l'assimilation du manque à gagner à une perte*

**786.** Contrairement à ce que retiennent la jurisprudence et une partie de la doctrine, l'apporteur en industrie ou l'apporteur en jouissance qui est assuré de récupérer le bien apporté ne peuvent être considérés comme contribuant aux pertes.

**787.** En premier lieu, il est erroné d'assimiler à une perte le manque à gagner résultant de l'absence de perception des revenus que l'associé pouvait attendre du bien.

L'assimilation n'est pas totalement dénuée de pertinence économique. La perte des revenus qui pourrait résulter de la jouissance de la chose constitue un risque pour l'apporteur, et ce d'autant plus que, dans un certain nombre de cas, il eut pu être assuré de percevoir ces revenus s'il avait choisi d'autres placements.

---

<sup>39</sup> GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de société, op. cit.*, n° 241, p. 308; HOUPIIN (C.), et BOSVIEUX (H.), *op. cit.*, n° 201, p. 227 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET WAHL (A.), *op. cit.*, 1<sup>ère</sup> éd., n° 280, p. 162 ; LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *op. cit.*, n° 40bis, p. 44 ; PIC (P.), *op. cit.*, n° 47, p. 52 ; HAMEL (J.) et LAGARDE (G.), *op. cit.*, n° 405, p. 490 ; plus récemment TERRE (F.) et VIANDIER (A.), fasc. préc., n° 82, p. 12 ; KENDERIAN (F.), La contribution aux pertes sociales, art. préc., n° 20, p. 627 ainsi que les auteurs cités.

<sup>40</sup> Civ., 31 janv. 1917, *Gaz. Pal.* 1917.886, *Rev. soc.* 1918.1.163. V. aussi Com., 6 déc. 1955, *Bull. civ.* III, n° 359, p. 301.

L'assimilation du manque à gagner à une perte subie par l'associé est toutefois critiquable<sup>41</sup>. L'associé qui subit un manque à gagner ne s'appauvrit pas. La consistance de son patrimoine n'est pas affectée. Aussi ne craint-il pas, généralement, de subir un manque à gagner comme il craint de participer aux pertes en risquant de ne pas récupérer le bien ou les fonds mis à la disposition de la société. L'assimilation réduit ainsi considérablement la portée de l'exigence de participation aux pertes<sup>42</sup>. Il en est spécialement ainsi lorsque le contrat de société prévoit que l'apporteur en jouissance percevra un intérêt fixe sur la somme apportée. Le risque subi devient alors quasiment inexistant. La solution pose par ailleurs la question du seuil à compter duquel l'apporteur en jouissance peut être considéré comme ne subissant plus un manque à gagner. Tout associé peut, sur la base de cette assimilation, prétendre contribuer aux pertes dès lors que les bénéfices qu'il retire de l'entreprise restent inférieurs aux revenus qu'il aurait pu percevoir en faisant un autre usage des fonds ou du bien apportés<sup>43</sup>.

**788.** En second lieu, alors même que l'on admettrait que le manque à gagner peut être assimilé économiquement à une perte subie par l'apporteur, l'assimilation entre les deux notions reste critiquable en ce qu'elle procède d'une confusion entre les pertes de l'associé et les pertes de la société<sup>44</sup>. L'obligation imposée par les articles 1832 et 1844-1 du Code civil est celle de contribuer aux pertes définitives de la société, c'est-à-dire d'assumer personnellement une partie de la différence entre le passif et l'actif de la société<sup>45</sup>. Si l'absence de rémunération d'un associé, et donc l'existence d'un éventuel manque à gagner, peuvent résulter des pertes subies par la société, il n'en est pas nécessairement ainsi. Un associé peut subir un manque à gagner sans pour autant contribuer aux pertes. La société peut, par exemple, avoir réalisé un bénéfice dont la distribution procurera à chacun des associés un gain moindre que ce qu'il aurait obtenu s'il avait placé son argent dans une autre affaire<sup>46</sup>. Réciproquement, les pertes subies par la société n'induisent pas systématiquement des pertes de l'associé : le coût résultant pour un individu, qui décide d'exercer une activité professionnelle au sein d'une société, de sa contribution aux pertes, peut être moindre que celui qu'aurait engendré la même activité s'il l'avait exercée seul<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 181, p. 189 ; v. également THALLER (E.), note sous Amiens, 26 mai 1906, *D.* 1907.2.25 ; BONFILS (H.), obs. sous Req., 20 déc. 1893, *Rev. crit. lég.* 1895.546.

<sup>42</sup> PIC (P.), *op. cit.*, n° 47, p. 53.

<sup>43</sup> VIANDIER (A.), thèse préc., n° 57, p. 61.

<sup>44</sup> VIANDIER (A.), thèse préc., n° 54, p. 59.

<sup>45</sup> *Supra* n° 13

<sup>46</sup> VIANDIER (A.), *op. et loc. cit.*

<sup>47</sup> VIANDIER (A.), *op. et loc. cit.*

**789.** On a tenté de faire valoir, pour justifier cette assimilation, qu'elle n'est que la conséquence logique de l'admission de la validité de l'apport en jouissance<sup>48</sup>. Dès lors que le droit positif admet l'apport en jouissance, il serait inévitable que l'apporteur ne puisse perdre que la jouissance du bien, c'est-à-dire les revenus de cette jouissance, dans la mesure où l'apport ne porte pas sur le bien lui-même. Sauf à refuser les apports en jouissance, l'apporteur devrait toujours être en droit de récupérer le bien dont la jouissance a été apportée. Certes, cette argumentation peut justifier que le manque à gagner soit considéré comme une perte. En perdant les revenus de la jouissance, l'apporteur perd alors effectivement son apport.

Mais c'est alors le principe même de l'admission de l'apport en jouissance qui est critiquable. Dès lors que cette admission implique que la perte subie par l'apporteur se limite aux revenus de la chose, l'apport ne doit pas pouvoir porter uniquement sur la jouissance d'un bien dans la mesure où cela conduit à dénaturer la portée de l'obligation de tout associé de participer aux pertes.

**790.** Parce que l'associé qui risque uniquement de subir un manque à gagner ne contribue pas aux pertes sociales, l'assimilation du manque à gagner à une perte altère l'exigence de contribution aux pertes. Elle permet à des personnes que le droit positif considère comme associés d'échapper à cette obligation.

L'obligation de contribuer aux résultats sociaux est encore remise en cause par les exceptions admises à ce principe.

### **B - Les exceptions à l'exigence de contribution aux résultats**

**791.** Trois types d'exceptions peuvent être recensés à l'exigence de contribution aux résultats. La première résulte de la validité des promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix garanti (1). La deuxième résulte de l'admission de la stipulation par laquelle un associé s'engage à contracter une police d'assurance garantissant contre les pertes l'un de ses coassociés (2). La troisième résulte de la suppression, récente, de l'exigence d'un capital social minimum dans les SARL (3).

---

<sup>48</sup> Pour une telle argumentation, v. REGNAUT-MOUTIER (C.), thèse préc., n° 181, p. 189.

### 1- Les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix déterminé

**792.** L'exigence de contribution des associés aux résultats sociaux est en premier lieu remise en cause par l'admission de la validité des promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix garanti.

Ces conventions, dès lors qu'elles permettent au titulaire des droits de les céder à tout moment à un prix indépendant des pertes, le garantissent contre tout risque de perte<sup>49</sup>. Aussi cette admission entraîne-t-elle, quelle que soit son utilité pratique, une érosion de l'exigence de contribution aux pertes.

Réciproquement, l'admission de la validité des promesses de vente au regard de la prohibition des clauses léonines conduit, dans un certain nombre de cas, à admettre qu'un associé soit privé de toute participation aux bénéfices<sup>50</sup>. Les conventions de portage prévoient en effet fréquemment que le porteur reversera les dividendes distribués au donneur d'ordre, ou qu'ils s'imputeront sur le prix de rachat des titres<sup>51</sup>, privant le promettant de tout espoir de percevoir une fraction des bénéfices. Les promesses de rachat semblent en outre devoir être considérées comme léonines alors même que le bénéficiaire n'est pas explicitement privé de dividendes, dès lors qu'aucun délai de levée de l'option n'est imposé. Le bénéficiaire dispose dans ce cas de la possibilité de racheter les parts sociales ou actions avant que le promettant ait perçu quelque dividende. L'absence de participation aux bénéfices du promettant n'est certes pas certaine. Il conserve une chance, si le cessionnaire ne lève pas l'option, de percevoir des dividendes. Une telle convention, qui fait dépendre la perception de bénéfice de la volonté unilatérale de son bénéficiaire, semble toutefois contrevenir à l'esprit de la prohibition, qui veut que tous les titulaires de droits sociaux se partagent les bénéfices lorsque la société en réalise.

### 2 - Les clauses de garantie

**793.** La nécessité de la participation des associés aux résultats est en second lieu remise en cause par deux arrêts ayant admis qu'un associé en garantisse un autre contre les pertes.

**794.** La Cour de cassation a admis, dans le premier de ces arrêts, la validité d'une société dans laquelle l'un des associés s'engageait à payer les primes d'une police d'assurance

---

<sup>49</sup> Supra n° 140s.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> LUCAS (F.-X.), thèse préc., spéc. n° 222, p. 116 ; SCHMIDT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, art. préc., p. 33.

garantissant son coassocié contre les pertes<sup>52</sup>. Dans cette espèce, l'acte de société prévoyait que l'associé gérant devait souscrire une assurance sur la vie, garantissant au commanditaire le remboursement de sa commandite en cas de décès du gérant. Les primes étaient payables par l'associé gérant. Le pourvoi formé contre l'arrêt ayant admis la validité de cette clause fût rejeté sur un double motif. D'une part, l'apport du commanditaire restait « affecté au paiement des dettes sociales ». L'assurance ne faisait que procurer au commanditaire une somme équivalente. D'autre part, cette somme était versée par un tiers - et non par le coassocié - puisque le capital versé était réputé n'avoir fait à aucun moment partie du patrimoine du gérant. Ce capital était réputé avoir été acquis au commanditaire au jour de la souscription du contrat. L'assurance, émanant d'un tiers, était donc valable, et la clause pouvait échapper à la prohibition des clauses léonines.

**795.** Quelques auteurs ont approuvé cette solution<sup>53</sup>. Ils expliquent que l'avantage d'un tel contrat d'assurance réside précisément dans le fait que l'engagement de garantie au profit du commanditaire émane non du commandité mais d'un tiers. Il est donc valable<sup>54</sup>. Ils estiment par ailleurs que la garantie est conditionnée par le décès du gérant. Or les clauses soumettant la participation à une condition sont licites<sup>55</sup>. Globalement, la stipulation devrait donc être validée, la garantie ne provenant pas du coassocié mais d'un tiers. Un auteur a en outre fait valoir que le commanditaire, s'il était assuré du remboursement de son apport, risquait de perdre les intérêts de celui-ci. Le manque à gagner pouvant, selon cet auteur, être assimilé à une perte, le commanditaire ne serait donc pas exonéré de toute participation aux risques<sup>56</sup>. Il a ajouté que cette combinaison devrait être validée dans la mesure où elle ne cause de préjudice à personne. Enfin, il a considéré que l'associé qui verse les primes procéderait à ce paiement non en tant qu'associé, mais en temps que tiers<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Civ., 9 juin 1890, D.1890.1.409, note PLANIOL (M.), S. 1890.1.305, note T. C.

<sup>53</sup> ARTHUYS (F.), *Traité des sociétés commerciales*, t. 1, Sirey, 1906, n° 67, p. 64 ; MAUBERT (M.), thèse préc., p. 179s.

<sup>54</sup> Ce point est confirmé par la jurisprudence affirmant que le capital assuré au profit d'une personne déterminée appartient originairement au bénéficiaire désigné (Req., 2 juil. 1884 S. 1885.1.5, Req., 8 fév. 1888, S. 1888.1.121). Et le fait que le gérant récupère la somme en cas de liquidation avantageuse ne serait que l'effet d'une condition résolutoire qui priverait le commanditaire de son capital. Ils s'appuient par ailleurs sur une décision similaire concernant une police contractée par un commerçant au profit de sa femme (Req., 16 janv. 1888, S. 1888.1.121).

<sup>55</sup> Supra n° 118.

<sup>56</sup> MAUBERT (M.), thèse préc., p. 179s. ; dans le même sens : TERRE (F.) et VIANDIER (A.), fasc. préc., n° 71, p. 11.

<sup>57</sup> *Ibid.*

La majorité de la doctrine a cependant critiqué l'arrêt. Planiol, dans la note qu'il lui a consacré, a considéré que le gérant assurait le commanditaire des risques de pertes<sup>58</sup>. L'assurance était contractée par le gérant en vertu d'une obligation imposée à lui par l'acte de société. Les primes étaient par ailleurs acquittées par le gérant. Enfin, en cas de liquidation favorable permettant au commanditaire de récupérer sa mise, le bénéfice de l'assurance revenait au gérant. Tout se passait, selon Planiol, « *comme si le gérant, ayant eu à sa disposition la somme promise, l'eût cédée en nantissement à son coassocié* ». Il ne s'agissait donc pas, selon l'auteur, d'une convention d'assurance entre un associé et un tiers. Enfin, le fait que le capital ne soit payable qu'à la mort du gérant ne constituait pas une condition rendant licite la stipulation. En effet, le commanditaire ne perdait le bénéfice de l'assurance que si la liquidation permettait de lui rembourser son apport. Il était donc bien garanti contre tout risque de perte, devant attendre éventuellement le décès du gérant pour récupérer ce capital. Planiol en conclut que cette jurisprudence, si elle devait être confirmée, réduirait fortement la portée de la prohibition de l'article 1855 du Code civil. D'autres auteurs, à sa suite, se sont prononcés dans le même sens. Pic, notamment, a estimé que le raisonnement de la Cour de cassation reposait sur une double confusion<sup>59</sup>. D'une part, les primes étaient acquittées par le gérant. Aussi recourrait-on à une fiction en considérant que le droit au capital est acquis directement au commanditaire. L'effet de la stipulation serait bien d'exonérer ce dernier des pertes. D'autre part, l'article 1855 vise la contribution aux pertes, c'est à dire le rapport entre associés. Le fait que les fonds de la commandite restent affectés au paiement des dettes sociales ne serait donc pas un argument permettant de valider la clause.

**796.** Ces critiques doivent être approuvées. Il n'est, d'une part, pas possible de justifier l'arrêt en considérant que la garantie était conditionnelle, dans la mesure où, ainsi que l'a souligné Planiol, le commanditaire était certain, en cas de liquidation laissant apparaître des pertes, d'être indemnisé. La seule incertitude portait sur la date de l'indemnisation, liée au décès du gérant<sup>60</sup>. Cette garantie, certaine, ne pouvait d'autre part être considérée comme consentie par un tiers. Certes, le commanditaire n'était pas, techniquement, garanti par son

---

<sup>58</sup> PLANIOL (M.), note sous Civ., 9 juin 1890, D.1890.1.409.

<sup>59</sup> PIC (P.), *op. cit.*, n° 49, p. 54 ; V. également THALLER (E.), *op. cit.*, n° 297, p. 192 ; HOUPIN (C.) et BOSVIEUX (H.), *op. cit.*, n° 168, p. 209 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET WAHL (A.), *op. cit.*, 1<sup>ère</sup> éd., n° 286, p. 166 ; VIANDIER (A.), thèse préc., n° 66, p. 68 ; et plus mesurés, LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *op. cit.*, note 2, p. 48.

<sup>60</sup> PLANIOL (M.), note sous Civ., 9 juin 1890, D.1890.1.409.

coassocié, dans la mesure où le capital devait lui être versé par la compagnie d'assurance. Mais la charge définitive de la totalité des pertes pesait sur le gérant, qui devait les assumer soit directement, soit indirectement à travers le paiement des primes d'assurance. Réciproquement, la participation du commanditaire aux bénéfices ne trouvait pas sa contrepartie dans sa contribution aux pertes. La convention litigieuse contrevenait donc à l'esprit de la prohibition. Enfin, et de troisième part, pour les raisons déjà évoquées<sup>61</sup>, le manque à gagner subi par le commanditaire ne pouvait être assimilé à une perte, et ce d'autant plus qu'en l'espèce, l'apport avait bien été consenti en pleine propriété.

**797.** La validité d'une telle convention, qui n'a pas été remise en cause depuis, peut trouver une confirmation dans un arrêt du 29 octobre 1990<sup>62</sup>. La Cour de cassation a, dans cet arrêt, admis la validité de la convention aux termes de laquelle l'un des deux coassociés avait garanti à l'autre le remboursement de son apport. Toute participation aux pertes de l'associé garanti n'était pas exclue, dans la mesure où les charges et profits étaient répartis entre les associés, et étaient assumés dans la proportion d'un quart par le bénéficiaire de la garantie. La Cour de cassation a toutefois ajouté, pour rejeter le moyen faisant grief à l'arrêt d'appel d'avoir admis l'existence d'un contrat de société malgré cet engagement, que le remboursement de la créance n'était pas mis à la charge de la société, mais du coassocié. Elle a donc semblé admettre, dans cet arrêt, la licéité d'une garantie contre les pertes consentie par un coassocié<sup>63</sup>.

**798.** La portée exacte de ce second arrêt est incertaine, dans la mesure où l'affirmation de la licéité de la garantie consentie par un coassocié ne semble pas avoir déterminé la position de la Cour de cassation. Il semble, à minima, confirmer que la solution retenue dans l'arrêt du 9 juin 1890 demeure toujours valable. Aussi celui-ci doit-il être considéré comme établissant une exception à l'exigence de participation aux pertes de tous les associés. Il en résulte qu'un associé peut participer aux bénéfices sans assumer l'obligation, conçue comme corrélative<sup>64</sup>, de participer aux pertes.

---

<sup>61</sup> Supra n° 785s.

<sup>62</sup> Civ. 1ère, 29 oct. 1990, *Bull. civ.* I, n° 225, p. 160 ; *Bull. Joly* 1990, p. 1052, note LE CANNU (P.), cf. supra n° 92.

<sup>63</sup> V. Supra n° 92, et les références citées.

<sup>64</sup> Supra n° 102.

### 3 - Les SARL dont le montant du capital social s'élève à un euro

**799.** Dans les sociétés à risques limités, la participation aux pertes se manifeste essentiellement par l'impossibilité de récupérer son apport lors de la dissolution de la société. Or la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 a modifié l'article L. 223-2 du Code de commerce, qui prévoit désormais que le montant du capital social est fixé par les statuts<sup>65</sup>. Le capital social peut ainsi ne s'élever qu'à un euro, voire à quelques centimes d'euro<sup>66</sup>. Les associés qui participent au capital social<sup>67</sup> d'un tel montant ne peuvent alors être considérés comme participant aux pertes. Ils ne courent d'autre risque que celui de perdre cet euro, risque qui ne peut, au regard de la prohibition des clauses léonines, être considéré comme significatif<sup>68</sup>.

**800.** Tout en affirmant constamment le principe suivant lequel les associés doivent participer aux résultats de la société, le droit positif français consacre certaines atténuations ou admet certaines exceptions à ce principe. Il admet, spécialement, que soit remise en cause la réalité de la participation aux pertes.

#### **§ 2 – L'absence de vocation des titulaires de droits sociaux aux résultats dans certains droits étrangers**

**801.** Le droit français n'est pas le seul à poser pour principe que les associés doivent participer aux résultats, et spécialement contribuer aux pertes. De nombreux droits étrangers, parmi lesquels les droits belge<sup>69</sup> ou espagnol<sup>70</sup>, interdisent similairement aux associés de s'exonérer des pertes ou de se priver des bénéfices.

Certains droits appréhendent en revanche plus souplement le droit de partager les bénéfices et l'obligation de contribuer aux pertes. Il est ainsi admis en droit allemand que peut exister un contrat de société alors même que les associés ne participent pas aux résultats (A). Certaines

---

<sup>65</sup> PIETRANCOSTA (A.), Capital zéro ou zéro capital, in *Quel avenir pour le capital social*, sous la direction de A. Couret et H. Le Nabasque, Dalloz, 2004, p. 127, p. 130. Le même article exigeait auparavant qu'il soit de 7500€ au moins.

<sup>66</sup> *Ibid.* ; MERLE (P.), *op. cit.*, n° 178, p. 200.

<sup>67</sup> Ce qui exclut donc les apporteurs en industrie. Il résulte en effet de l'article 1843-2 du Code civil que l'apport en industrie ne concourt pas à la formation du capital social, texte qui s'applique notamment aux SARL (En ce sens : MERLE (P.), *op. cit.*, n° 181, p. 202).

<sup>68</sup> PIETRANCOSTA (A.), art. préc., p. 138.

<sup>69</sup> MALHERBE (J.), LAMBRECHT (P.), MALHERBE (P.), *Droit des sociétés, Précis, Droit communautaire, Droit Belge*, Bruylant, 2004, n° 476, p. 223.

<sup>70</sup> L'article 1691 du *Codigo civil* « énonce qu'est nul le pacte qui exclut un ou plusieurs associés de toute participation dans les bénéfices ou les pertes » (CONVERT (L.), *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés*, préf. B. Saintourens, Bibl. dr. priv., t. 374, L.G.D.J., 2003, n° 569, p. 612).



exceptions à l'obligation de contribuer aux pertes sont en outre admises dans d'autres droits, tels le droit anglais ou le droit québécois (B).

### A – L'absence d'obligation de participer aux résultats en droit allemand

**802.** La participation aux bénéfices et aux pertes n'est pas, en droit allemand, une condition d'existence d'un contrat de société.

**803.** Le BGB définit le contrat de société comme celui par lequel « *les associés s'obligent réciproquement à poursuivre le but commun selon les termes du contrat, notamment en effectuant les apports convenus* »<sup>71</sup>. Le seul élément distinctif du contrat de société est, en droit allemand, le but commun<sup>72</sup>. La communauté d'intérêt permet de distinguer la société de contrats tels que la vente ou le bail, dans lesquels les intérêts des parties demeurent opposés<sup>73</sup>. Elle permet également de distinguer le contrat de société d'autres contrats avec participation aux bénéfices, dans la mesure où les bénéfices ne sont alors pas réalisés par le concours commun des parties ; l'une d'elles profite du succès réalisé par l'autre<sup>74</sup>. La distinction entre une société et un prêt avec participation aux bénéfices résultera ainsi, dans des cas où il est prévu que les parties ne partagent pas les pertes<sup>75</sup>, d'éléments tels que le pouvoir de contrôle et d'intervention dans la vie sociale, la durée du contrat...<sup>76</sup>.

**804.** La participation aux bénéfices ou aux pertes ne résulte donc pas explicitement de la définition du contrat de société, ni n'en constitue un élément essentiel. Elle ne peut en outre être considérée comme inhérente à la poursuite d'un but commun. La définition que retient le droit allemand de la notion de but commun est en effet très large. La société peut en principe poursuivre des buts non seulement économiques, mais également politiques, religieux, sportifs, artistiques, caritatifs, scientifiques...<sup>77</sup>. Or ceux-ci n'impliquent pas nécessairement la réalisation de bénéfices, ni leur partage, non plus que la participation aux pertes. Certaines

---

<sup>71</sup> § 705 BGB : « *Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten* », traduit par PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, préf. J.-B. Blaise, Bibl. dr. priv., t. 402, L.G.D.J., 2003, n° 50, p. 35.

<sup>72</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 52, p. 36.

<sup>73</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 534, p. 302.

<sup>74</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 538, p. 304.

<sup>75</sup> Le contrat est sinon un contrat de société (PEGLOW (K.), thèse préc., n° 540, p. 305). On relèvera que cette solution n'est nullement incompatible avec le principe suivant lequel la participation aux pertes n'est pas un élément nécessaire à l'existence de la société. La valeur distinctive de la participation aux pertes signifie seulement que, sans être un élément nécessaire à l'existence d'une société, elle exclut d'autres qualifications.

<sup>76</sup> PEGLOW (K.), *op. et loc. cit.*

<sup>77</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 358, p. 194, et sur les exceptions et limites à ce principe, n° 363s., p. 198s.

sociétés ne peuvent, certes, être constituées que dans un but lucratif<sup>78</sup>. Cependant, la poursuite par la société d'un but lucratif n'implique pas nécessairement que les associés entendent partager les bénéfices. Le but de la société est en effet distingué du but final poursuivi par chaque associé<sup>79</sup>. Il n'est ainsi pas nécessaire que chacun des associés cherche à percevoir une part des bénéfices, de sorte que rien n'interdit à un associé de céder sa part de bénéfice à l'un de ses coassociés<sup>80</sup>. L'importance du but commun comme élément caractéristique du contrat de société permet de même d'écarter la contribution de tous les associés aux pertes<sup>81</sup>.

**805.** Ces règles ne s'appliquent pas d'elles-mêmes dans les sociétés de capitaux. Il n'y a pas, en droit allemand, de droit commun des sociétés applicable à toutes à l'instar de l'article 1832 du Code civil. On trouve, d'un côté, des dispositions s'appliquant aux sociétés de personnes et, de l'autre, celles s'appliquant aux sociétés de capitaux –GmbH, AG...-<sup>82</sup>. Les dispositions du BGB ne sont ainsi relatives qu'aux sociétés de personnes, à l'exclusion des sociétés de capitaux<sup>83</sup>. Il est néanmoins admis que certains principes sont applicables à toutes les sociétés<sup>84</sup>. La poursuite d'un but commun est ainsi également nécessaire dans les sociétés de capitaux, but qui n'est pas, nécessairement, lucratif<sup>85</sup>. Il en résulte, de même que dans les sociétés de personne, que le partage des bénéfices ou la contribution aux pertes n'est pas indispensable<sup>86</sup>. Les statuts d'une Aktiengesellschaft peuvent ainsi priver tout ou partie des associés des bénéfices<sup>87</sup>. L'article 29 de la loi sur les GmbH, qui précise que tout associé dispose d'un droit au bénéfice annuel, et que la distribution est effectuée au prorata des parts sociales, précise par ailleurs que le contrat de société peut déterminer un autre mode de

<sup>78</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 364, p. 199.

<sup>79</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 367, p. 201.

<sup>80</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 371, p. 203.

<sup>81</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 372, p. 204.

<sup>82</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 51, p. 35.

<sup>83</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 346, p. 188.

<sup>84</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 346, p. 188.

<sup>85</sup> PEGLOW (K.), thèse préc., n° 358, p. 194. L'article 1<sup>er</sup> de la loi sur les GmbH précise que « *La société à responsabilité limitée peut être constituée par une ou plusieurs personnes dans le but de poursuivre tout objet reconnu licite par la loi* » (LOUSANOFF (O. DE) ET LAURIN (B.), *La GmbH*, Fritz Knapp Verlag, 2<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 200 : « *Gesellschaften mit beschränkter Haftung können nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden* »).

<sup>86</sup> Monsieur Peglow expose que les développements consacrés à la nécessité d'un but commun et à ses conséquences concernent aussi bien les sociétés de personne que les sociétés de capitaux (PEGLOW (K.), thèse préc., n° 346, p. 188).

<sup>87</sup> Il résulte de l'article 58 de la loi sur les sociétés par actions que les statuts d'une AG peuvent exclure la distribution de bénéfices aux actionnaires intégralement ou partiellement (En ce sens KROPFF (B.) et SEMLER (J.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Verlag C. H. Beck, 2<sup>ème</sup> éd., 2000, § 58, n° 87).

répartition<sup>88</sup>. Il est ainsi admis que les statuts peuvent priver certains des associés des bénéfices<sup>89</sup>. Il a par ailleurs été admis que certains des associés soient garantis par leurs coassociés contre les risques de pertes<sup>90</sup>.

Aucune disposition n'interdit donc aux associés des sociétés de capitaux de prévoir que certains ne participeront pas aux bénéfices ou aux pertes.

## **B – Les droits admettant la licéité des clauses exonérant un associé des pertes**

**806.** Certains droits étrangers, tout en considérant la participation aux bénéfices comme essentielle, admettent, à tout le moins dans certaines structures, qu'un des associés soit, dans ses rapports avec ses coassociés, exonéré des pertes.

**807.** La participation aux bénéfices est ainsi, en droit québécois, un élément essentiel des « sociétés », au sens que donne à ce terme le droit québécois. Il les définit comme un regroupement contractuel de deux personnes ou plus qui conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et « *de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent* »<sup>91</sup>. La volonté de partage des bénéfices est donc inhérente à ces « sociétés ». Différents articles propres aux différents types de sociétés déclarent en conséquence sans effets les clauses privant un associé des bénéfices<sup>92</sup>.

La participation aux pertes n'est en revanche pas imposée. L'article 2203 du Code civil, relatif à la répartition des résultats dans les sociétés en nom collectif, mais applicable aux sociétés en commandite<sup>93</sup> et aux sociétés en participation<sup>94</sup>, précise ainsi que la clause qui

---

<sup>88</sup> § 29 : « (1) Die Gesellschafter haben Anspruch auf den Jahresüberschuß zuzüglich eines Gewinnvortrags und abzüglich eines Verlustvortrags (...). (3) Die Verteilung erfolgt nach Verhältnis des Geschäftsanteile. Im Gesellschaftsvertrag kann ein anderer Maßstab der Verteilung festgesetzt werden » : « (1) Tout associé dispose d'un droit au bénéfice annuel, incluant tout report de bénéfice et déduction faite de tout report de pertes (...). (3) La distribution est effectuée au prorata des parts sociales. Le contrat de société peut déterminer un autre mode de répartition » (Cf. pour la traduction LOUSANOFF (O. DE) ET LAURIN (B.), *op. cit.*, p. 230).

<sup>89</sup> BAUMBACH A.), ET HUECK (A.), *GmbH-Gesetz*, Verlag C. H. Beck, 18<sup>ème</sup> éd., 2006, par L. Fastrich et G. Hueck, n° 36, p. 395

<sup>90</sup> KROPPF (B.) et SEMLER (J.), *op. cit.*, § 23, n° 188.

<sup>91</sup> Code civil du Québec, art. 2186. Les « sociétés », qui sont des contrats et n'ont pas la personnalité morale, se distinguent des compagnies, ou « sociétés par actions », qui sont des institutions dotées de cette personnalité morale (en ce sens MARTEL (M.) ET MARTEL (P.), *La compagnie au Québec*, Wilson & Lafleur, Martel Itée, 2002, n° 1-2).

<sup>92</sup> Cf. Code civil du Québec, art. 2203, relatif aux sociétés en nom collectif, applicable, par renvoi de l'article 2238 du même Code, aux commandités des sociétés en commandite.

<sup>93</sup> Code civil du Québec, art. 2238.

<sup>94</sup> Code civil du Québec, art. 2251.

dispense un associé de son obligation de partager les pertes est inopposable aux tiers. Aucune disposition ne prévoit en revanche qu'elle ne peut recevoir effet entre les associés.

**808.** Le droit anglais admet de même que certains membres des *partnerships* soient exonérés des pertes<sup>95</sup>.

Le Partnership Act 1890 définit cette structure comme « *la relation qui existe entre des personnes qui exercent une activité en commun dans le but de réaliser des bénéfices* »<sup>96</sup>. Aucun texte n'imposant la rédaction de statuts ou d'un contrat de société<sup>97</sup>, et les *partnerships* n'étant pas dotés de la personnalité morale<sup>98</sup>, il suffit, pour qu'existe un *partnership*, qu'en soient réunis les éléments constitutifs<sup>99</sup>. Les associés doivent, en particulier, avoir l'intention de partager les bénéfices<sup>100</sup>.

La contribution aux pertes ne figure en revanche pas parmi ces éléments essentiels. Vis-à-vis des tiers, tous les associés sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales<sup>101</sup>. Dans leurs rapports internes, les pertes qui apparaissent lors de la dissolution sont en principe assumées par les associés proportionnellement à la part qu'ils ont dans les profits<sup>102</sup>. La loi précise toutefois que les parties peuvent déroger implicitement ou

---

<sup>95</sup> La question de la validité de clauses exonérant des pertes un associé dans une « *company* », c'est-à-dire dans les sociétés dotées de la personnalité morale (en ce sens TUNC (A.), *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Economica, 4<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 26, p. 28 ; moins clairement, MORETEAU (O.), *op. cit.*, n° 295s., p. 174s.), ne semble pas explicitement résolue. Aucune disposition de la loi sur les sociétés n'évoque ce thème (en ce sens CONVERT (L.), thèse préc., n° 569, p. 612). On fait parfois valoir que la solution devrait être identique à ce qu'elle est dans les droits continentaux, en application du droit commun des contrats, qui exige une contrepartie dans les conventions (en ce sens CONVERT (L.), *op. et loc. cit.*). Le même argument permet toutefois d'admettre la validité de telles clauses, dès lors qu'elles auraient une contrepartie. Il semble, à tout le moins, que la nécessité de participer aux résultats n'affecte pas la validité des promesses d'achat ou de vente d'actions. Les ouvrages évoquant ces promesses ne mentionnent en effet aucune règle relative au prix (V. par exemple STEDHAM (G.) et JONES (J.), *Shareholders' Agreements*, Sweet & Maxwell, 1998, spéc. n° 5.5 et 5.6, p. 292 et, p. 488s.).

<sup>96</sup> Partnership Act 1890, S. 1 (1) : « *Partnership is the relation which subsists between persons carrying on a business in commun with a view of profit* ».

<sup>97</sup> MORETEAU (O.), *op. cit.*, n° 265, p. 156.

<sup>98</sup> MORETEAU (O.), *op. cit.*, n° 255, p. 152.

<sup>99</sup> DEARDS (E.) ET DEARDS (R.), *Partnership Law*, Cavendish Publishing Limited, 1999, p. 1. Le *partnership* se rapproche en conséquence, selon que les associés ont voulu la créer ou non, de la société en participation française ou de la société créée de fait (MORETEAU (O.), *op. cit.*, et n° 265, p. 156).

<sup>100</sup> DEARDS (E.) ET DEARDS (R.), *op. cit.*, p. 3 ; BLACKETT-ORD (M.), *Partnership*, Butterworths, 2<sup>nd</sup> éd., 2002, n° 2.15, p. 18.

<sup>101</sup> DEARDS (E.) ET DEARDS (R.), *op. cit.*, p. 5.

<sup>102</sup> Partnership Act 1890, S. 44 (a) : « *Losses, including losses and deficiencies of capital, shall be paid first out of profits, next out of capital, and lastly, if necessary, by the partners individually in the proportion in which they were entitled to share profits* » ; v. DEARDS (E.) ET DEARDS (R.), *op. cit.*, p. 56 ; BLACKETT-ORD (M.), *op. cit.*, n° 11.33, p. 192.

explicitement, aux règles relatives aux relations des associés entre eux<sup>103</sup>. Aussi les parties peuvent-elles convenir qu'elles ne partageront pas les pertes, seuls certains des associés en supportant la charge définitive<sup>104</sup>. Il a ainsi notamment été admis, dans une affaire Walker West Developments Ltd contre Emmett, qu'un partnership existait malgré la présence, dans le contrat, d'une clause exonérant l'un des associés des pertes<sup>105</sup>.

**809.** L'exigence de participation aux bénéfices et de contribution aux pertes n'est donc pas aussi universelle qu'il peut sembler de prime abord. Différents droits étrangers, spécialement le droit allemand, admettent que la vocation aux résultats de certains associés soit réduite. En assimilant le manque à gagner à une perte, et en admettant différentes exceptions à l'exigence de participation aux résultats, le droit français lui-même remet en cause cette universalité. Il apparaît ainsi que l'idée selon laquelle les associés devraient nécessairement participer aux résultats peut être écartée. On ne peut, corrélativement, opposer cette prétendue nécessité à l'évolution proposée. L'admission du caractère supplétif de la vocation aux résultats des bailleurs de fond semble ainsi juridiquement possible.

Elle apparaît, en outre, opportune.

## **SECTION 2 – L'OPPORTUNITE DU CARACTERE SUPPLETIF DE LA VOCATION AUX RESULTATS DES BAILLEURS DE FONDS**

**810.** L'admission du caractère supplétif de la vocation aux résultats des bailleurs de fonds résoudrait une grande partie des difficultés résultant de l'inadéquation de la prohibition des clauses léonines (§ 1). Plusieurs arguments militent alors pour qu'elle soit préférée à d'autres solutions (§ 2).

### **§ 1 – Le caractère supplétif de la vocation aux résultats des bailleurs de fond, régime efficace**

**811.** La distinction, au regard de la prohibition des clauses léonines, de la qualité de partie au contrat de société et de celle de bailleur de fonds n'a guère de conséquence sur les actes

---

<sup>103</sup> Partnership Act 1890, S. 19 : « *The mutual rights an duties of partners, whether ascertained by agreement or defined by this Act, may be varied by the consent of all the partners, and such consent may be either express or inferred from a course of dealing* ».

<sup>104</sup> BLACKETT-ORD (M.), *op. cit.*, n° 2.31, p. 25 et n° 11.33, p. 192, et les décisions citées.

<sup>105</sup> Walker West Developments Ltd v Emmett, (1978), 252 Estates Gazette 1171, cité par BLACKETT-ORD (M.), *op. et loc. cit.*

emportant cession immédiate des droits sociaux. Quelle que soit la qualité des parties, de tels actes ne tombent pas sous le coup de la prohibition des clauses léonines. Le cédant perd en effet, à compter du transfert de titularité des droits sociaux, la qualité d'associé, ainsi que les droits et obligations attachés à cette titularité<sup>106</sup>. La prohibition des clauses léonines ne visant que les associés<sup>107</sup>, il importe peu que le cédant perde sa vocation aux bénéfices et qu'il ne soit plus tenu de contribuer aux pertes à compter de cette date.

**812.** La distinction de la partie au contrat de société et du bailleur de fonds produit en revanche des effets sur la validité des promesses d'achat ou de vente à prix garanti. Le cédant, dès lors qu'il est considéré comme un bailleur de fonds et non comme partie au contrat de société, ne participerait aux résultats qu'à défaut de clause excluant une telle participation. Il importe alors peu qu'une promesse d'achat lui permette de ne pas participer aux pertes, ou qu'une promesse de vente le prive des bénéfices. De telles conventions ne constitueraient pas une restriction prohibée de la vocation aux résultats d'un associé, mais uniquement une manifestation du choix dont disposent les bailleurs de fond de participer ou non aux résultats sociaux.

**813.** Echapperaient ainsi à la nullité les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix déterminé consenties dans le cadre d'une convention de portage. L'absence d'*affectio societatis* du porteur interdit en effet de le considérer comme une partie au contrat de société<sup>108</sup>. Il rentre nécessairement dans la catégorie des bailleurs de fonds. L'admission du caractère supplétif de la vocation aux résultats de ces associés permettrait alors de faire échapper à la nullité les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux consenties dans le cadre de ces opérations. Echapperaient ainsi par exemple à la nullité les conventions ayant donné lieu aux arrêts de la chambre commerciale du 19 mai 1992<sup>109</sup> ou du 24 mai 1994<sup>110</sup>.

**814.** La distinction proposée permettrait par ailleurs de faire échapper au risque résultant de la mise en œuvre des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil les promesses d'achat consenties à un investisseur au moment de son entrée dans la société, précisément pour le garantir contre tout risque de perte et l'inciter à s'engager. Les conventions dont la Cour de

---

<sup>106</sup> Supra n° 6. Si l'on peut contester que la titularité des droits sociaux confère systématiquement au titulaire la qualité d'associé, il n'est en revanche pas contestable que, dans les sociétés immatriculées, cette qualité, lorsqu'elle existe, soit attachée aux droits sociaux et se perdent avec le transfert de ceux-ci.

<sup>107</sup> Supra n° 122.

<sup>108</sup> Supra n° 675.

<sup>109</sup> Cf. supra n° 72.

<sup>110</sup> Cf. supra n° 73.

cassation a eu à connaître dans ses arrêts du 16 novembre 2004 et 27 septembre 2005<sup>111</sup>, et qui, aux termes mêmes de ces arrêts, tendaient à assurer au bailleur de fonds le remboursement de l'investissement auquel il n'aurait pas consenti sans cette condition, n'encouraient ainsi pas la nullité.

**815.** Toutes les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux n'échapperaient cependant pas au risque de nullité.

La mise en œuvre de l'évolution proposée conduirait ainsi en principe à maintenir dans le champ d'application de la prohibition les promesses consenties par des associés qui ont, à un moment ou à un autre, manifesté leur *affectio societatis*. Tel devrait en particulier être le cas des promesses consenties dans le cadre d'une cession de contrôle pour permettre au cessionnaire de payer les droits sociaux.

La distinction entre parties au contrat de société et bailleurs de fonds ne permettrait par ailleurs pas de faire échapper à la nullité les promesses consenties à un associé qui demeure animé par l'*affectio societatis*, mais qui souhaite uniquement se voir garantir contre les risques de perte. Un tel associé, s'intéressant à la vie sociale, prenant part aux assemblées d'associés, ne pourrait être considéré comme un simple investisseur. Aussi resterait-il soumis à la prohibition des clauses léonines. La promesse qui aurait pour effet ou pour but de l'exonérer des pertes devrait donc être annulée<sup>112</sup>. Il est ainsi vraisemblable<sup>113</sup>, par exemple, que la promesse en litige dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 12 mars 1996<sup>114</sup> serait annulée. La promesse était en effet consentie pour le cas où le bénéficiaire cesserait ses fonctions de dirigeant de la société dont les actions étaient cédées. Le bénéficiaire de la promesse demeurait donc investi dans la gestion et le fonctionnement de la société, qu'il dirigeait. Visiblement animé de l'*affectio societatis*, il resterait, si l'évolution proposée était adoptée, soumis à la prohibition des clauses léonines. Il ne pourrait se faire garantir contre le risque de perte.

**816.** L'efficacité de la distinction entre partie au contrat de société et bailleur de fond n'est donc pas absolue, dans la mesure où elle ne permet pas de soustraire au risque de nullité

---

<sup>111</sup> Supra n° 77s.

<sup>112</sup> Elle n'a pas pour effet de l'exonérer totalement des pertes dès lors qu'elle est convenue pour un temps déterminé (V. supra n° 144). Le but de la promesse constitue toutefois un motif suffisant d'annulation (En ce sens, supra n° 150s.).

<sup>113</sup> Dans la mesure où le critère de distinction –l'existence de l'*affectio societatis*– est apprécié par les juges du fond, il est difficile, à la lecture des arrêts de la Cour de cassation de se prononcer sur l'effet de la distinction. Les indications fournies par certains permettent néanmoins d'apprécier l'existence de ce sentiment.

<sup>114</sup> Com., 12 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 88, p. 73, préc. n° 73, note n° 67.

toutes les promesses de cessions de droits sociaux. De ce point de vue, elle marque même un recul par rapport à la jurisprudence actuelle de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

Mais, d'une part, cette moindre efficacité doit être relativisée. La restriction proposée permettrait de faire échapper à la nullité toutes les promesses consenties à ou par des porteurs, des investisseurs, ainsi qu'à ou par des associés qui ont été partie au contrat de société mais ne le sont plus. Certaines des promesses qui resteraient soumises aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil peuvent en outre échapper à la nullité si elles prévoient un délai d'exercice de l'option, et si leur but n'est pas de permettre au bénéficiaire de s'exonérer des pertes.

D'autre part, sauf à admettre le caractère supplétif de la contribution aux pertes, rien ne justifie de faire échapper systématiquement les promesses de cession de droits sociaux à la nullité encourue sur le fondement de l'article 1844-1 du Code civil<sup>115</sup>. Dès lors qu'est maintenu le principe selon lequel les parties au contrat de société doivent contribuer aux pertes, un individu ne doit pouvoir devenir partie à ce contrat –et non simple bailleur de fonds- en étant garanti contre tout risque de perte par une promesse de rachat. Cette solution conduit certes à annuler des promesses que la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré comme licites. Mais il s'agit d'une conséquence inévitable de l'obligation de contribuer aux pertes.

La distinction proposée nous semble ainsi devoir se substituer définitivement à la jurisprudence de la chambre commerciale fondée sur l'objet des conventions. Cette jurisprudence est insatisfaisante d'une part en ce qu'elle méconnaît tant la lettre que l'esprit de l'article 1844-1 du Code civil, d'autre part en ce qu'il est dans de nombreux cas contestable que l'objet des promesses de cession à prix déterminé ne soit pas de garantir l'un des associés contre tout risque de perte ou de le priver des bénéfices<sup>116</sup>. La distinction entre bailleurs de fonds et partie au contrat de société nous semble dès lors devoir lui être substituée. Elle permet de faire échapper de nombreuses conventions à la nullité, tout en maintenant une certaine cohérence à l'application de la prohibition des clauses léonines.

---

<sup>115</sup> En théorie, la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation n'exclut pas la nullité lorsque la promesse n'a pas pour objet de permettre la transmission des parts. Les arrêts rendus depuis 1986 démontrent toutefois que cette sanction est théorique, la Cour de cassation semblant vouloir faire échapper à la nullité toutes les promesses, quel que soit l'objectif de leur conclusion.

<sup>116</sup> Supra n° 130.



**817.** La distinction proposée apparaît par ailleurs, malgré le risque qui continue de peser sur certaines opérations, préférables aux autres solutions envisageables.

**§ 1 – Le caractère supplétif de la vocation aux résultats des bailleurs de fond, régime optimal**

**818.** La définition d'un statut spécial du bailleur de fonds n'est pas l'unique solution permettant de résoudre les difficultés soulevées par l'application des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil (A). Elle paraît cependant, la plus adaptée (B).

**A – Présentation des autres solutions envisageables**

**819.** Une solution purement empirique, qui consisterait à valider ces conventions en raison de leur utilité pratique, sans chercher à motiver cette entorse au principe posé par l'article 1844-1 du Code civil pourrait être envisagée. En ce qu'elle risquerait d'altérer la cohérence de la prohibition des clauses léonines, une telle solution nous semble devoir être exclue.

**820.** Deux autres types de solutions apparaissent envisageables.

La première réside dans une restriction de la portée de la prohibition aux stipulations conclues avec la société (1).

On pourrait, par ailleurs, imaginer de rendre supplétive, pour tous les associés, la vocation aux résultats : ils ne participeraient aux bénéfices ou aux pertes qu'à défaut de clause contraire. Seraient ainsi autorisées, quelle que soit la qualité des associés, les clauses supprimant la vocation aux résultats, qu'elles soient conclues entre tous les associés ou entre certains seulement. L'admission générale du caractère supplétif de l'obligation de participer aux bénéfices est toutefois difficile à justifier. L'absence de partage des bénéfices ou des économies est inconciliable avec la qualification de contrat de société. Ce partage est en effet le but poursuivi par les parties<sup>117</sup>. Il est la cause de l'obligation des associés. A défaut de participation aux bénéfices, la qualification de contrat de société est exclue. Aussi la supplétivité de la vocation aux bénéfices n'est-elle envisageable que pour les associés qui ne sont pas parties au contrat de société. On retrouve alors l'évolution proposée. Certains arguments peuvent en revanche militer en faveur de l'admission du caractère supplétif de la contribution aux pertes (2).

---

<sup>117</sup> Supra n° 101s.

1 – La restriction de la portée de la prohibition des clauses léonines aux stipulations conclues avec la société

**821.** La jurisprudence retient, classiquement, que les termes de l'article 1844-1 du Code civil s'appliquent aux conventions conclues entre tous les associés comme à celles conclues entre certains associés seulement<sup>118</sup>. La solution semble fondée, en ce qui concerne la participation aux bénéfices, sur l'idée que la société dans laquelle l'un des associés est privé des bénéfices, fut-ce par un seul de ses coassociés, n'est plus exploitée dans l'intérêt commun des associés. L'engagement de l'associé en question serait dépourvu de cause. Elle semble reposer, en ce qui concerne la participation aux pertes, sur l'idée qu'une telle clause rompt l'équilibre entre participation aux bénéfices et contribution aux pertes<sup>119</sup>.

**822.** L'engagement de l'associé qui serait privé des bénéfices par un contrat conclu avec un ou plusieurs de ses coassociés mais qui conserverait, dans ses rapports avec la société, son droit de percevoir les bénéfices, resterait formellement causé. Il ne serait par ailleurs pas nécessairement inutile. Un individu peut en effet, pratiquement, trouver dans la détention de droits sociaux un intérêt autre que la perception de dividendes ou la réalisation d'économie. Cet intérêt peut, notamment, résider dans les engagements souscrits par l'associé qui perçoit sa part des bénéfices en échange de cette perception. Ainsi, l'engagement de l'associé peut demeurer objectivement et subjectivement causé, alors même qu'il est privé de sa part des bénéfices par un contrat conclu avec certains de ses coassociés. Les fondements de la prohibition pourraient alors s'accommoder de la validité des conventions supprimant la vocation d'un associé aux bénéfices dans ses rapports avec certains coassociés, dès lors que son droit subsiste vis-à-vis de la société. Seules seraient alors prohibées les stipulations aux termes desquelles l'associé renoncerait à obtenir de la société sa part des bénéfices.

**823.** Le fondement de l'extension à toutes les conventions conclues entre associés de la prohibition des clauses léonines relatives aux pertes demeure par ailleurs incertain. L'associé exonéré ne court certes plus le risque de perte. Mais la jurisprudence admet que la garantie soit donnée par un tiers, de telle sorte que le risque réel couru par l'associé ne peut justifier la prohibition des clauses léonines conclues entre quelques associés seulement. Le garant assume par ailleurs une part des pertes supérieure à sa part des bénéfices. Mais le droit positif

---

<sup>118</sup> Cf. supra n° 128.

<sup>119</sup> *Ibid.*

admet une répartition inégale des bénéfices et des pertes. Aussi pourrait-on envisager, sans incohérence, d'admettre qu'un associé peut être exonéré des pertes aux termes d'une convention conclue avec l'un de ses coassociés.

## 2 – L'admission du caractère supplétif de la contribution aux pertes

**824.** La prohibition des clauses exonérant des pertes un associé est fondé sur l'idée que la participation aux pertes éventuelles constitue la contrepartie du droit aux bénéfices<sup>120</sup>. La clause qui exonérerait des pertes un associé était considérée par les rédacteurs du Code civil comme manifestement contraire à l'équité et à la bonne foi.

**825.** Cette appréciation apparaît toutefois relativement contingente. Domat ou Pothier admettaient ainsi que la contribution d'un associé au fonctionnement de la société pouvait justifier qu'il soit déchargé des pertes<sup>121</sup>. Certains droits étrangers considèrent de même que la participation aux pertes de tous les associés n'est une condition de l'existence ni d'une société, ni même d'un contrat de société<sup>122</sup>. Enfin, il est fait, dans l'ordre juridique interne, certaines entorses à ce principe, qui démontrent que le droit positif, et en particulier la Cour de cassation, admettent que la violation de la bonne foi ou de l'équité n'est pas telle qu'elle doive nécessairement entraîner la nullité de la convention léonine.

**826.** Cette appréhension souple du principe est aisément justifiable. Ainsi que le relevaient Domat ou Pothier, les membres d'une société peuvent avoir intérêt à ce que soit associé un individu dont, par exemple, la renommée, ou le crédit, confèrent à la société une image de sérieux, de stabilité, et lui permette d'obtenir des financements extérieurs. Il n'apparaît alors pas nécessairement inéquitable qu'ils consentent à cet associé une garantie contre les pertes si elle est une condition de son adhésion à la société. Dès lors que le bénéfice de la présence de cet associé excède l'inconvénient qu'il y a à assumer sa quote-part des pertes éventuelles, les garants ne semblent pas devoir être considérés comme victimes d'une inéquité. Et l'on ne doit pas nécessairement voir dans la situation du bénéficiaire de la garantie un abus, dans la mesure où l'échec de la société pourrait entacher sa renommée ou son crédit. Il ne participe pas aux pertes dans la mesure où il est certain de récupérer les fonds ou les biens apportés, et où rien ne permet de considérer cette renommée comme un apport entrant dans la composition

---

<sup>120</sup> Supra n° 102.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> Supra n° 801s.

du capital social. L'aventure n'en présente pas moins certains risques pour son titulaire, qui peuvent justifier l'avantage qui lui est consenti.

**827.** La remise en cause des principes qui fondent la prohibition pourrait permettre, corrélativement, la remise en cause du principe lui-même. Dès lors que la clause exonérant un associé des pertes n'est plus nécessairement inéquitable, pourquoi ne pas admettre le caractère supplétif de la contribution aux pertes<sup>123</sup> ? Une telle supplétivité devrait être assortie de réserves. La clause exonérant un ou plusieurs associés des pertes ne pourrait en premier lieu avoir d'effet qu'entre les associés, et non à l'égard des tiers, afin de ne pas priver le capital social de toute réalité<sup>124</sup>. Elle resterait en second lieu subordonnée à l'existence d'un intérêt des garants à l'opération, c'est-à-dire à l'existence d'une cause. Mais il semble, sous ces réserves, que le principe suivant lequel un associé peut être exonéré des pertes pourrait être consacré.

**828.** C'est vainement que l'on objecterait que les situations dans lesquels l'un des associés ne participe pas aux pertes ne pourraient recevoir la qualification de contrat de société. Les autres éléments caractéristiques du contrat de société permettent de le distinguer des contrats voisins, et en particulier de ceux dont la qualification résulte généralement de l'absence de contribution aux pertes<sup>125</sup>. L'*affectio societatis*, incarnée dans la volonté de participer à la vie sociale, permet de distinguer la société du prêt. Et le caractère égalitaire de la collaboration à l'entreprise commune permet de distinguer la société du contrat de travail dans lequel le salarié est rémunéré par une participation aux bénéfices.

**829.** Il apparaît en outre que la remise en cause du caractère impératif de la participation aux pertes fournirait une solution à une grande partie des problèmes soulevés par l'application de la prohibition des clauses léonines aux promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix garanti : la plupart des litiges naissent en effet lorsque l'associé bénéficiaire de la promesse demande au promettant d'exécuter son engagement. Or ces promesses de rachat encourent la nullité en ce qu'elles permettent à leur bénéficiaire d'échapper aux pertes en cédant ses titres avant que d'y participer. Elles sont en revanche sans effet sur la répartition

---

<sup>123</sup> Cette proposition se distingue de celle visant à créer un régime spécial pour les bailleurs de fond dans la mesure où la seconde ne s'applique qu'aux titulaires de parts sociales ou d'actions dépourvus d'*affectio societatis*, quand la première viserait tous les titulaires de droits sociaux, et serait indépendante de l'intention qui les anime.

<sup>124</sup> Cf. supra n° 674.

<sup>125</sup> V. supra n° 556 sur ces contrats.

des bénéfiques : le bénéficiaire de la promesse, qui dispose de la possibilité de ne pas la lever, peut choisir de participer aux bénéfiques. Et le promettant, non associé du fait des droits en litiges<sup>126</sup>, ne peut être considéré comme privé, en raison de la promesse, des bénéfiques auxquels lui donnent droit ces parts sociales ou ces actions. Aussi la reconnaissance du caractère supplétif de la prohibition des clauses exonérant un associé des pertes constituerait-elle, dans de nombreux cas, une solution pratiquement efficace. Elle le serait d'autant plus qu'elle s'appliquerait à toutes les promesses, quand la distinction entre parties au contrat de société et bailleurs de fonds ne permet de faire échapper à la prohibition des clauses léonines que les promesses consenties aux seconds.

**830.** Différents amendements pourraient donc être apportés à la prohibition des clauses léonines. La reconnaissance de la spécificité de la situation du bailleur de fonds doit cependant leur être préférée.

### **B – Evaluation des autres solutions envisageables**

**831.** Ni la restriction du champ d'application de la prohibition des clauses léonines, ni l'admission du caractère supplétif de la contribution aux pertes, ne peuvent être préférées à la distinction proposée.

**832.** La restriction de la portée de la prohibition aux clauses n'impliquant pas la société risquerait de réduire considérablement la portée réelle de la prohibition. Elle permettrait trop aisément aux associés désireux de s'affranchir de la règle édictée à l'article 1844-1 du Code civil de la contourner. Il leur suffirait, à cette fin, de conclure la convention litigieuse dans un acte n'impliquant pas la société.

Rien dans l'évolution de la jurisprudence ne permet par ailleurs de penser que la Cour de cassation serait disposée à faire évoluer de la sorte sa jurisprudence. Bien au contraire, la chambre commerciale de la Cour de cassation n'a jamais adopté ce fondement pour valider les promesses d'achat ou de vente à prix garanti, alors pourtant qu'elle aurait pu le faire dans la plupart des espèces sur lesquelles elle a statué<sup>127</sup>.

Aussi cette évolution envisageable doit-elle être rejetée.

---

<sup>126</sup> Il l'est nécessairement en raison de la détention d'autres parts sociales ou actions. Dans le cas contraire en effet, la garantie est considérée comme consentie par un tiers, de telle sorte que la promesse n'encourt pas la nullité sur le fondement des dispositions de l'article 1844-1 du Code civil (Supra n° 122s.).

<sup>127</sup> En distinguant dans ces arrêts les plus récents (supra n° 75s.), l'investisseur de l'associé, elle semble au contraire manifester une certaine ouverture à une distinction entre plusieurs types d'associés.

**833.** La distinction proposée entre partie au contrat de société et bailleur de fonds nous semble encore devoir être préférée à la reconnaissance du caractère supplétif de la contribution aux pertes.

Cette reconnaissance est certes envisageable. Elle implique cependant une remise en cause plus profonde des principes qui gouvernent les sociétés que la distinction entre partie au contrat de société et bailleur de fonds. D'une certaine manière, cette seconde distinction n'est que la conséquence du fait que tous les titulaires de droits sociaux ne sont pas parties au contrat de société. La participation aux pertes étant exigée des parties à ce contrat, il est envisageable d'en exclure ceux qui sont titulaires de droits sociaux sans être animés de l'*affectio societatis*. L'admission du caractère supplétif de la contribution aux pertes conduit, au contraire, à remettre en cause le principe de cette contribution pour les parties au contrat de société. Or il semble, malgré les exceptions admises, que ni le législateur ni la Cour de cassation ne soient réellement disposés à une telle évolution<sup>128</sup>. La distinction entre bailleur de fonds et associé constitue ainsi une approche plus efficace, dans la mesure où elle est déjà en voie de consécration, et donc susceptible de résoudre plus rapidement les problèmes que causent la prohibition des clauses léonines.

La distinction entre bailleurs de fonds et parties au contrat de société n'est en outre pas moins efficace que la reconnaissance du caractère supplétif de l'obligation aux pertes. Toutes les promesses d'achat n'échapperaient certes pas à la prohibition des clauses léonines si elle était mise en oeuvre. Elle permet en revanche de faire échapper au domaine de cette prohibition certaines promesses de vente. En particulier les promesses consenties dans le cadre de convention de portage n'encourraient plus la nullité. La reconnaissance du caractère supplétif de l'obligation aux pertes ne produit au contraire pas un tel résultat, dans la mesure où les promesses de vente sont léonines en raison de leur effet sur la vocation aux bénéfices<sup>129</sup>.

**834.** De quelque point de vue que l'on se place, la distinction proposée entre bailleurs de fonds et partie au contrat de société constitue ainsi le meilleur compromis entre les besoins de la pratique et le rejet des solutions purement empiriques.

---

<sup>128</sup> Le législateur a réaffirmé clairement en 1978 la nécessité de la vocation aux résultats. Malgré les arrêts admettant la validité des promesses à prix garanti, la Cour de cassation n'a jamais explicitement porté atteinte au principe de la prohibition. Elle a même eu l'occasion, dans certains arrêts, de le rappeler (supra n° 112), ce qui semble manifester au contraire son attachement à l'exigence de vocation aux résultats.

<sup>129</sup> Supra n° 148.

**CONCLUSION DU CHAPITRE**

**835.** Certaines solutions du droit français, ainsi que certains droits étrangers, démontrent que tous les associés n'ont pas nécessairement vocation aux résultats sociaux. Il semble alors que l'on pourrait admettre que les associés qui ne sont pas parties au contrat de société soient exonérés des pertes ou privés des bénéfices par un accord conclu avec certains de leurs coassociés.

Cette admission du caractère supplétif de la vocation aux résultats des bailleurs de fonds permettrait de faire échapper au risque de nullité la plupart des promesses d'achat ou de vente de droits sociaux qui y reste exposées. Les conventions conclues dans le cadre d'une convention de portage, de même que les promesses conclues avec des investisseurs afin de les inciter à apporter des fonds à la société, ne pourraient plus être remises en cause par un acquéreur refusant de payer le prix convenu ou par un cédant espérant percevoir un prix supérieur.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

**836.** Plusieurs types de modifications du droit positif pourraient permettre de limiter son inadéquation aux stipulations relatives au prix convenues dans les cessions de droits sociaux. Une solution semble cependant préférable aux autres : l'éviction sélective du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines.

Les cessions de droits sociaux pourraient être requalifiées en contrat innomé lorsque le cessionnaire est animé de l' *affectio societatis* , sous réserve toutefois que le cédant connaisse cette volonté. Pourrait alors notamment échapper au droit de la vente, et spécialement à l'exigence de prédétermination du prix, l'immense majorité des cessions de contrôle.

La considération de l' *affectio societatis*  de l'une des parties pourrait, en outre, fonder  *de lege ferenda* , une remise en cause du domaine de la prohibition des clauses léonines. Les associés qui n'ont jamais manifesté d' *affectio societatis* , que l'on peut qualifier de bailleurs de fonds, ne peuvent être considérés comme des parties au contrat de société. La prohibition des clauses léonines visant précisément en substance les seules parties au contrat de société, ces bailleurs de fonds pourraient, sans porter atteinte aux principes fondamentaux du droit des sociétés, être exclus de son champ d'application. Les promesses de rachat ou de vente de droits sociaux à prix garanti consenties à ou par des porteurs ou des investisseurs n'encourraient plus de risque d'annulation.

L'évolution proposée permet donc de résoudre pratiquement les difficultés résultant de l'inadéquation du droit de la vente et de la prohibition des clauses léonines dans la majorité des cas où elles se manifestent, sans renoncer pour autant à préserver une certaine cohérence du droit.





## CONCLUSION GENERALE

**837.** Le droit ne doit pas et ne peut pas être uniquement le reflet de la réalité sociale. Tout comportement prohibé ne doit pas devenir licite pour cette seule raison qu'il est fréquemment adopté. A l'inverse, toute évolution du droit ne doit pas être refusée. Spécialement, la modification d'une règle doit être admise, lorsque son application soulève des difficultés pratiques, dès lors qu'il est possible de lui assigner un fondement qui préserve la cohérence du système dans lequel s'insère la règle modifiée.

Or les conditions d'une évolution des règles applicables au prix dans les cessions de droits sociaux apparaissent réunies.

**838.** Nous avons pu voir, tout d'abord, que l'exigence de participation aux bénéfices et de contribution aux pertes exposait de nombreuses promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à un risque de nullité. En permettant à un associé de céder ses parts sociales ou ses actions à un prix indépendant du niveau des résultats de la société, les promesses qui comportent un prix déterminé dès leur conclusion semblent porter atteinte à la vocation aux pertes de l'associé en cause. Réciproquement, les promesses à prix déterminé qui contraignent un associé à céder ses droits sociaux peuvent le priver des bénéfices. Consciente de l'importance pratique de ces promesses, la Cour de cassation admet certes leur validité, mais les différents états de sa jurisprudence demeurent susceptibles de critiques. En particulier, la distinction entre associé et investisseur qu'elle semble vouloir consacrer dans ses derniers arrêts heurte le principe de participation aux résultats de tous les titulaires de droits sociaux. Aussi une évolution des termes de l'article 1844-1 du Code civil, qui tendent à garantir cette vocation aux résultats, apparaît-elle pratiquement opportune.

**839.** La volonté des parties de convenir d'un prix qui reflète la valeur de la société soulève de même d'importantes difficultés pratiques.

Cette volonté les conduit à convenir de différentes modalités qui permettent le report de la fixation définitive de l'obligation monétaire à une date à laquelle la situation financière de la société sera précisément connue. Le montant du prix dépend alors souvent soit d'un nouvel accord des parties, soit de la volonté de l'une d'elles. La cession encourt un risque de nullité pour indétermination du prix, sans que le recours à un tiers puisse lever toutes les incertitudes pesant sur la validité de vente consenties moyennant de telles conditions.

Différentes stipulations destinées à permettre l'adaptation de l'obligation monétaire et de la valeur d'échange des droits sociaux réduisent par ailleurs le montant du prix au point de lui faire perdre tout caractère significatif. Son montant peut ainsi être nul ou négatif, le cédant versant au cessionnaire des sommes supérieures à celles dues par le second au premier. Fréquemment toutefois, le contrat prévoit un prix destiné à symboliser soit l'existence de la contrepartie, quand aucune autre obligation ne pèse sur le cessionnaire, soit son caractère monétaire. Le contrat encourt alors non seulement un risque de requalification, lorsque le versement du prix n'est plus l'obligation principale du cessionnaire, mais également un risque de nullité, dès lors que le transfert des droits sociaux n'a pas de contrepartie suffisante.

**840.** Deux évolutions du droit positif seraient alors envisageables, qui feraient échapper aux risques évoqués la plupart des opérations concernées.

**841.** La première consiste à appréhender certaines cessions de droits sociaux comme un contrat innomé.

Il ne serait pas contraire aux principes qui régissent la qualification des actes juridiques de considérer que les contrats dans lesquels le cessionnaire est animé de cette intention particulière que constitue l'*affectio societatis* ne sont plus des ventes mais des contrats innomés ayant pour objet l'acquisition de la qualité de partie au contrat de société. Cette requalification serait toutefois subordonnée à la condition que le cédant connaisse cette intention.

Conformément aux règles qui régissent la détermination du prix dans le droit commun des contrats, ces contrats d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société échapperaient à l'exigence de prédétermination du prix. Les parties pourraient ainsi soumettre la détermination du prix à l'influence de l'une d'elle, seul l'abus étant contrôlé. Il serait en outre souhaitable d'admettre que le juge dispose du pouvoir de fixer le prix lorsque les termes du contrat ne permettent pas cette fixation sans un nouvel accord des parties.

Sans conduire à la remise en cause de l'exigence d'une contrepartie, l'appréhension de ces cessions comme des contrats innomés permettraient en outre de lever les incertitudes tenant à leur qualification.

Une distinction serait ainsi finalement opérée entre les contrats emportant acquisition de la qualité de partie au contrat de société et ceux emportant uniquement cession des droits des associés, soumis au droit commun de la cession de créance. Tout en respectant les principes applicables à l'ensemble des contrats, et en préservant la cohérence des systèmes dans

lesquels s'insèrent ces règles, cette distinction permettrait de faire échapper à la nullité des contrats répondant aux besoins de la pratique.

**842.** La deuxième évolution consiste à exclure du domaine d'application de la prohibition des clauses léonines les associés qui n'ont jamais manifesté d'*affectio societatis*.

Ces associés, faute de la volonté nécessaire, ne peuvent être considérés comme parties au contrat de société. Aussi pourraient-ils être soustraits du champ d'application de l'article 1844-1 du Code civil, destinées à régir les rapports au sein du contrat de société. Un statut propre à ces bailleurs de fonds pourrait alors être élaboré. Ces derniers continueraient à avoir vocation aux dettes dans leur rapport avec les tiers, mais pourraient être privés des bénéfices ou exonérés des pertes dans leurs rapports avec leurs coassociés.

Comme la distinction des investisseurs et des associés que propose d'adopter une partie de la doctrine, et que semble désormais retenir la Cour de cassation, cette classification permettrait pratiquement de faire échapper au risque de nullité résultant de la prohibition des clauses léonines la très grande majorité des promesses qui y sont exposées. La qualification de bailleur de fonds, contrairement à celle d'investisseur, n'est en revanche pas dépendante des variations de l'*affectio societatis* du titulaire des droits sociaux. L'absence de qualité de partie au contrat de société permet en outre de justifier plus aisément que le simple défaut d'*affectio societatis*, fondant la qualité d'investisseur, l'éviction de la prohibition des clauses léonines. Ainsi, tout en demeurant proche de la distinction entre associés et investisseurs, la création de deux catégories d'associés apparaît préférable.

**843.** Au-delà de leur apparente dualité, les solutions évoquées tendent à consacrer une même réalité : l'existence de deux catégories d'associés.

Dans la première figurent ceux qui étaient animés de l'*affectio societatis* lors de l'acquisition des droits sociaux, ainsi que ceux qui, sans avoir été animés de cette intention dès leur entrée dans la société, l'ont ensuite manifestée. Ces associés, parce que leur *affectio societatis* leur confère la qualité de partie au contrat de société, doivent avoir vocation aux résultats. En revanche, cette même *affectio societatis* justifierait que le contrat aux termes duquel ils ont acquis les droits sociaux soit soumis à un régime plus souple que celui de la vente.

Dans la seconde catégorie figurent les associés qui ne sont pas, et n'ont jamais été, animés de l'intention de collaborer à l'entreprise commune. Le contrat par lequel ils acquièrent les droits sociaux n'a pour objet que des créances contre la société et non la qualité de partie au

contrat de société. Aussi doit-il rester soumis au droit de la vente. Simples bailleurs de fonds, ils pourraient en revanche n'être plus soumis à la prohibition des clauses léonines.

**844.** Le présent travail s'inscrit ainsi, finalement, dans la lignée de ceux qui ont distingué les bailleurs de fonds des « véritables associés », parties au contrat de société. Au travers de la question précise du régime applicable au prix des droits sociaux, il tend à souligner la nécessité de dissocier deux catégories d'actionnaires ou d'associés. L'évolution proposée pourrait ainsi n'être qu'une étape vers une reconnaissance plus large de statuts distincts pour le bailleurs de fond et la partie au contrat de société.

# BIBLIOGRAPHIE

## OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

- ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil, contrats spéciaux*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd., 2007.
- ARTHUYS (F.), *Traité des sociétés commerciales*, t. 1, Sirey, 1906.
- ATIAS (C.), *Epistémologie juridique*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2002.
- ATIAS (C.), *Droit civil, Les biens*, Litec, 8<sup>ème</sup> éd., 2005.
- AUBRY (C.) et RAU (G.), *Cours de Droit civil français*, t. 4., Cosse, Marchal, 4<sup>ème</sup> éd., 1871.
- AZEMA (J.) et GALLOUX (J.-C.), *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2006.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. I, Sirey, 1897; t. II, Sirey, 1902.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET SAIGNAT (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, Sirey, 1900.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil, De la société, du prêt, du dépôt*, Sirey, 1898, et 3<sup>ème</sup> éd., 1907.
- BEDARRIDE (J.), *Droit commercial, Commentaire du Code de commerce, Livre I Titre III, Des sociétés*, t. 1, Durand, 1857.
- BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2007.
- BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd., 2006.
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2003.
- BEUDANT (R.) ET LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, Rousseau, 2<sup>ème</sup> éd., 1936, par G. LAGARDE ; t. 9, *La vente, le louage des choses*, Rousseau, 2<sup>ème</sup> éd., 1938, par J. BRETHER DE LA GRESSAYE.
- BORE (J.) ET BORE (L.), *La cassation en matière civile*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., , 2003.
- BRAILLARD, *Le Code civil expliqué par lui-même*, Paris, t. 3, 1807.
- BRAVARD-VEYRIERES (P.) et DEMANGEAT (C.), *Traité de droit commercial*, t. 1, Chevalier-Marescq et Cie, 2<sup>nde</sup> éd., 1890.
- CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2000.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10<sup>ème</sup> éd., 2001.
- CARBONNIER ( J.), *Droit civil, Vol. I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple ; Vol. II, Les biens, Les obligations*, Quadrige/P.U.F., 2004.
- CHAPUT (Y.), *Droit des sociétés*, PUF, 1993.
- COLIN (A.) ET CAPITANT (H.), *Cours élémentaires de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd. 1915, 7<sup>ème</sup> éd., 1932.

- COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (PH.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2007.
- COPPER ROYER (J.), *Traité des sociétés*, t. 1, Sirey, 1938.
- COPPER ROYER (J.), *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*, t. 1, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1925.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2000.
- CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 12<sup>ème</sup> éd., 2005.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des Sociétés*, Litec, 20<sup>ème</sup> éd., 2007.
- CUQ (E.), *Manuel des institutions juridiques des romains*, Plon L.G.D.J., 1917.
- DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2004.
- DELANGLE (M.), *Des sociétés commerciales*, t. 1, Paris, 1843.
- DELAPORTE (J.-B.), *Pandectes françaises ou Commentaires raisonnés sur le Code civil*, t. 6, Paris, 2<sup>nde</sup> éd., 1819.
- DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t. 3, Paris, 1819.
- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, L.G.D.J., 1911.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. 1, Rousseau, 1923.
- DEMOLOMBE (C.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, Lahure, 1878-1887.
- DESPEISSES (A.), in *Œuvres de Monsieur Antoine Despeisses*, par G. DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, t. 1, Bruyset, 1750.
- DIDIER (P.), *Droit commercial, 2/ L'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 1999.
- DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, in *Œuvres de J. Domat*, par M. CARRE, t. 2, 1821.
- DUFOUR (J.-M.), *Code civil des français avec les sources et où toutes ses dispositions ont été puisées*, t. 3, Paris, 1806.
- DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, t. 16, 1833 ; t. 17, 1833.
- DUVERGIER (J.-B.), *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 16, Renouard, 1835.
- ESCARRA (J.), ESCARRA (E.) ET RAULT (J.), *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 1, Sirey, 1950.
- FABRE- MAGNAN (M.), *Les obligations*, PUF, 2004.
- FAGES (B.), *Droit des obligations*, L.G.D.J., 2007
- FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, t.13 et 14, 1827.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Armand Colin, 12<sup>ème</sup> éd., par Jean-Luc Aubert et Eric Savaux, 2006.

- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), FLOUR (Y.), *Droit civil, Les obligations, 3. le rapport d'obligation*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., par Jean-Luc Aubert, Yvonne Flour et Eric Savaux, 2004.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) et PAYET (M.-S.), *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2006
- GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937.
- GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Instruments de paiement et de crédit*, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 2006.
- GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, P.U.F., 1992.
- GENY (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1954.
- GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, 2<sup>ème</sup> tirage, Sirey, 1922 ; t. 3, Sirey, 1921.
- GHESTIN (J.), *Le contrat : Formation*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 3<sup>ème</sup> éd. 1993.
- GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2007.
- GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *La vente*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 1990.
- GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Introduction générale*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 4<sup>ème</sup> éd., 1994.
- GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 3<sup>ème</sup> éd. 2001.
- GIFFARD (A.-E.) et VILLERS (R.), *Droit romain et ancien droit français*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1967.
- GIRARD (P. F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, 8<sup>ème</sup> éd., 1929, par F. SENN.
- GRIMALDI (M.), *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000
- GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de société*, Durand et Pédone Lauriel, 1891.
- GUILLOUARD (L.), *Traité de la vente et de l'échange*, t. 1, Durand et Pédone Lauriel, 1889.
- GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 5<sup>ème</sup> éd., 2002.
- GUYON (Y.), *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et Sociétés*, 12<sup>ème</sup> éd., Economica, 2003.
- HAMEL (J.) et LAGARDE (G.), *Traité de droit commercial*, t.1, Dalloz, 1954.
- HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Larose et Tenin, 1<sup>ère</sup> éd., 1910.
- HEMARD (J.), TERRE (F.) ET MABILLAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. I, Dalloz, 1972.
- HOUPIN (C.), et BOSVIEUX (H.), *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, t. 1, Sirey, 6<sup>ème</sup> éd., 1927.
- HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique de Code civil*, t. 10, Pichon, 1897 ; t. 11, Pichon, 1898.
- HUET (J.), *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2001.



HULOT, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien traduit en français*, 1804.

HULOT, *Les Institutes de l'Empereur Justinien traduit en français*, 1806.

JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., 1994.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 1939.

JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité*, réed. de la 2<sup>ème</sup> éd., préf. D. Deroussin, Dalloz, 2006.

JUGLART (M. DE) et IPPOLITO (B.), *Cours de droit commercial*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd., 1992.

LACOUR (L.) et BOUTERON (J.), *Précis de droit commercial*, t. 1, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1925.

LARGUIER (J.) ET COMTE (P.), *Droit pénal des affaires*, 11<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, 2004.

LAROMBIERE (M. L.), *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, Durand, 1857.

LARROUMET (C.), *Droits civil, sous la direction de Christian Larroumet, Les Obligations, le contrat*, t. III, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2003.

LARROUMET (C.), *Droits civil, sous la direction de Christian Larroumet, Les Biens, Droits réels principaux*, t. 2, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2006.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. 24, Bruylant-Christophe, 2<sup>ème</sup> éd., 1877 ; t. 26, Bruylant-Christophe, 1877.

LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2003.

LEPOINTE (G.) ET MONIER (R.), *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey, 1954.

LEVY-BRUHL (H.), *Sociologie du droit*, PUF, 1990.

LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 14, 1828.

LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, t. 2<sup>nd</sup>, 1<sup>ère</sup> partie, L.G.D.J., 4<sup>ème</sup> éd., 1908.

MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006.

MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2007.

MALAUURIE (P.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2007.

MALAUURIE (P.) et AYNES (L.), *Droit civil, Les biens*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., 2007.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil, Les Obligations*, Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., 2007.

MALAUURIE (P.) et MORVAN (P.), *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence*, Armand Colin, 2<sup>ème</sup> éd., 2003.

MALEVILLE (J. DE), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. 3, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1822.

MALINVAUD (P.), *Droit des obligations*, Litec, 9<sup>ème</sup> éd., 2005.

- MAURY (J.), *Successions et libéralités*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd. 2005.
- MAY (G.), *Eléments de droit romain*, Sirey, 15<sup>ème</sup> éd., 1923.
- MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd. par F. Chabas, 1998.
- MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçons de droit civil*, t. 3, 2<sup>ème</sup> vol., *Principaux contrats*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., 1968, et 6<sup>ème</sup> éd., 1984, par M. de Juglart.
- MERLE (PH.), *Sociétés commerciales*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2007.
- MERCADAL (B.) et JANIN (PH.), *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 2007.
- MESTRE (J.) et VELARDOCCHIO (D.), *Lamy sociétés commerciales*, 2007.
- MONIER (R.), *Manuel de droit romain, Les obligations*, 5<sup>ème</sup> éd., 1954.
- PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (P.), *Cession d'entreprise*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 1999.
- PARDESSUS (J. M.), *Cours de droit commercial*, t. 4, Nève, 2<sup>nde</sup> éd., 1822.
- PEDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2004.
- PIC (P.), *Traité général théorique et pratique de droit commercial, des sociétés commerciales*, t. 1, Rousseau, 2<sup>ème</sup> éd., 1925.
- PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Pichon, 2<sup>ème</sup> éd., 1902 ; 4<sup>ème</sup> éd., t. 2, par G. RIPERT et J. BOULANGER.
- PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, *Obligations, Première partie*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., par P. ESMEIN, 1952 ; t. 10, *Contrats Civils, Première partie*, L.G.D.J., 1932.
- PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code civil, Commentaire-Traité des sociétés civiles et commerciales*, Delamotte Fils et Cie, 1<sup>ère</sup> éd., 1880 et 2<sup>ème</sup> éd., 1884.
- POTHIER (R.-J.), *Oeuvres complètes*, par M. Siffrein, Paris, 2<sup>ème</sup> éd., 1821, t.1, *Traité des obligations* ; t.3, *Traité du contrat de vente et des retraits* ; t.7, *Traité du contrat de société*.
- RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., 3<sup>ème</sup> éd., 1954.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, t.1, vol. 2, L.G.D.J., 18<sup>ème</sup> éd., 2002, par M. GERMAIN.
- RIPERT (G.) ET BOULANGER (J.), *Traité de droit civil*, t. 2, L.G.D.J., 1957 ; t. 3, L.G.D.J., 1958.
- ROLAND (H.) ET BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 1999.
- ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1951.
- ROUSSEAU (R.), *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. 1, Rousseau, 1902.
- ROUSSEAU DE LA COMBE (G. DU), *Recueil de jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier*, Paris, 4<sup>ème</sup> éd., 1769.
- SERIAUX (A.), *Manuel de droit des successions et des libéralités*, PUF, 2003.
- STARK (B.), ROLAND (H), BOYER (L), *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 1998.

THALLER (E.), *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, t. 1, par P. Pic, Rousseau, 1907.

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2003.

TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1997.

TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2005.

TERRE (F.) et SIMLER (PH.), *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2002.

TROPER (M.), *La théorie du droit, Le droit, L'Etat*, PUF, 2001.

TROPER (M.), *La philosophie du droit*, PUF, 2003.

TROP LONG (R.-T.), *Du contrat de société*, t. 1, C. Hingray, 1843.

TROP LONG (R.-T.), *De la vente*, t. 1, C. Hingray, 5<sup>ème</sup> éd., 1856.

VAVASSEUR (M.), *Traité pratique et formulaire des sociétés civiles et commerciales*, Cosse, Marchal, et Cie, 1869.

VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1995.

VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, Dalloz, 2001.

WAHL (A.), *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Sirey, 1922.

WEILL (A.) ET TERRE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, par Henri Capitant*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 1970.

ZENATI (F.), *Les biens*, PUF, 1988.

### **Ouvrages collectifs**

*La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, sous la direction de Denis Tallon, Pédone, 1989.

### **Ouvrages de droits étrangers**

BAUMBACH A., ET HUECK (A.), *GmbH-Gesetz*, Verlag C. H. Beck, 18<sup>ème</sup> éd., 2006, par L. Fastrich et G. Hueck.

BLACKETT-ORD (M.), *Partnership*, Butterworths, 2<sup>nd</sup> éd., 2002.

DAVIES (P.), *Introduction to Company Law*, Oxford University Press, 2002.

DEARDS (E.) et DEARDS (R.), *Partnership Law*, Cavendish Publishing Limited, 1999.

KROPFF (B.) et SEMLER (J.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Verlag C. H. Beck, 2<sup>ème</sup> éd., 2000.

LOUSANOFF (O. DE) ET LAURIN (B.), *La GmbH*, Fritz Knapp Verlag, 2<sup>ème</sup> éd., 2000.

MALHERBE (J.), LAMBRECHT (P.), MALHERBE (P.), *Droit des sociétés, Précis, Droit communautaire, Droit Belge*, Bruylant, 2004

MARTEL (M.) ET MARTEL (P.), *La compagnie au Québec*, Wilson & Lafleur, Martel Itée, 2002.

MORETEAU (O.), *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2000.

SCHMITTHOFF (C.), *Palmer's company law*, Stevens & Sons, 1982.

STEDHAM (G.) et JONES (J.), *Shareholders' Agreements*, Sweet & Maxwell, 1998.

TUNC (A.), *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Economica, 4<sup>ème</sup> éd., 1997.

WHITE (J. J.) et SUMMERS (R. S.), *Handbook of the law under the Uniform commercial code*, West Publishing Co., 1980.

### **Ouvrages non juridiques**

DEFALVARD (H.), *Fondements de la microéconomie*, Vol. 1, Les choix individuels, de boeck, 2003.

GREFFE (X.), MAIRESSE (J.), REIFFERS (J.-L.), *Encyclopédie économique*, t. I, Economica, 1990.

LAKEHAL (M.), *Dictionnaire d'économie contemporaine*, 3<sup>ème</sup> éd., Vuibert, 2002.

SAMUELSON (P.) et NORDHAUS (W.), *Economie*, 16<sup>ème</sup> éd., Economica, 1998.

SMITH (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, 1776, Nouvelle traduction coordonnées par P. Jaudel,, Economica, 2000.

WALRAS (L.), *Eléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.

### **OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES**

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002.

ANDRONESCO (D.), *L'inégalité des prestations dans les contrats*, thèse Paris, 1922.

ARNAUD (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, préf. M. Villey, Bibl. Phil. dr., vol. IX, L.G.D.J., 1969.

AYNES (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. Malaurie, Economica, 1984.

BALESTRIERO (V.), *La stipulation pour autrui tacite*, thèse Nancy 2, 1994.

BANDRAC (M.) et DOM (J.-P.), *Loi NRE et autres réformes, Réflexions et solutions pratiques en droit des sociétés*, éd. Joly, 2002.

BERTREL (J.-P.) ET JEANTIN (M.), *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 1991.

BESSIS (M.-H.), *Cession de droits sociaux et passif social*, thèse Paris I, 1984.

BILLIAU (M.), *La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, préf. J. Ghestin, Bibl. dr. priv., t. 207, L.G.D.J., 1989.

BLAISE (H.), *L'apport en société*, thèse Rennes, 1955.

- BOUCOBZA (X.), *L'acquisition internationale de société*, préf. P. Fouchard, Bibl. dr. priv., t. 301, L.G.D.J., 1998.
- BOUYSSOU (M.), *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préf. G. Marty, Sirey, 1947.
- BOULANGER (D.), *L'indétermination de l'objet pécuniaire des contrats engendrant vente de marchandises, Contribution à la notion d'objet dans la théorie générale des obligations*, thèse Lille, 1994.
- BOYER (L.), *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. Maury, Sirey, 1947.
- BRETON (A.), *La notion de violence en tant que vice du consentement*, thèse Caen, 1925.
- CAFFIN-MOI (M.), *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, thèse Paris, 2007.
- CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Dalloz, 3ème éd., 1927.
- CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, thèse Paris, 1960.
- CAUSSE (H.), *Les titres négociables*, préf. B. Teysié, Bibl. dr. entrep., t. 29, Litec, 1993.
- CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1962.
- COHEN (D.), *Arbitrage et société*, préf. B. Oppetit, Bibl. dr. priv., t. 229, L.G.D.J., 1993.
- COIRET (N.), *L'indétermination du prix dans les contrats*, thèse Bordeaux, 1989.
- CONVERT (L.), *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés*, préf. B. Saintourens, Bibl. dr. priv., t. 374, L.G.D.J., 2003.
- COURET (A.) ET LEDOUBLE (D.), *La maîtrise des risques dans les cessions d'actions*, GLN Joly, 1994.
- DAGOT (M.), *La simulation en droit privé*, L.G.D.J., 1967.
- DECOCQ (G.), *Essai sur l'évaluation*, thèse Paris II, 1996.
- FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, Bibl. dr. priv., t. 221, L.G.D.J., 1992.
- FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, Bibl. dr. priv., t. 366, L.G.D.J., 2002.
- FORTSAKIS (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, préf. J. Rivero, Bibl. dr. pub., t. 152, L.G.D.J., 1987.
- GAILLARD (E.), *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, thèse Lyon, 1932.
- GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985.
- GAUDIN DE LAGRANGE (E. DE), *L'intervention du juge dans le contrat*, Sirey, 1935.
- GHESTIN (J.), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, L. G. D. J. 1962.
- GIRAUD (L.), *De la lésion en droit romain*, thèse Paris, 1876.
- GODON (L.), *Les obligations des associés*, préf. Y. Guyon, Economica, 1999.
- GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, Bibl. dr. priv., t. 93, L.G.D.J., 1969.

- GRILLET-PONTON (D.), *Essai sur le contrat innomé*, thèse Lyon, 1982.
- GROSS (B.), *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, L.G.D.J., 1963
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. Ghestin, Bibl. dr. priv., t. 218, L.G.D.J., 1992
- HAMEL (J.), *Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, t. 1, Les Cours de droit, 1938-1939.
- HAURIOU (M.), La théorie de l'institution et de la fondation, in *Cahiers de la nouvelle journée, Aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Lib. Bloud et Gay, 1933, p. 89s.
- HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, L.G.D.J., 1971.
- HAUSMANN (C.) ET TORRE (P.), *Les garanties de passif*, 2<sup>ème</sup> éd., E.F.E., 2003
- HAUTCOEUR (R.), *Les apports à prestations successives ou continues dans les Sociétés (Apports en jouissance, Apport en travail)*, thèse Lille, 1928.
- HAYEM (F.), *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse Paris, 1899.
- JARRONSSON (C.), *La notion d'arbitrage*, préf. B. Oppetit, Bibl. dr. priv., t. 198, L.G.D.J., 1987.
- JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928.
- JOUARY (P.), *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, thèse Paris I, 2002.
- LAMBERT (T.), *Le prix de cession des actions et parts sociales*, thèse Nancy, 1991.
- LANGLES (T.), *Les clauses de garantie d'actif et de passif à l'occasion de la cession de droits sociaux*, thèse Paris XIII, 1993
- LARROUMET (C.), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968.
- LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, Bibl. dr. priv., t. 335, L.G.D.J., 2000.
- LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, Bibl. dr. priv., t. 225, L.G.D.J., 1992.
- LOUIS-LUCAS (P.), *Volonté et cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Sirey, 1918.
- LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, préf. L. Lorvellec, Bibl. dr. priv., t. 283, L.G.D.J., 1997.
- MARECHAL (S.), *Le prix de vente laissé à l'arbitrage d'un tiers*, thèse Lille, 1970.
- MASSART (T.), *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse Paris, 1995.
- MAUBERT (M.), *Les clauses léonines dans les sociétés commerciales*, thèse Paris, 1962.
- MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920.
- MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, Bibl. dr. priv., t. 223, L.G.D.J., 1992.

- MEAU-LAUTOUR (H.), *La donation déguisée en droit civil français*, préf. P. Raynaud, Bibl. dr. priv., t. 194, L.G.D.J., 1985.
- MIHLAC (O.), *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, préf. J. Ghestin, Bibl. dr. priv., t. 286, L.G.D.J., 2001.
- MORIN (A.), *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, préf. A. Ghozi, Presse Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 1998.
- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948.
- MOTULSKY (H.), *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, t. 2, Dalloz, 1974.
- MOUSSERON (P.), *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, préf. M. Jeantin, Nouvelles Editions Fiduciaires, 1992.
- N'DOUA (S.), *Du prix dans les contrats en droit privé*, thèse Paris I, 1999.
- NIZARD (F.), *Les titres négociables*, préf. H. Synvet, Economica, 2003.
- OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, Bibl. dr. priv., t. 91, L.G.D.J., 1969.
- PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1967.
- PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, préf. J.-B. Blaise, Bibl. dr. priv., t. 402, L.G.D.J., 2003.
- PEROT-MOREL (M.-A.), *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, thèse Grenoble, 1961.
- PERROT (R.), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse Paris, 1947.
- PIETTE (G.), *La correction du contrat*, préf. M. Menjucq, P.U.A.M., 2004.
- PILLET (G.), *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, préf. P. Jourdain, Bibl. Inst. André Tunc, t. 1, L.G.D.J., 2004.
- POUGHON (J.-M.), *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J.-P. Baud, Bibl. dr. priv., t. 194, L.G.D.J., 1987.
- POTTIER (M.-V.-A.), *De la vente en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1852
- PRAT (S.), *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, préf. A. Viandier, Litec, 1992.
- REGNAUT-MOUTIER (C.), *La notion d'apport en jouissance*, préf. J. Prieur, Bibl. dr. priv., t. 242, L.G.D.J., 1994.
- ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrats*, préf. J. Ghestin, Bibl. dr. priv., t. 311, L.G.D.J., 1999.
- ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. Marty, Bibl. dr. priv., t. 27, L.G.D.J., 1961.
- ROUX (J.-M.), *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, préf. J. Mestre, P.U.A.M., 2001
- SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. M. Cabrillac, Bibl. dr. entrep., Litec, 1999.

- SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préf. M. Bischoff, Sirey, 1969.
- SHINDLER-VIGUIE (S.), *La notion de juste prix en droit positif français*, thèse Paris, 1993.
- SOUMRAMI (S.), *Le portage d'actions*, préf. B. Oppetit, Bibl. dr. priv., t. 260, L.G.D.J., 1996.
- STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, Bibl. dr. priv., t. 337, L.G.D.J., 2000.
- TCHENDOU (M.), *Les applications contemporaines de la stipulation pour autrui*, thèse Paris I, 1995.
- TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., 1956.
- THEODORESCO (A.-R.), *La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux en droit français*, thèse Paris, 1923.
- THIOYE (M.), *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, thèse Toulouse, 2000.
- VALDEYRON (D.), *A la recherche du juste prix*, thèse Bordeaux, 1942.
- VALEMBOS (A.-L.), *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, préf. B. Mathieu, Bibl. const. et sc. pol., t. 122, L.G.D.J., 2005.
- VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, préf. J. Mestre, PUAM, 1999.
- VALMONT (M.), *Le fondement juridique de la lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse Paris, 1938.
- VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, préf. F. Terré, Bibl. dr. priv., t. 156, L.G.D.J., 1978.

#### ARTICLES DE REPERTOIRES ET ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES

- ARTZ (J.-F.), *Rep. sociétés Dalloz*, v° Cession de droits sociaux, 1996.
- CAUSSAIN (J.-J.) ET GERMAIN (M.), Groupes de sociétés, cession de contrôle (SA et SARL), *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 165-20, 1997.
- COURET (A.), *Dict. Joly, Droits des sociétés, série A*, v° Garantie de passif,
- DEREU (Y.), Sociétés en nom collectif, Parts sociales, cessions entre vifs, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 59-20, 1996.
- GUYON (Y.), « Affectio societatis », *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 20-10, 2005.
- GRUA (F.), Monnaie, Nature de la monnaie, *J.-Cl. civil*, App. art. 1235 à 1270, fasc. 60,
- ISSA-SAYEGH (J.), Contrats et obligations, Extinction des obligations, Paiement : objet, moyens et frais, *J.-Cl. civil*, Art. 1235 à 1248, fasc. 30, 2006.
- LE GUIDEC (R.), Donations et Testaments, *J.-Cl. civil*, Art. 893 à 895, fasc. 10, 2003.
- LIBCHABER (R.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Biens, 2002.
- LUCAS (F.-X.), Théorie des bénéfices et des pertes, Bénéfices, économies et pertes, *J.-Cl. Sociétés*, fascicule 15-10, 2001.
- MASSART (T.), *Dict. Joly, Droits des sociétés, série A*, v° Cession d'actions, 2003.
- MASSART (T.), *Rép. sociétés Dalloz*, V° Société (Contrat de), 2006.



PETIT (B.), Contrats et obligations, Définition et classification des contrats, *J.-Cl. civil*, Art. 1101 à 1108-2, fasc. 1-2, 2005.

ROCHFELD (J.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Cause, 2005.

SERIAUX (A.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Propriété, 2003.

STORCK (M.), Sociétés à responsabilité limitée, Parts sociales, cessions, transmission, nantissement, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 73-20, 2005.

TERRE (F.) et VIANDIER (A.), Théorie des bénéfiques et des pertes, La vocation aux bénéfiques et la contribution aux pertes, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 17, 1988.

### CHRONIQUES ET ARTICLES

ALLEGAERT (V.), De la propriété des valeurs mobilières, *Bull. Joly* 2005, § 68 p. 340.

AMIAUD (A.), L'affectio societatis, in *Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. geburststag von August Simonius*, 1955.

ANCEL (P.), Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* 1999.771.

ATIAS (C.) et LINOTTE (D.), Le mythe de l'adaptation du droit au fait, *D.* 1977, chr. 251.

AUBERT DE VINCELLES (C.), Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, *D.* 2006, chr. p. 2629.

AYNES (L.), Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse?, *D.* 1993, chr. 25.

AYNES (L.), Cessions de contrats, nouvelles précisions sur le rôle du cédé, *D.* 1998 chr. 25.

BASDEVANT (D.) et LE BOLZER (J.-M.), Audit juridique et conventions de garantie dans les acquisitions d'entreprises, *DPCI* 1992, t. 18, n° 1, p. 6.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application, *JCP* 1994.I.3800.

BELOT (J.), La détermination judiciaire du prix dans les contrats, *RRJ* 1982, p. 349

BENABENT (A.), Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie, *D.* 1994, chr. 115.

BERGEL (J.-L.), Différence de nature (égale) différence de régime, *RTD civ.* 1984.255.

BERGERAC (M.) et BERNARD (A.), Fantaisie à deux voix, *D.* 2000, chr. 315.

BERMOND DE VAULX (J.-M.), La détermination du prix dans le contrat de vente, *JCP* 1973.I.2567.

BERMOND DE VAULX (J.-M.), Les parts sociales privilégiées, *JCP.* éd. E, 1993.I.294.

BERMOND DE VAULX (J.-M.), Le spectre de l'affectio societatis, *JCP.* éd. E, 1994.I.346.

BERR (C.), La place de la notion de contrôle en droit des sociétés, *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, 1974, p. 1.

BERTREL (J.-P.), La garantie de passif social dans les acquisitions de contrôle, *RJDA* 4/91, p. 243.

BERTREL (J.-P.), Les recours offerts par la loi à un « cessionnaire déçu », *Droit et patrimoine*, avril 1993, p. 53.

- BERTREL (J.-P.), Quel type de garantie de passif choisir ?, *Droit et patrimoine*, mai 1993, p. 50.
- BERTREL (J.-P.), Liberté contractuelle et société, *RTD com.* 1996.595.
- BERTREL (J.-P.), Le débat sur la nature de la société, in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 131.
- BERTREL (J.-P.) et JEANTIN (M.), Le portage d'actions, *RJDA* 10/1991 p. 683.
- BETOULLE (J.), La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation, Mythe ou réalité, *JCP* 2002.I.171.
- BILLIAU (M.), Cession de contrat ou "délégation" de contrat? (Etude du régime juridique de la prétendue "cession conventionnelle de contrat"), *JCP* 1994.I.3758.
- BISSARA (P.), Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, *Rev. soc.* 2004.461.
- BONNEAU (T.), La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés, *RTD com.* 1988.535.
- BOUBLI (B.), La fonction libératoire du déguerpissement, *JCP* 1973.I.2518.
- BOURGEON (C.), Les apports économiques, in La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, *RTD com.* 1997.8.
- BRETON (A.), Théorie générale de la renonciation aux droits réels, le déguerpissement en droit civil français, *RTD civ.* 1928.261.
- BRUNET (A.) ET GHOZI (A.), La jurisprudence de l'Assemblée Plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, *D.* 1998, chr. 1.
- BRUNET (A.) ET GHOZI (A.), La fonction du prix en droit de la concurrence, in *Mélanges Christian Mouly*, 1998, t. 2, p. 27.
- BULLE (J.-F.), Aspects pratiques sur.... la période intermédiaire en cas de cession de titres, *Dr. soc.*, janv. 2000, p. 5 .
- CABRILLAC (M.), Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235.
- CADIET (L.), Arbitre, arbitrator, Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil, *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 153.
- CANIN (P.), La mésestente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés, *Dr. soc.*, janv. 1998, n° 1 p. 4.
- CANIVET (G.), L'expérience de la Cour de cassation française, in *Regards croisés sur la sécurité juridique*, n° spécial, *P. A.*, 21 déc. 2006, p. 23.
- CAPORALE (F.), Société et indivision, *Rev. soc.* 1979.265.
- CARBONNIER (J.), La méthode sociologique dans les études de droit contemporain, in *Méthode sociologique et droit, Rapports présentés au colloque de Strasbourg (26 au 28 novembre 1956)*, *Ann. fac. Strasbourg*, Dalloz, 1956, p. 191.
- 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.

- CASSIA (P.), La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes, *D.* 2006, chr. 1190.
- CATALA (P.), La « propriété » de l'information, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97.
- CAUSSAIN (J.-J.) ET GERMAIN (M.), Pratique des cessions de contrôle dans les sociétés anonymes non cotées, *JCP éd. E* 1987.II.14915.
- CAUSSAIN (J.-J.) ET VIANDIER (A.), Garantie légale ou garantie contractuelle : Garantie de passif ou garantie de valeur ?, *DPCI* 1992, t. 18, n° 1, p. 43.
- CHAMPAUD (C.), La cession de contrôle, Présentation générale, in *Nouvelles techniques de concentration*, Sirey, 1972, p 137.
- CHAMPAUD (C.), Le contrat de société existe-t-il encore, in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux et recherches de la Faculté des sciences juridiques de Rennes, Economica, 1987, p. 125.
- CHAMPAUD (C.), Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires, in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 161.
- CHARTIER (Y.), La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978, *JCP* 1978.I.2917.
- CHARTIER (Y.), L'évolution de l'engagement des associés, *Rev. soc.* 1980.1.
- CHARTIER (Y.), L'évaluation des parts de sociétés civiles immobilières, *Rev. soc.* 1993.1.
- CHAZAL (J.-P.), L'usufruitier et l'associé, *Deffrénois* 2000.743.
- CHENOT (B.), La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, *EDCE*, 1950, p. 77.
- CHENOT (B.), L'Existentialisme et le Droit, *RFSP*, 1953, p. 57.
- CHILSTEIN (D.), Les biens à valeur vénale négative, *RTD civ.* 2006.663.
- CLAUDEL (E.), Clauses léonines extra-statutaires, les voies d'un compromis, in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 183.
- COMBASTET (TH.), La détermination du prix par un tiers dans les cessions de droits sociaux, *Petites affiches*, n° 106 du 4 sept. 1985, p. 58.
- COPPER-ROYER (J.), Sur la notion d'affectio societatis, *Rev. spéc. sociétés*, 1938, p. 593.
- CORBISIER (I.), La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises, *Réflexions comparatives, R.I.D.C.* 1988. 767.
- COUDIN (P.), Sur certains aspects fiscaux des conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux, *JCP éd. E*, 1990.II.15691.
- COURET (A.), Le prix du contrôle d'une société anonyme, *Bull. Joly* 1986, p. 167.
- COURET (A.), L'exécution des clauses de garantie du passif, *Bull. Joly* 1987, p. 73.
- COURET (A.), Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire, *RJDA* 5/91, p. 391.
- COURET (A.), L'annulation d'une vente de titres pour indétermination du prix : régime et conséquences de la nullité, *Dr. soc.*, oct. 1992, p. 1.
- COURET (A.), Dépendance ou indépendance des qualités d'associé et d'apporteur en compte courant, *Bull. Joly* 1992, p. 7.

- COURET (A.), Indétermination du prix : une nouvelle jurisprudence, *Droit & patrimoine*, janvier 1996, p. 48.
- COURET (A.), Le maniement par le juge de la théorie de l'abus dans la fixation du prix, *Rev. conc. cons.*, juil./août 1996, n° 92, p. 27.
- COURET (A.), L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil, in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 249.
- COURET (A.), CESBRON (L.), PROVOST (B.), ROSENPICK (P.), SAUZEY (J.-C.), Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux, *Bull. Joly 2001*, § 242 p. 1045.
- COURET (A.), GUILLOT (J.-L.), PELTIER (F.), La maîtrise du risque d'indétermination du prix dans les cessions d'actions, *Droit des sociétés, actes pratiques*, juin 1992 p. 1.
- COURTIER (J.-L.), Validité et opposabilité des cessions de parts de la société en nom collectif, *Dr. soc.*, déc. 1998, p. 10.
- CROS (M. L.), Les contrats à exécution échelonnée, *D.* 1989, chr. 49.
- DAIGRE (J.-J.), Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil, *Bull. Joly 1996* p. 789.
- DAIGRE (J.-J.), La perte de la qualité d'actionnaire, *Rev. soc.* 1999.536.
- DAIGRE (J.-J.), Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers, *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 213.
- DAMY (G.), L'évolution nécessaire du droit des sociétés, *Actes pratiques – Sociétés*, janv./fév. 2006, p. 24.
- DANA (A.), Les garanties dites de passif, *Revue française de comptabilité*, janv. 1990, p. 32.
- DANET (D.), Cessions de droits sociaux : information préalable ou garantie des vices?, *RTD com.* 1992.315.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), L'acquisition de droits sociaux pour un prix symbolique, *Droit & Patrimoine*, juin 1995, p. 35.
- DELFOSE (A.), La détermination du prix dans les cessions de contrôle, *Bull. Joly 1990*, p. 431.
- DENECKER (J.), La détermination du prix dans les cessions de droits sociaux, *Rev. cons. jur.* 1986, n° 20, p. 20.
- DENIS (G.), Quelques anomalies en matière de prix, in Colloque de Pau du 7 mars 1997, « Les exigences en matière de prix », *JCP éd. E, Les cahiers du droit de l'entreprise*, supplément n° 7, 1997, p. 23.
- DESCORPS DECLERE (F.), Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, *RTD com.* 2003.25.
- DEZEUZE (E.), La réparation du préjudice devant la juridiction pénale, *Rev. soc.* 2003.261.
- DIDIER (P.) Brèves notes sur le contrat-organisation, *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, p. 635.
- DOM (J.-P.), L'attribution gratuite d'actions, *Bull. Joly 2005*, § 35 p. 188.
- DUBOUT (H.), Les clauses de non garantie dans les cessions de droits sociaux en droit français, *Bull. Joly 1995*, § 374 p. 1039.

- DUBOUT (H), Le fonctionnement des garanties de passif dans le temps, *Bull. Joly* 1999, § 267 p. 1154.
- DUTHELLET DE LAMOTHE (O.), L'expérience du Conseil constitutionnel français, *in* Regards croisés sur la sécurité juridique, n° spécial, *P. A.*, 21 déc. 2006, p. 10.
- ENGEL (P.), Associé et créancier : l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux, *JCP éd. E*, 1998.I.2056.
- ENGELHARD-GROSJEAN (M.-L.), La détermination de l'objet dans les contrats, *Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand*, t. XIII, 1976, p. 439s.
- FABRE (R.), Les clauses d'adaptation dans les contrats, *RTD civ.* 1983.1.
- FABRE-MAGNAN (M.), Le mythe de l'obligation de donner, *RTD civ.* 1996.85.
- FERRIER (D.), Les apports au droit commun des obligations, *in* La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, *RTD com.* 1997.49.
- FONTBRESSIN (P. DE), De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats, *RTD civ.* 1986.655.
- FORTIER (V.), le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable, *JDI* 1996.315.
- FOYER (J.), La réforme du titre IX du livre III du Code civil, *Rev. soc.* 1978.1.
- FREYRIA (C.), Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, *JCP* 1992.I.3600.
- FREYRIA (C.), Le prix de vente symbolique, *D.* 1997, chr. 51.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), L'indétermination du prix, *RTD civ.* 1992.269.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix?, *RJDA* 1996/1, p. 3.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), Va-t-on vers une conception unitaire de l'abus dans la fixation du prix, *Rev. conc. cons.*, juil./août 1996, p. 13.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), Le contrat de distribution : création de la pratique et de la jurisprudence, mode de gestion des rapports de force dans les réseaux, *JCP éd. E* 1997, suppl. n°3/4 p. 11.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANES (W.), Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, *D.* 2000, chr. 361.
- GALIA-BEAUCHESNE (A.), Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et de parts sociales, *Rev. sociétés* 1980.27.
- GARÇON (J.-P.), Fixation d'un prix de cession de titres et référence aux éléments comptables, *JCP éd. E* 2000, p. 496.
- GARELLO (P.), Les économistes et le contrat, *Mélanges Christian Mouly*, T. 1, 1999, p. 37.
- GARRIGUES (B.), La contre-prestation du franc symbolique, *RTD civ.* 1991.459.
- GARRISSON (F.), Lésion et ventes de meubles, *Etudes historiques à la mémoire de Noël Didier*, 1990, p. 135.
- GASSIN (R.), Analyse systémique et droit, *in* *Cahiers des écoles doctorales*, Faculté de droit de Montpellier, n° 2, nov. 2001, p. 545.
- GAUTIER (P.-Y.), Conte Bentham : l'inutile et le droit, *RTD civ.* 1995.797.

- GERMAIN (M.), Cession de contrôle des sociétés non cotées, questions de principe, in *La Transmission des entreprises*, *RJC*, numéro spécial, nov. 1988, p. 69.
- GHESTIN (J.), La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, *D.* 1971, chr. 247.
- GHESTIN (J.), L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, *D.* 1973, chr. 293.
- GHESTIN (J.), L'utile et le juste dans les contrats, *D.* 1982, chr. 1.
- GHESTIN (J.), La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil, *Mélanges Weill*, Dalloz-Sirey, 1983, p. 243.
- GHESTIN (J.), La notion de contrat, *D.* 1990, chr. 147.
- GHESTIN (J.), Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix, *D.* 1993, chr. 251.
- GHESTIN (J.), La notion de contrat cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent, *JCP éd. E*, 1997 suppl. n°3/4 p. 7.
- GHESTIN (J.), L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue, *JCP* 2006.I.177.
- GIBRILA (D.), L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles, *Deffrénois* 1998.625.
- GJIDARA (J.), Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : Le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil, (1<sup>ère</sup> partie), *Petites affiches*, n° 123 du 21 juin 2000, p. 4.
- GJIDARA (S.), Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : Le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil, (suite et fin), *Petites affiches*, n° 122 du 22 juin 2000, p. 4.
- GOUBEAUX (G.), A propos de l'erreur sur la valeur, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 389.
- GOUTAY (P.) La notion d'instrument financier, *Droit & Patrimoine*, mars 2000, p. 68.
- GOUTAY (P.) et DANOS (D.) De l'abus de la notion d'intérêt social, *D. aff.* 1997.877.
- GRILLET-PONTON (D.), Nouveau regard sur la vivacité de l'innomé en matière contractuelle, *D.* 2000, chr. 331.
- GRYNBAUM (L.), La notion de solidarisme contractuel, in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Economica, 2004, p. 25.
- GRZEGORCZYK (C.), Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit, *Arch. phil. droit*, n° 31, 1986, p. 281.
- GUYON (Y.), La fraternité dans le droit des sociétés, *Rev. soc.* 1989.459.
- GUYON (Y.), Les dispositions générales de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés, *Rev. soc.* 1979.1.
- HAMEL (J.), « L'affectio societatis », *RTD civ.* 1925.761.
- HANNOUN (C.), Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés, *D.* 1994, chr. 67.
- HEBRAUD (P.), Observations sur la notion du temps dans le droit civil, in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, t. 2, P.U.A.M., 1979, p. 1.

HERVIEU (T.), Les clauses de garanties dans les cessions d'actions ou de parts de société, *Quot. jur.*, n° 34, 20 mars 1984, p. 2.

HIEZ (D.), La nature juridique de la dation en paiement, *RTD civ.* 2004.199.

HONORAT (J.), La prime de contrôle ou quand deux et deux ne font plus quatre, *Propos impertinents du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 147.

HUET (J.), Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix, *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 311.

HUSSON (M.), Méthode sociologique et droit, in *Méthode sociologique et droit, Rapports présentés au colloque de Strasbourg (26 au 28 novembre 1956)*, Dalloz, 1958, p. 83.

JADAUD (B.), La répartition des bénéfices sociaux entre cédant et cessionnaire de parts sociales, *JCP éd. E*, 1996.I.608.

JAMIN (C.), Cession de contrat et consentement du cédé, *D.* 1995 chr. 131.

JAMIN (C.), Réseaux intégrés de distribution, de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques, *JCP* 1996.I.3959.

JAMIN (C.), Typologie des théories juridiques de l'abus, *Rev. conc. cons.*, juil./août 1996, p. 7.

JAMIN (C.), Les apports au droit des contrats-cadre, in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, *RTD com.* 1997.19.

JAMIN (C.), Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Droit & Patrimoine*, mars 1998, p. 48.

JAMIN (C.), Pour en finir avec la formation du contrat !, *Les petites affiches*, 6 mai 1998, n° 54, p. 25.

JAMIN (C.), Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 441.

JAMIN (C.), Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil, *D.* 2002 chr. 901.

JAMIN (C.), Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction, in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Christophe Jamin et Denis Mazeaud, Dalloz 2003, p. 7.

JAMIN (C.), Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Economica, 2004, p. 160.

JAMIN (C.), La doctrine, explication de texte, in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 225.

JAMIN (C.), Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique, *RIEJ* 2006.56, p. 5.

JAUBERT (P.), Deux notions du droit des biens, la consomptibilité et la fongibilité, *RTD civ.* 1943.75.

JEANTIN (M.), Conventions de portage et droit des sociétés, *Rev. dr. banc.*, juil./août 1991, p. 122.

JEANTIN (M.), Observations sur la notion de catégorie d'actions, *D.* 1995, chr. 88.

JEOL (M.), conclusions sous Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565.

- JEOL (M.), Le contenu juridique des décisions du 1<sup>er</sup> décembre 1995, *in* La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, *RTD com.* 1997.1.
- JESTAZ (P.), Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain, *in* *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Christophe Jamin et Denis Mazeaud, Dalloz 2003, p. 243.
- JOURDAIN (P.), Le devoir de « se » renseigner, (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement), *D.* 1983, chr. 139.
- KANDE DE BEAUPUY (S.), Les clauses d'earn out, *Droit & Patrimoine* janvier 1994, p. 26.
- KENDERIAN (F.), La contribution aux pertes sociales, *Rev. soc.* 2002.817.
- KUTSCHER-PUIS (K.), Détermination du prix de vente – L'expérience allemande, *R.I.D.C.* 1997.175.
- LAGARDE (X.), Sur l'utilité de la théorie de la cause, *D.* 2007, chr. 740.
- LAMBERT (T.), L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, *Rev. sociétés*, 1993.11.
- LAMBERT (T.), La société bénéficiaire de la garantie de passif, *RJC* 1999, p. 45.
- LAMBERT-GARREL (L.), Le juge et le prix du contrat, *RRJ* 2003, p. 723
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.), L'exigence d'une notion de prix (Problématique), *JCP éd E* 1997 suppl. n° 5, p. 25.
- LAUDE (A.), La fongibilité, *RTD com.* 1995.311.
- LAUDE (A.), La détermination du prix dans les contrats de distribution : Le changement de cap, *D. aff.* 1996, n° 1, chr. p. 3.
- LAUDE (A.), L'exigence de détermination du prix, *in* Les exigences en matière de prix, *JCP éd E* 1997 suppl. n° 5, p. 29.
- LE BRAS (W.), Les promesses de cession de droits sociaux et la prohibition des clauses léonines, *Bull. Joly* 1986.587.
- LE CANNU (P.), Les rides du capital social, *in* *Quel avenir pour le capital social*, sous la direction de A. Couret et H. Le Nabasque, Dalloz, 2004, p. 3.
- LECUYER (H.), Le contrat, acte de prévision, *in* *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, p. 643.
- LEDUC (F.), La détermination du prix, une exigence exceptionnelle?, *JCP* 1992.I.3631.
- LE NABASQUE (H.), La force obligatoire du rapport d'expertise dans la procédure d'agrément, *Dr. soc.*, déc. 1992, p. 1.
- LE NABASQUE (H.), Les actions sont des droits de créance négociable, *in* *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 671.
- LE NABASQUE (H.), La fin de la connexion apports/capital, *in* *Quel avenir pour le capital social*, sous la direction de A. Couret et H. Le Nabasque, Dalloz, 2004, p. 103.
- LE NABASQUE (H.) ET BARBIER (M.), Les clauses léonines, *Droit des sociétés, Actes pratiques*, septembre-octobre 1996, n° 29.
- LEOTY (D.), La nature juridique de la dation en paiement : la dation en paiement, paiement pathologique?, *RTD civ.* 1975.12.



- LE TOURNEAU (P.), De l'allégement de l'obligation de renseignement et de conseil, *D.* 1987, chr. 101.
- LEVY (J.-P.), Le consensualisme et les contrats, des origines au Code civil, *Rev. sc. Morales et politiques*, 1995.209.
- LEVY-BRUHL (H.), La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit, in *Méthode sociologique et droit, Rapports présentés au colloque de Strasbourg (26 au 28 novembre 1956)*, *Ann. fac. Strasbourg*, Dalloz, 1956, p. 121.
- LIBCHABER (R.), Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717.
- LUCAS (F.-X.), Retour sur la notion de valeur mobilière, *Bull. Joly* 2000, § 185 p. 765, spéc. n° 13 p. 772.
- LUCAS (F.-X.), Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines, à la recherche de la cohérence perdue, *JCP E* 2000.I.168.
- LUCAS (F.-X.), Retour sur la notion de valeur mobilière, *Bull. Joly* 2000, § 185 p. 765
- LUCAS (F.-X.), Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ?, Bref propos discursif autour du thème de l'associé et de l'investisseur, *RDBF* juil./août 2002, p. 216.
- LUCAS (F.-X.), La distinction des titres de capital et des titres de créance, in *Quel avenir pour le capital social*, sous la direction de A. Couret et H. Le Nabasque, Dalloz, 2004, p. 21.
- LUCAS (F.-X.), Du contrat de société au contrat d'investissement, *RDBF* mars/avril 2005, p. 50.
- MAGNIER (V.), La notion de justice impartiale, A la suite de l'arrêt Oury, *JCP* 2000.I.252.
- MALINVAUD (P.), De l'erreur sur la substance, *D.* 1973, chr. 43.
- MARTIN (D.), De la monnaie, *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, 1995, p. 333.
- MARTIN (R.), Loi économique et règle de droit, *D.* 1990, chr. 259.
- MARTIN (X.), L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme, *Revue historique du droit français et étranger* 1982, p. 589.
- MARTY (G.), Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1949, p. 84.
- MASSART (T.), Aspects sociétaires de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises, *Bull. Joly* 2004, § 152 p. 743.
- MAY (J.-CL.), La société : contrat ou institution, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, L.G.D.J., 2004, p. 122.
- MAZEAUD (D.), La réduction des obligations contractuelles, *Droit & Patrimoine*, mars 1998, p. 58.
- MAZEAUD (D.), Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, *Petites affiches*, n° 117 du 30 sept. 1998.
- MAZEAUD (D.), Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, p. 603.
- MAZEAUD (D.), La matière du contrat, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 81.

- MAZEAUD (D.), La cause, in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 451.
- MAZEAUD (D.), Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Economica, 2004, p. 57.
- MAZEAUD (D.), Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple illégitime, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235.
- MERCADAL (B.), La détermination du prix dans les contrats, *DPCI* 1979.443.
- MERLE (P.), Refus d'agrément et droit de repentir dans les SARL, *RJDA* 1993/1, p. 3.
- MESTRE (J.), L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, Economica, 1985, p. 41.
- MESTRE (J.), De l'exigence d'un prix déterminable au regard de l'article 1129 du Code civil, *RTD civ.* 1987.94.
- MESTRE (J.), L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé), *Rev. soc.* 1989.399.
- MESTRE (J.), La société est bien encore un contrat, *Mélange Christian Mouly*, T. 1, 1998, p. 131.
- MOLFESSIS (N.), Les exigences relatives au prix en droit des contrats, *Petites affiches*, n°90 du 5 mai 2000, p. 41.
- MONDIANO (J.), La garantie de passif dans les cessions de sociétés, *Jour. notaires* 1991, n° 10, p. 713.
- MONIER (R.), La lésion de plus de moitié dans la vente, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900.181.
- MONTELS (B.), La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, *R. T. D. com.* 2002.417.
- MOTULSKY (H.), La nature juridique de « l'arbitrage » prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer, *Rec. gén. Lois* 1955.109.
- MOULY (J.), Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur excusable (l'opinion dissidente d'un travailleur), *D.* 2003, chr. 2023.
- MOURY (J.), De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.* 1994.255.
- MOURY (J.), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), *Rev. soc.* 1997.455.
- MOURY (J.), Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, *Rev. soc.* 2005.513.
- MOUSSERON (P.), L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle, *JCP éd. E*, 1994.I.362.
- MOUSSERON (P.), Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux, *RJDA* 3/06, p. 199.
- MUZNY (P.), Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi, *D.* 2006, chr. 2214.
- NAFTALSKI (F.), POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), Les conventions de portage, *Dr. soc., Actes pratiques*, mai-juin 1997, p. 1.

- NAJJAR (I.), La validité des donations déguisées ou indirectes sous seing privé, *D.* 1995, chr. 115.
- NIORT (J.-F.), Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon, *Archives de philosophie du droit*, T. 37, *Droit et Economie*, Sirey, 1992.
- NIZARD (F.), Le transfert de propriété des valeurs mobilières : une réforme inachevée, *Rev. soc.* 2004.619.
- NOTTE (G.), Les clauses dites "de garantie de passif" dans les cessions de droits sociaux, *JCP* 1985.I.3193.
- OPPETIT (B.), La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, *JCP* 1970.I.2361.
- OPPETIT (B.), Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : A propos d'une jurisprudence récente, *Rev. arb.* 1977.315.
- OPPETIT (B.), Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse, *Rev. soc.* 1978.631.
- PACTEAU (B.), La sécurité juridique, un principe qui nous manque, *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 151.
- PAILLUSSEAU (J.) et CONTIN (R.), La cession de contrôle d'une société (à propos d'un important arrêt de la Cour d'appel de Rennes), *JCP* 1969.I.2287.
- PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle, *JCP éd. E*, 1985.II. 14587 et *JCP* 1986.I.3224.
- PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), *JCP* 1992.I.3578.
- PAILLUSSEAU (J.), L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle, *Droit et patrimoine*, fév. 1994, p. 32.
- PAILLUSSEAU (J.), Garanties de l'acquéreur du contrôle, in *La prise de contrôle d'une société*, *RJC*, numéro spécial, nov.1998, p. 43.
- PAILLUSSEAU (J.), Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, *JCP* 2002.I.112.
- PAILLUSSEAU (J.), Les garanties de conformité dans les cessions de contrôle, *JCP* 2007.I.136.
- PAINCHAUX (M.), La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie, *RRJ* 2004, p. 1567.
- PALMARI (P. A. DE), La norme juridique et la libre recherche scientifique : une analyse critique de l'œuvre de François Génys, in *François Génys, Mythe et réalités, 1899-1999, Centenaire de Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, sous la direction de Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden, et Philippe Jestaz, Dalloz, 2000, p. 233.
- PAULZE D'IVOY (B.), Expertises et prix de cessions de droits sociaux, *Bull. Joly* 1995, p. 313.
- PEDAMON (M.), Les apports du droit comparé : les solutions allemandes en matière de détermination du prix, *RTD com.* 1997.67.
- PETARKA (N.), Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance, *Defrénois* 2000.1137.

- PEYRAMAURE (P.), Description de la technique d'acquisition de société, *Rev. jur. com.*, nov. 1988, p. 77.
- PIC (P.), De l'élément intentionnel dans le contrat de société, *Ann. dr. com.*, 1906, p. 153.
- PIETRANCOSTA (A.), Capital zéro ou zéro capital, in *Quel avenir pour le capital social*, sous la direction de A. Couret et H. Le Nabasque, Dalloz, 2004, p. 127.
- PLANIOL (M.), Classification synthétique des contrats, *Rev. crit. lég.*, 1904, p. 470.
- POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), Cessions d'entreprise : Les conventions de « earn out », *Dr. soc., Actes pratiques*, juin 1998, p. 5.
- POITRINAL (F.-D.), Cession d'entreprise : Les conventions de earn out, *JCP éd. E* 1999 p. 18.
- POISSON-DROCOURT (E.), Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat, *D.* 1983, chr. 85.
- POLLAUD-DULIAN (F.), L'actionnaire dans les opérations de portage, *Rev. soc.* 1999.765
- POLLAUD-DULIAN (F.), A propos de la sécurité juridique, *RTD civ.* 2001.487.
- PORTEMER (J.), Du contrat à l'institution, *JCP* 1947.586.
- POUGHON (J.-M.), Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat, *Droits* 1990, p. 47.
- POUSTIS (J.) ET MONNOT (J.-L.), La garantie dans les cessions de droits sociaux (Panorama de jurisprudence), *JCP éd. E* 1985.II.14464.
- POUSTIS (J.) ET MONNOT (J.-L.), La garantie dans les cessions de droits sociaux (Etude d'actualité), *JCP éd. E* 1989.II.15479.
- PRIETO (C.), Conventions extra-statutaires entre associés, in MESTRE (J.), PUTMAN (E.), VIDAL (D.) *Grands arrêts du droit des affaires*, 1995, p. 443.
- PRIETO (C.), in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. Prieto, P.U.A.M, 2003, p. 331.
- PRIEUR (J.) ET BIENVENU-PERROT (A.), Le transfert de propriété dans les cessions d'instruments financiers, *Droit & patrimoine*, mai 2000, p. 79.
- PRÜM (A.), Les exigences de prix dans les contrats internationaux, in *Les exigences en matière de prix*, *JCP éd. E* 1997 suppl. n° 5, p. 32.
- RACINE (J.-B.), La notion de prix en droit contemporain des contrats, *Rev. Intern. Dr. Eco* 1999.77.
- REBOUL (N.), Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis, *Rev. soc.* 2000.425.
- REIGNE (P.), La révélation d'un passif ignoré lors de la cession de droits sociaux ne constitue pas un vice caché des droits cédés, *RFC*, mai 1990, p. 52.
- REJET (TH.), Les apports au droit des relations de dépendance, in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, *RTD com.* 1997.37.
- REJET (T.), La détermination unilatérale de l'objet du contrat, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31.
- RICHARD (J.), Le choix du bénéficiaire de la garantie de passif, *JCP* 1991.I.3491.

- RIPERT (G.), Prêt avec participation aux bénéficiaires et société en participation, *Ann. dr. com.*, 1906, p. 53, spéc. n° 15 p. 61.
- RIVERO (J.), Apologie pour les « faiseurs de systèmes », *D.* 1951, chr. 99.
- ROCHFELD (J.), Les droits potestatifs accordés par le contrat, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 747.
- ROUX (D.), La spécificité des cessions de contrôle, *Rev. sociétés* 1980.49.
- RUDDEN (B.), Le juste et l'inefficace pour un non devoir de renseignement, *RTD civ.* 1985.91.
- SAINTOURENS (B.), L'exigence d'un prix « juste », in Colloque de Pau du 7 mars 1997, « Les exigences en matière de prix », *JCP éd. E, Les cahiers du droit de l'entreprise*, supplément n° 7, 1997, p. 26.
- SAINTOURENS (B.), L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, *Rev. soc.* 2004.207.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil, *RTD com.* 1979.645.
- SALES (J.) et LACAZE (D.), Clauses de earn out : un avenir prometteur, *Dr. soc.*, juin 2000 p. 13.
- SAVAUX (E.), Solidarisme contractuel et formation du contrat, in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, *Economica*, 2004, p. 43.
- SCHMIDT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, in *Les opérations fiduciaires*, FEDUCI, 1985, p. 29.
- SCHMIDT (D.), De l'intérêt commun des associés, *JCP* 1994.I. 3793.
- SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), Les conséquences de l'annulation d'un contrat, *JCP* 1989.I.3397.
- SEILLAN (Y.), L'acte abdicatif, *RTD civ.* 1966.686.
- SERLOOTEN (P.), L'affectio societatis, une notion à revisiter, in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1097.
- SIMLER (P.), Rapport de synthèse, in La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, *RTD com.* 1997.75.
- SOUSI (G.), La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, *RTD civ.* 1982.514.
- SOUSI-ROUBI (B.), Le contrat d'échange, *RTD civ.* 1978.255.
- STOFFEL-MUNCK, (P.), L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, *Droit & Patrimoine*, sept. 2000, p. 16.
- STORCK (M.), Définition légale du contrôle d'une société en droit français, *Rev. soc.* 1986.385.
- STORCK (J.-P.), La validité des conventions extra-statutaires, *D.* 1989 chr. 267.
- STOUFFLET (J.), Les capitaux propres, *Rev. soc.* 1986.549.
- STRAUCH (M.) et NEUNAMM (C. W.), La détermination des prix et autres prestations en droit allemand des contrats, *D.P.C.I.* 1980.133.
- SYLVESTRE (S.), Validité de la promesse de rachat consentie par la société émettrice au souscripteur des titres qu'elle a émis, *Bull. Joly* 2004, § 28 p. 179.
- TERRE (F.), Volonté et qualification, *Arch. phil. droit*, 1957, p. 99.

- THIEFFRY (P.), La détermination du prix en droit américain, *D.P.C.I.* 1985.603.
- THIBIERGE (N.), De l'affectio societatis, (Approche pratique de l'affectio societatis ou la volonté de s'associer), in *Liber amicorum Georges Daublon*, Defrénois, 2001, p. 213.
- THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.* 1997.357.
- THOMASSET (C.) et LAPERRIERE (R.), François Gény, la libre recherche scientifique et la nature des choses, in *François Gény, Mythe et réalités, 1899-1999, Centenaire de Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, sous la direction de Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden, et Philippe Jestaz, Dalloz, 2000, p. 251.
- TREILLE (B.), Les conventions de portage, *Rev. soc.* 1997.721.
- TRICOT (D.) ET PACLOT (Y.), Garantie de passif : pourquoi choisir la voie de l'arbitrage, *Droit et patrimoine*, janvier 2008, p. 50.
- VALEMBOIS (A.-L.), La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005), *P. A.*, 13 juin 2006, p. 7.
- VAN DEN BERGH (R.), Le droit civil face à l'analyse économique du droit, *Rev. Intern. Dr. Eco.* 1988.229.
- VATINET (R.), La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles, *Rev. soc.* 2003.247.
- VERBAERE (C.), Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention, *RRJ* 1999.685.
- VIANDIER (A.), Le cessionnaire déçu, *RFC* 1981, p. 88.
- VIANDIER (A.), Arbitrage et garanties de passif, *Rev. arb.* 1994.439.
- VIANDIER (A.), Les actions de préférence, *JCP éd. E* 2004.I.1440
- VINCENT (F.), La vente de titres dans les sociétés non cotées, *Petites affiches*, n° 139 du 8 décembre 1980, p. 6.
- VIVIEN (G.), De l'erreur substantielle et déterminante, *RTD civ.* 1992.305.
- VOGEL (L.), Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, *D.* 1995. chr. 155.
- WALINE (M.), Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 1, Sirey, 1963.
- WERTENSCHLAG (B.), Prix déterminable et cession de droits sociaux, *JCP éd. E* 1991.I.99.
- WESTER-OUISSE (V), Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions, *D. aff.* 1999.784.



## INDEX ALPHABETIQUE

(Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes)

### - A -

#### **Abus**

- dans la fixation du prix (contrat cadre) : 713s.
- dans la fixation du prix (droits sociaux) : 728s.

#### **Acquisition de la qualité de partie au contrat de société**

- définition : 396
- régime : 696s.

#### **Acte abstrait : 425**

#### **Acte à titre onéreux**

- définition : 397
- et acte à titre gratuit (distinction) : 397
- et montant du prix des droits sociaux : 482

#### **Actions (catégories) : 542**

#### **Adaptation du droit aux faits : 18**

#### **Adaptation du prix :**

- notion : 456
- et adaptation de la valeur des droits sociaux (distinction) : 462s.

#### **Affectio societatis**

- bailleur de fonds : 595
- cessionnaire du contrôle d'une société : 603
- et distinction de plusieurs catégories de cédants de droits sociaux : 588s., 667s.
- et distinction de plusieurs catégories de cessionnaires de droits sociaux : 602s., 620s., 637s.
- et mobiles des associés (distinction) : 582
- notion : 552s..
- porteur (absence) : 594

#### **Associé**

- qualité d'associé : 133
- et partie au contrat de société : 668s.

### - B -

#### **Bailleur de fonds**

- *affectio societatis* : 595
- définition : 667s.
- et partie au contrat de société (distinction) : 667
- et investisseur (distinction) : 681, 677
- participation aux résultats : 671s., 810s.

#### **Bénéfices**

- participation aux \_ : V. ce mot

#### **Bénéficiaire de la garantie de passif**

- détermination : 292s.
- et effet de la clause sur le prix : 440, 463s.

### - C -

#### **Capital social (et contribution aux pertes) : 13, 799**

#### **Cause**

- appréciation subjective et caractère causal de l'obligation de payer le prix : 411s.
- définition : 402
- \_ de l'obligation de l'acheteur : 211
- \_ de l'obligation du vendeur (doctrine) : 405s.
- \_ de l'obligation du vendeur (jurisprudence) : 408s.
- nécessité (fondement) : 425

#### **Cause de l'obligation de payer le prix (et situation financière de la société cible) : 210, 769**

#### **Cessions d'actions cotées (exclusion) : 41**

#### **Cession de contrat :**

- et cession de droits sociaux : 649s.
- et prix des droits sociaux : 764

#### **Cession de créance (garantie) : v. Garantie due par le cédant d'une créance**

#### **Cession de droits sociaux**

- application du droit de la vente : 10, V. aussi Droit de la vente
- caractère onéreux : 481
- droits transmis : 6
- effets : 45

#### **Clauses de *earn-out* : V. Prix des droits sociaux**

#### **Clauses léonines : V. Prohibition des clauses léonines et promesses d'achat ou de vente de droits sociaux**

#### **Cohérence (exigence) : 22**

#### **Condition potestative : 327**

#### **Contrat-cadre (prix) : V. prix dans les contrats-cadre**

#### **Contrat commutatif : 394**

#### **Contrat de société :**

- acquisition de la qualité de partie au contrat de société : 654
- et qualité d'associé : 668
- et prohibition des clauses léonines : 98s.

#### **Contrat innomé**

- conditions de la qualification innomée : 632s.



- et cession de droits sociaux : 638s.
- notion : 624s.
- subsidiarité de la qualification innomée : 635

**Contrepartie monétaire (en général)**

- distinction de la vente et de l'échange : 497s.
- distinction de la vente et des contrats innomés : 502s.

**Contrepartie monétaire (dans les cessions de droits sociaux) : 513s.**

- et sommes payées aux créanciers de la société : 517
- nécessité (abandon) : 764
- suppression : 524

**Contribution aux pertes**

- modalités : 13
- apporteur en industrie : 781.
- apporteur en jouissance : 780
- droit allemand : 802s.
- droit anglais : 808
- droit québécois : 807
- et manque à gagner (assimilation) : 784s.
- et manque à gagner (distinction) : 786s.
- et promesses d'achat de droits sociaux : V. Prohibition des clauses léonines et promesses d'achat ou de vente de droits sociaux

**Contrôle :**

- définition : 6, 47
- cession de \_ (spécificité) : 609s.
- et distinction de plusieurs types de cessions de droits sociaux : 616s., 663

**Convention de portage**

- définition : 47
- et prohibition des clauses léonines : 72, 151, 813

**- D -**

**Déguerpissement : 482**

**Délivrance : v. Obligation de délivrance**

**Détermination du prix**

- contrat d'entreprise (nécessité) : 750
- contrat de vente (nécessité) : 308s.
- contrats cadre (nécessité) : 708, 714s.
- \_ des droits sociaux : V. Prix des droits sociaux
- droits étrangers : 754
- fixation du prix par un tiers : V. ce mot
- fixation judiciaire du prix : 741s.
- fondement (en général) : 752
- fondement (vente) : 319, 321
- Principes unidroit : 755

- Principes du droit européen du contrat : 755

**Dol (et situation financière de la société cible) :**

- dol principal : 223, 253
- dol incident : 253

**Droit de la vente**

- applicabilité : 10
- effets de l'application : 163s.
- éviction (critère) : 602, 620s.
- éviction (effets) : 696s.

**Droit fiscal (exclusion) : 41**

**Droits sociaux**

- catégories : 542
- définition : 5
- prix : v. Prix des droits sociaux

**- E -**

**Equivalence des prestations (nécessité) : 384s.**

**Erreur grossière : V. Fixation du prix par un tiers (imperfection)**

**Erreur sur la substance (et situation financière de la société cible) : 218s., 769**

**Escroquerie (et situation financière de la société cible) : 256**

**Eviction (garantie) : V. Garantie d'éviction**

**- F -**

**Fiducie : 47, spéc. note n° 15**

**Fixation du prix par un tiers (art. 1592 C. civ.) : 178s.**

- imperfection : V. Fixation du prix par un tiers (imperfection)
- qualité de mandataire : 182

**Fixation du prix par un tiers (art. 1843-4 C. civ.) : 186s.**

- domaine : 188s.
- imperfection : V. Fixation du prix par un tiers (imperfection)
- qualité de mandataire : 196
- régime : 194s.

**Fixation du prix par un tiers (imperfection)**

- consentement vicié : 366
- dépassement des pouvoirs : 367
- désignation du tiers (pouvoirs du juge) : 350
- erreur grossière : 368s.
- impartialité : 354
- sanction : 370s.
- impartialité (défaut) : 354s.

- prix insuffisamment déterminé : 360
- volonté des parties d'être liées par le prix fixé par le tiers : 352

**Fixation judiciaire du prix**

- admission (droit prospectif) : 741s.
- droits étrangers : 754
- Principes du droit européen du contrat : 755
- Principes Unidroit : 755
- refus (droit positif) : 330

**- G -**

**Garantie contre les pertes (validité) : 793s.**

**Garantie d'éviction**

- Applicabilité aux cessions de droits sociaux : 229s.
- \_ et situation financière de la société cédée (efficacité) : 241s., 250

**Garantie de la solvabilité de la société cible et garantie de passif (distinction) : 275, spéc. note n° 266**

**Garantie de passif et d'actif : 271s.**

- bénéficiaire de la garantie : V. Bénéficiaire de la garantie de passif
- date de l'événement déclenchant la garantie : 283s.
- effets sur le montant du prix : 437s.
- événement déclenchant la garantie : 278s.
- fondement du droit du tiers bénéficiaire de la garantie : 295
- garant : 290
- montant de l'indemnisation : 275, 287s., 442, 468
- objet (et effet de la clause sur le prix) : 443, 469s.

**Garantie des vices cachés**

- Applicabilité aux cessions de droits sociaux : 229s.
- \_ et situation financière de la société cédée (efficacité) : 238s., 250, 769

**Garantie due par le cédant d'une créance (et situation financière de la société cédée) : 235s.**

**- I -**

**Impartialité : v. Fixation du prix par un tiers (imperfection)**

**Indétermination du prix (sanction) : 329s.**

**Indétermination du prix des droits sociaux : 308s.**

- clause de *earn-out* : 342
- prix fixé par les parties : 334s.
- prix fixé par un tiers : 347s., v. aussi Fixation du prix par un tiers (imperfection)
- prix dépendant de la volonté de l'une des parties : 340s.

**Indivisibilité : 418, 477, 507**

**Innomé : V. Contrat innomé**

**Investisseur :**

- et prohibition des clauses léonines : 75s., 132s.
- critère : 676
- et bailleur de fonds (distinction) : 681677

**- L -**

**Lésion**

- et situation financière de la société cible : 207

**- M -**

**Manque à gagner (et contribution aux pertes) : V. Contribution aux pertes**

**Monnaie (spécificité) : 495**

**- N -**

**Nullité des cessions de droits sociaux (conséquences) : 226**

**Nullité des cessions de droits sociaux et situation financière de la société cible : 205s.**

**- O -**

**Objectifs de la recherche : 16s.**

**Obligations accessoires (et qualification du contrat) : 507**

**Obligation d'information (et situation financière de la société cible) : 255**

**Obligation de contracter de bonne foi (et situation financière de la société cible) : 254**

**Obligation de délivrance**

- aménagement conventionnel : 271
- et situation financière de la société cédée : 245, 252

**Obligation de faire et qualification du contrat : 515s., 764, 767**

**Obligation de libérer les apports : 543**

**- P -**

**Participation aux bénéfices**

- modalités : 13
- droit allemand : 802s.
- droit anglais : 808
- droit québécois : 807
- et promesses de vente de droits sociaux : V. Prohibition des clauses léonines et promesses d'achat ou de vente de droits sociaux

#### **Pertes**

- contribution aux \_ : V. ce mot

#### **Portage : V. Convention de portage**

#### **Prix**

- contrat cadre (prédétermination) : 701
- contrat cadre (fixation unilatérale) : 708
- contrat d'entreprise : 750
- contrat de vente : V. Prix dans le contrat de vente (en général)
- des droits sociaux : V. Prix des droits sociaux
- droit commun des contrats : v. Prix dans le droit commun des contrats
- mandat salarié : : **750**

#### **Prix dans le contrat de vente (en général)**

- caractère monétaire (nécessité) : 495s., v. aussi Contrepartie monétaire (en général)
- définition : 1s., 383s.
- et cause de l'obligation du vendeur : 404s., V. également Cause
- et équivalence objective avec la valeur du bien vendu : 384
- et équivalence subjective avec la valeur du bien vendu (nécessité) : 386s.
- et valeur (distinction) : 3s.
- fonction : 380s.
- nécessité (fondement) : 425
- nécessité de l'accord sur un prix déterminé ou déterminable : 312s.
- prix dépendant de la volonté de l'une des parties : 321s.
- prix dérisoire : V. ce mot
- prix négatif : V. ce mot
- prix sérieux (défaut) : 378s., 765
- prix symbolique : V. ce mot

#### **Prix dans le droit commun des contrats**

- contrat sans prix (possibilité) : 737
- droits étrangers : 754
- prédétermination (nécessité) : 699s.
- fixation unilatérale (possibilité) : 707s.

#### **Prix dérisoire : 428s.**

- et validité des cessions de droits sociaux : 475, 485

#### **Prix des droits sociaux (droit positif)**

- caractère monétaire (nécessité) : 513s., v. aussi Contrepartie monétaire (dans les cessions de droits sociaux)

- clauses de *earn-out* : 174
- indétermination : v. Indétermination du prix des droits sociaux
- fixation par les parties (modalités) : 167s.
- fixation par un tiers (modalités) : 177s., V. également Fixation du prix par un tiers
- fiscalité : v. droit fiscal
- modification (notion) : 456
- prix dérisoire : V. ce mot
- prix négatif : V. ce mot
- prix sérieux (défaut) : 436s., 765
- prix symbolique : V. ce mot

#### **Prix des droits sociaux (droit prospectif)**

- abus dans la fixation du prix (définition) : 728s.
- abus dans la fixation du prix (sanction) : 732s.
- contrat sans prix (possibilité) : 738
- exigence de prédétermination (abandon) : 706
- Fixation judiciaire (admission) : 711, 743s.
- Fixation unilatérale (admission) : 711
- Prix significatif (exigence) : 765

#### **Prix négatif**

- définition : 378
- et qualification : 525
- et validité des cessions de droits sociaux : 476, 485

#### **Prix symbolique : 168**

- et qualification du contrat : 520, 526
- et validité des cessions de droits sociaux : 475, 485, 488

#### **Prohibition des clauses léonines (en général)**

- fondement : 98s.
- portée : 104s.
- sanction : 135s.

#### **Prohibition des clauses léonines et promesses d'achat ou de vente de droits sociaux (droit positif) : 44s.**

- clauses statutaires de rachat des droits sociaux : 51s.
- délai de levée de l'option d'achat : 79s., 144s.
- investisseur : 75s., 132s.
- jurisprudence : 49s.
- nullité des conventions de portage (affirmation) : 151s.
- nullité des promesses d'achat à raison de leur effet (affirmation) : 141s.
- nullité des promesses de vente à raison de leur effet (affirmation) : 148
- objet des conventions : 70s., 129

**Prohibition des clauses léonines et promesses d'achat ou de vente de droits sociaux (droit prospectif) :** 671s., 773s.

- bailleur de fonds : 674
- porteur : 675

**Promesses d'achat ou de vente de droits sociaux :** V. Prohibition des clauses léonines

**- Q -**

**Qualification**

- critères : 540
- contrat innomé (conditions) : 632s.
- définition : 29
- des cessions de droits sociaux (droit prospectif) : 534s.
- et contrepartie monétaire : 495s.
- et obligations pesant sur l'acquéreur : 507s.

**- R -**

**Rentabilité de la société cible (garantie) :** 279

**Résolution des cessions de droits sociaux (et situation financière de la société cible) :** 228s.

**Responsabilité des dirigeants (et situation financière de la société cible) :** 259s.

**Responsabilité des tiers (et situation financière de la société cible) :** 267s.

**Révision du prix V. Adaptation du prix**

**- S -**

**Situation financière de la société cible**

- et cause de l'obligation de payer le prix : 210, 769
- et dol : 223, 253
- et erreur sur la substance : 218s., 769
- et garantie d'éviction : 229s., 241s., 250
- et garantie des vices cachés : 229s., 238s., 250, 769
- et garantie due par le cédant d'une créance : 235s.
- et lésion : 207
- et nullité des cessions de droits sociaux : 205s.
- et obligation d'information du cédant des droits sociaux : 255
- et obligation de contracter de bonne foi du cédant des droits sociaux : 254
- et obligation de délivrance du cédant des droits sociaux : 245, 252

- et résolution des cessions de droits sociaux : 228s

- et responsabilité des dirigeants : 259s

**Solvabilité de la société cible : v. Garantie de la solvabilité du débiteur**

**Stipulation pour autrui (et garantie de passif) :** 296, 464, 517

**Structure du contrat**

- définition : 540
- \_ dans les cessions de droits sociaux : 546s.

**- V -**

**Valeur**

- des droits sociaux (détermination) : 8s.
- d'échange (définition) : 3
- d'usage (définition) : 3
- et prix (distinction) : 3s., 393

**Vices cachés (garantie) :** V. Garantie des vices cachés



**TABLE DES MATIERES**  
(Les nombres renvoient aux pages)

**INTRODUCTION..... 1**

§ 1 – Les difficultés affectant le processus de liquidation du prix dans les cessions de droits sociaux ..... 5

    A – Les difficultés résultant de la volonté de déterminer un prix reflétant la valeur de l’entreprise ..... 7

    B – Les difficultés résultant de la volonté de détermination d’un prix ne reflétant pas la valeur de l’entreprise ..... 12

§ 2 – Définition des objectifs de la recherche ..... 15

    A – Prémisses ..... 15

        1 – La nécessité d’une certaine adaptation du droit à la réalité des cessions de droits sociaux ..... 15

        2 – La nécessité d’une certaine cohérence du droit ..... 17

    B – Objectifs de la recherche..... 26

        1 – L’appréhension critique du droit positif ..... 26

        2 – L’amélioration du droit positif..... 27

§ 3 – Champ de l’étude ..... 29

§ 4 - Plan ..... 31

**PREMIERE PARTIE ..... 33**

**L’INADEQUATION DU DROIT POSITIF : LES DIFFICULTES  
ENGENDREES PAR LES MODES DE FIXATION DU PRIX ADOPTES  
PAR LES PARTIES ..... 33**

**TITRE I : LA LICEITE INCERTAINE DES PROMESSES D’ACHAT OU DE VENTE  
DE DROITS SOCIAUX A PRIX GARANTI AU REGARD DE LA PROHIBITION  
DES CLAUSES LEONINES ..... 35**

**CHAPITRE 1 : LA LICEITE ADMISE ..... 41**

SECTION 1 – L’APPLICATION INITIALEMENT EXTENSIVE DE LA PROHIBITION ..... 41

§ 1 – La nullité des clauses statutaires de rachat..... 42

§ 2 – La nullité des promesses extrastatutaires d’achat à prix déterminé consenties entre associés..... 46

    A - L’affirmation traditionnelle de la nullité ..... 46

    B– L’attachement de la première chambre civile de la Cour de cassation à la solution traditionnelle ..... 49

SECTION 2 –L’ABANDON PAR LA CHAMBRE COMMERCIALE DE LA JURISPRUDENCE TRADITIONNELLE ..... 51

§ 1 – Les arrêts rendus par la chambre commerciale à partir de 1982..... 51

    A – L’admission de la validité des promesses n’ayant pour objet que la transmission des titres..... 51

    B – L’étrécissement récent du domaine de la prohibition des clauses léonines.. 59

1 – La reconnaissance de la qualité d’investisseur .....	59
2 – La prise en compte du délai de levée de l’option.....	62
§ 2 – La portée des arrêts de la chambre commerciale au regard de la jurisprudence traditionnelle .....	64
A – L’abandon de la jurisprudence antérieure .....	65
B – La persistance d’une divergence entre les positions des différentes formations de la Cour de cassation.....	66
1 – L’irréductibilité de la divergence entre la jurisprudence de la chambre commerciale et l’arrêt de la première chambre civile du 7 avril 1987 .....	67
2 – La persistance de la divergence malgré l’assouplissement de la jurisprudence de la première chambre civile .....	69
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	71
<b>CHAPITRE 2 : LA LICEITE CONTESTABLE .....</b>	<b>73</b>
SECTION 1 – LA PORTEE THEORIQUE DE LA PROHIBITION DES CLAUSES LEONINES .....	73
§ 1 – Les fondements de la prohibition.....	74
A – Le fondement initial de la prohibition des clauses léonines.....	74
B – La persistance du fondement contractuel de la prohibition des clauses léonines.....	78
§ 2 – La nullité des conventions supprimant <i>a priori</i> dans les rapports entre associés la vocation de l’un d’eux aux bénéfices ou sa contribution aux pertes.....	81
A – La portée substantielle de la prohibition : l’interdiction des clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer <i>a priori</i> la vocation d’un associé aux bénéfices ou aux pertes.....	82
1 - La prohibition des clauses ayant pour but ou pour effet de supprimer la vocation d’un associé aux bénéfices ou aux pertes.....	82
2 – La licéité des clauses laissant subsister un espoir de participation aux résultats .....	85
B – La portée matérielle de la prohibition : la nullité des clauses exonérant un associé des pertes ou le privant des bénéfices dans les rapports entre associés ..	89
1 - L’application de la prohibition aux rapports entre associés .....	89
2 - La portée de la nullité des clauses léonines .....	101
SECTION 2 - LA NULLITE DE NOMBREUSES PROMESSES D’ACHAT OU DE VENTE DE DROITS SOCIAUX .....	104
§ 1 - La nullité des promesses d’achat ou de vente de droits sociaux à raison de leur effet .....	105
A – La nullité des promesses d’achat de droits sociaux exonérant le cédant des pertes.....	106
B – La nullité des promesses de vente privant un associé des bénéfices .....	112
§ 2 - La nullité des promesses d’achat ou de vente de droits sociaux à raison de leur but.....	113
A – Le but généralement léonin des promesses de rachat ou de vente à prix déterminé dans les conventions de portage .....	114
B – Le but occasionnellement léonin des promesses d’achat ou de vente à prix déterminé organisant le départ d’un associé.....	117
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	118
<b>CONCLUSION DU TITRE .....</b>	<b>121</b>

<b>TITRE II : LA DIFFICILE FIXATION D'UN PRIX CONFORME AUX EXIGENCES DU DROIT DE LA VENTE .....</b>	<b>123</b>
<b>SOUS-TITRE I : L'ADAPTATION DU PRIX ET DE LA VALEUR D'ECHANGE DES DROITS SOCIAUX .....</b>	<b>125</b>
<b>CHAPITRE 1 : L'ADAPTATION INITIALE DU PRIX ET DE LA VALEUR D'ECHANGE DES DROITS SOCIAUX .....</b>	<b>127</b>
SECTION 1 – LA FIXATION DU PRIX PAR LES PARTIES .....	127
§ 1 – L'adaptation résultant de l'accord sur un prix déterminé .....	127
§ 2 – L'adaptation résultant de l'accord sur un prix déterminable .....	130
SECTION 2 – LA FIXATION DU PRIX PAR UN TIERS .....	133
§ 1 – La fixation du prix par un tiers désigné en application de l'article 1592 du Code civil.....	134
A – Le recours fréquent au tiers .....	134
B – L'influence du tiers sur le rapport entre le prix et la valeur d'échange des droits sociaux.....	139
§ 2 – La fixation du prix par un tiers désigné en application de l'article 1843-4 du Code civil .....	140
A – Présentation générale de l'intervention du tiers de l'article 1843-4 du Code civil.....	140
1 - Le domaine de l'intervention de l'expert .....	141
2 - Le régime de l'intervention de l'expert .....	145
B – Etude de l'influence du tiers sur le rapport entre le prix et la valeur d'échange des droits sociaux .....	150
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	152
<b>CHAPITRE 2 : LE MAINTIEN DU RAPPORT ENTRE LE PRIX ET LA VALEUR D'ECHANGE DES DROITS SOCIAUX .....</b>	<b>153</b>
SECTION 1: L'EFFICACITE LIMITEE DES RECOURS LEGAUX.....	154
§ 1 – L'efficacité limitée des actions tendant à l'anéantissement de la cession .....	155
A – Les actions tendant à l'annulation de la cession.....	155
1 – Les limites des actions fondées sur le défaut d'équivalence entre le prix et la valeur vénale des droits sociaux.....	155
2 – Les limites des actions fondées sur les vices affectant le consentement du cessionnaire.....	159
B – Les actions tendant à la résolution du contrat.....	172
1 – Les dispositions applicables.....	172
2 – L'efficacité limitée des recours tendant à la résolution de la vente.....	177
§ 2 – L'efficacité limitée des actions tendant à l'indemnisation du préjudice subi par le cessionnaire .....	187
A – Les actions dirigées contre le cédant agissant es qualité.....	187
1 - Le droit de la vente .....	187
2 - Le droit commun des obligations .....	188
B – Les actions dirigées contre les tiers à la cession.....	193
1 – Les recours contre les dirigeants.....	193
2 – Les recours contre les autres tiers .....	196
SECTION 2: LA MISE EN PLACE CONSEQUENTE DE MECANISMES DE REVISION DU PRIX ....	198



§ 1 – Les risques couverts par la garantie .....	203
A- La nature des éléments dont l'évolution ouvre droit à garantie .....	203
B - La date à laquelle sont appréhendés les éléments dont l'évolution ouvre droit à garantie .....	205
1 - La garantie de la situation actuelle .....	205
2 - La garantie de la situation future .....	206
§ 2 – Le mode d'indemnisation.....	207
A – Le montant de l'indemnisation .....	207
B – Les sujets de la garantie .....	208
1 - Le garant .....	209
2 - Le garanti.....	210
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	219
<b>CONCLUSION DU SOUS-TITRE I.....</b>	<b>220</b>
<b>SOUS-TITRE II : LES DIFFICULTES SOULEVEES PAR L'ADAPTATION DU PRIX ET DE LA VALEUR D'ECHANGE DES DROITS SOCIAUX.....</b>	<b>221</b>
<b>CHAPITRE 1 : L'INDETERMINATION DU PRIX .....</b>	<b>223</b>
SECTION 1 – L'INDETERMINATION DU PRIX FIXE PAR LES PARTIES.....	224
§ 1 – L'exigence d'un accord complet sur le prix.....	225
A – La liberté d'un accord sur les seules modalités de détermination du prix..	225
B – La contrainte d'un prix déterminable objectivement.....	228
1 – L'exigence d'un prix déterminable objectivement .....	228
2 – La sanction de l'indéterminabilité .....	236
§ 2 – Les risques résultant de l'incomplétude de l'accord sur le prix des droits sociaux .....	239
A – La nullité des clauses requérant un nouvel accord des parties.....	240
B – La nullité des clauses faisant dépendre le prix de la volonté arbitraire de l'une des parties .....	243
SECTION 2 – L'INDETERMINATION DU PRIX FIXE PAR UN TIERS.....	247
§ 1 – Le risques résultant de l'imperfection de l'accord sur le tiers .....	247
A- L'exigence d'un accord complet sur la nomination d'un tiers.....	247
B - L'exigence d'un accord sur un tiers impartial.....	250
§ 2 – Le risque résultant de l'imperfection du prix fixé par le tiers.....	253
A - Le risque résultant de l'absence de détermination du prix.....	254
B - Le risque résultant d'un vice affectant la détermination effectuée par le tiers .....	255
1 – La nature des vices pouvant affecter la détermination du prix .....	255
2 – La sanction des vices affectant la détermination du prix.....	260
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	265
<b>CHAPITRE 2 : LE DEFAUT DE PRIX SERIEUX .....</b>	<b>267</b>
SECTION 1 – LE PRIX, CONTREPARTIE NECESSAIRE .....	268
§ 1 – Le prix, substitut attendu.....	268
A - Le prix, substitut convenu de l'objet de la vente dans le patrimoine du vendeur .....	269

1 – Les sommes ne compensant pas subjectivement l'appauvrissement du vendeur ne peuvent constituer un prix .....	270
2 – Les sommes compensant subjectivement l'appauvrissement du vendeur sont un prix .....	277
B - Le prix promis, cause abstraite de l'obligation du vendeur.....	280
1 - La définition classique du prix comme cause abstraite de l'obligation du vendeur.....	282
2 - La permanence du caractère causal de l'obligation de payer le prix malgré la subjectivisation croissante de la cause. ....	288
§ 2 – Le prix, substitut nécessaire .....	296
A – La nullité des ventes dépourvues de tout prix .....	296
B – La nullité des ventes dépourvues de prix sérieux .....	298
1 – L'assimilation du prix dérisoire au prix inexistant .....	299
2 – La notion de prix dérisoire .....	301
SECTION 2 – LE PRIX ADAPTE DANS LES CESSIONS DE DROITS SOCIAUX, CONTREPARTIE DEFICIENTE .....	304
§ 1 – L'influence sur le prix des modalités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux.....	304
A – L'influence controversée des mécanismes de garantie sur le prix .....	305
1 - Les critères doctrinaux.....	305
2 - Les critères jurisprudentiels.....	311
B – L'influence affirmée sur le prix des seules clauses de garantie dont le bénéficiaire est le cessionnaire .....	315
1 - La notion de modification du prix .....	315
2 - L'identification des mécanismes modificatifs du prix .....	318
§ 2 : Les incertitudes résultant de l'influence sur le prix des modalités d'adaptation du prix et de la valeur d'échange des droits sociaux.....	323
A - Les incertitudes limitées en présence d'une autre contrepartie que le prix	325
B - Les incertitudes plus marquées en l'absence d'autre contrepartie que le prix .....	328
1 – Le maintien du caractère onéreux de l'acte .....	329
2 – Le risque de nullité à défaut de contrepartie .....	331
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	337
<b>CHAPITRE 3 : L'ATTEINTE PORTEE AU CARACTERE MONETAIRE DE LA CONTREPARTIE ...</b>	<b>339</b>
SECTION 1 – LA CONTREPARTIE MONETAIRE, ELEMENT DE QUALIFICATION DU CONTRAT DE VENTE .....	339
§ 1- L'exclusion de la qualification de vente en l'absence de toute contrepartie monétaire.....	342
A – Le caractère monétaire de la contrepartie, critère de distinction de la vente et de l'échange.....	342
B – Le caractère monétaire de la contrepartie, critère de distinction de la vente et d'autres contrats translatifs de propriété.....	344
§ 2 – L'exclusion de la qualification de vente en cas d'adjonction à la contrepartie monétaire d'une contrepartie non monétaire .....	347
SECTION 2 : L'ATTEINTE PORTEE PAR LES CLAUSES D'ADAPTATION DU PRIX ET DE LA VALEUR D'ECHANGE AU CARACTERE MONETAIRE DE LA CONTREPARTIE .....	352
§ 1 – L'atteinte portée au caractère monétaire du prix par l'adjonction d'une autre contrepartie.....	352

A – La nature des obligations pesant sur l’acquéreur autres que le paiement d’une somme d’argent au vendeur .....	352
B – La requalification consécutrice des contrats mettant à la charge de l’acquéreur des obligations autres que celle de payer une somme d’argent au vendeur .....	355
§ 2 – L’atteinte portée au caractère monétaire du prix par la suppression d’une contrepartie monétaire réelle et sérieuse .....	358
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	361
<b>CONCLUSION DU SOUS-TITRE ET DU TITRE .....</b>	<b>362</b>
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE.....</b>	<b>363</b>
<b>SECONDE PARTIE .....</b>	<b>365</b>
<b>L’EVOLUTION SOUHAITABLE DU DROIT POSITIF : L’EVICION SELECTIVE DU DROIT DE LA VENTE ET DE LA PROHIBITION DES CLAUSES LEONINES.....</b>	<b>365</b>
<b>TITRE I : LES FONDEMENTS DE L’EVOLUTION PROPOSEE : L’AFFECTIO SOCIETATIS DU CEDANT OU DU CESSIONNAIRE DES DROITS SOCIAUX .....</b>	<b>369</b>
<b>CHAPITRE 1 : LES FONDEMENTS PRATIQUEMENT ENVISAGEABLES .....</b>	<b>371</b>
SECTION LIMINAIRE - LES FONDEMENTS PRATIQUEMENT INOPERANTS .....	371
A – Les éléments de la cession de droits sociaux autres que l’ <i>affectio societatis</i> des parties au contrat ou que le contrôle de la société cible .....	372
B – La structure du contrat .....	374
1 - La structure interne du contrat .....	375
2 - La structure externe du contrat .....	376
SECTION 1 – L’AFFECTIO SOCIETATIS DES PARTIES .....	377
§ 1 – La notion d’ <i>affectio societatis</i> .....	377
A – Les controverses relatives à la notion d’ <i>affectio societatis</i> .....	377
1 – La conception jurisprudentielle de l’ <i>affectio societatis</i> .....	378
2 – La conception doctrinale de l’ <i>affectio societatis</i> .....	384
B – La définition de la notion d’ <i>affectio societatis</i> .....	394
1 – L’ <i>affectio societatis</i> est une intention .....	395
2 – L’ <i>affectio societatis</i> se manifeste à travers la volonté de participer, dans l’intérêt commun, et sur un pied d’égalité, à l’entreprise commune .....	397
§ 2 – La mise en œuvre de la notion d’ <i>affectio societatis</i> .....	399
A – La distinction fondée sur l’ <i>affectio societatis</i> du cédant éventuel de droits sociaux.....	399
1 – La prévalence de l’ <i>affectio societatis</i> chez les associés qui vont céder leurs droits en application d’une promesse d’achat ou de vente de droits sociaux .....	399
2 – La distinction fondée sur la prévalence de l’ <i>affectio societatis</i> chez les cédants éventuels .....	404

B – La distinction fondée sur l’ <i>affectio societatis</i> du cessionnaires de droits sociaux.....	406
SECTION 2 – LE TRANSFERT DU CONTROLE DE LA SOCIETE CIBLE.....	409
§ 1 – Le reconnaissance de l’existence juridique du contrôle.....	411
A – La négation de la spécificité de la cession de contrôle.....	412
B – L’admission de la spécificité de la cession de contrôle.....	413
§ 2 – Les distinctions envisageables fondées sur la présence du contrôle dans les éléments transférés.....	417
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	418
<b>CHAPITRE 2 : LES FONDEMENTS RETENUS .....</b>	<b>419</b>
SECTION 1 – LE FONDEMENT DE L’EVICION DU DROIT DE LA VENTE .....	419
§ 1 – L’ <i>affectio societatis</i> du cessionnaire connue du cédant, fondement juridiquement opérant .....	419
A – Les conditions de l’éviction du droit de la vente.....	419
1 – Le recours à l’innomé .....	419
2 - Les conditions de la qualification innomé .....	425
B – La possible éviction du droit de la vente fondée sur l’ <i>affectio societatis</i> du cessionnaire .....	429
1 - La possible appréhension comme des contrats innomés des cessions de droits sociaux dans lesquelles le cessionnaire est animé de l’ <i>affectio societatis</i> et dans lesquelles le cédant connaît cette intention.....	429
2 - La distinction de l’acquisition de la qualité de partie au contrat de société et de la cession des droits de l’associé.....	439
§ 2 – L’ <i>affectio societatis</i> du cessionnaire connue du cédant, fondement préféré...	444
SECTION 2 – LE FONDEMENT DE L’EVICION DE LA PROHIBITION DES CLAUSES LEONINES	446
§ 1 – L’ <i>affectio societatis</i> , fondement de la distinction entre parties au contrat de société et bailleurs de fond.....	446
§ 2 – La distinction entre parties au contrat de société et bailleurs de fonds, fondement de l’éviction sélective de la prohibition des clauses léonines.....	449
A – Présentation de la modification proposée du champ d’application de la prohibition des clauses léonines .....	450
B – Réfutation des objections que l’on peut formuler à l’encontre de cette évolution.....	455
1 – L’utilité de la distinction proposée .....	455
2 – La pertinence du critère de distinction retenu.....	456
3 – Les conséquences de la distinction proposée.....	458
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	460
<b>CONCLUSION DU TITRE.....</b>	<b>461</b>
<b>TITRE II : LES EFFETS DE L’EVOLUTION PROPOSEE : L’ASSOUPLISSEMENT DES CONTRAINTES PESANT SUR LA FIXATION DU PRIX DES DROITS SOCIAUX .....</b>	<b>463</b>
<b>CHAPITRE 1 : L’ACCROISSEMENT DES POSSIBILITES D’ADAPTATION DU PRIX ET DE LA VALEUR D’ECHANGE DES DROITS SOCIAUX.....</b>	<b>465</b>

SECTION 1 : L'ASSOUPLISSEMENT DES EXIGENCES RELATIVES A LA PROCEDURE DE DETERMINATION DE LA CONTREPARTIE.....	465
§ 1 – L'abandon de l'exigence de prédétermination du prix .....	465
A – L'abandon général de l'exigence de prédétermination du prix .....	465
B – L'abandon de l'exigence de prédétermination du prix dans les contrats d'acquisition de la qualité de partie au contrat de société .....	469
§ 2 – L'assouplissement des modalités de détermination du prix.....	469
A – La validité du contrat confiant la détermination du prix à l'une des parties .....	470
1- L'admission de la fixation unilatérale du prix.....	470
2- La prohibition de l'abus dans la fixation unilatérale du prix.....	473
B – La validité du contrat comportant un accord incomplet sur le prix .....	493
1- L'admission effective de la validité des contrats comportant un accord incomplet sur le prix .....	493
2 – L'admission souhaitable de la fixation judiciaire du prix.....	495
SECTION 2 : L'ASSOUPLISSEMENT DES REGLES RELATIVES AU RESULTAT DE L'ACCORD DES VOLONTES.....	510
§ 1 – L'assouplissement des exigences relatives au résultat de l'adaptation du prix .....	510
A – L'indifférence du caractère monétaire du prix .....	510
B – L'assouplissement des contraintes résultant de l'exigence d'un prix significatif.....	511
§ 2 – L'accroissement des possibilités d'adaptation judiciaire du prix .....	512
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	514
<b>CHAPITRE 2 : L'ADMISSION DU CARACTERE SUPPLETIF DE LA VOCATION AUX RESULTATS DES BAILLEURS DE FONDS .....</b>	<b>517</b>
SECTION 1 – LA POSSIBILITE DU CARACTERE SUPPLETIF DE LA VOCATION AUX RESULTATS DES BAILLEURS DE FONDS .....	518
§ 1 – Les limites de l'universalité de la vocation aux résultats des associés en droit français.....	518
A - L'absence de participation aux pertes de l'apporteur en industrie et de l'apporteur en jouissance .....	519
1 - Le risque couru par certains apporteurs en jouissance ou en industrie	519
2 - L'assimilation erronée de ce risque à la contribution aux pertes .....	522
B - Les exceptions à l'exigence de contribution aux résultats .....	526
1- Les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux à prix déterminé	527
2 - Les clauses de garantie .....	527
3 - Les SARL dont le montant du capital social s'élève à un euro .....	531
§ 2 – L'absence de vocation des titulaires de droits sociaux aux résultats dans certains droits étrangers .....	531
A – L'absence d'obligation de participer aux résultats en droit allemand .....	532
B – Les droits admettant la licéité des clauses exonérant un associé des pertes	534
SECTION 2 – L'OPPORTUNITE DU CARACTERE SUPPLETIF DE LA VOCATION AUX RESULTATS DES BAILLEURS DE FONDS .....	536
§ 1 – Le caractère supplétif de la vocation aux résultats des bailleurs de fond, régime efficace .....	536
§ 1 – Le caractère supplétif de la vocation aux résultats des bailleurs de fond, régime optimal .....	540

A – Présentation des autres solutions envisageables.....	540
1 – La restriction de la portée de la prohibition des clauses léonines aux stipulations conclues avec la société.....	541
2 – L’admission du caractère supplétif de la contribution aux pertes.....	542
B – Evaluation des autres solutions envisageables.....	544
CONCLUSION DU CHAPITRE .....	546
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE .....</b>	<b>547</b>
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>549</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>553</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>579</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>585</b>